

UNIVERSITA' CA' FOSCARI DI VENEZIA

Dottorato di ricerca in

DIRITTO EUROPEO DEI CONTRATTI CIVILI, COMMERCIALI E DEL LAVORO

22° CICLO

(A.A. 2006/2007 – A.A. 2008/2009)

LA DIRETTIVA 2006/54/CE – LA PARITA' DI TRATTAMENTO UOMO-DONNA NELL'ACCESSO AL LAVORO TRA STRUMENTI DI SOFT –LAW E RUOLO DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

Settore scientifico-disciplinare di afferenza: IUS/01 Diritto privato

Tesi di dottorato di **ILARIA DALLA ROSA** (955335)

Coordinatore del dottorato

Prof. **LORENZO DE ANGELIS**

Tutor della dottoranda

Prof.ssa **CARMELA CAMARDI**

INDICE

CAPITOLO I: L'evoluzione storico - giuridica dei diritti fondamentali

1. Dichiarazione di intenti
2. L'evoluzione del concetto di indipendenza economica: dalla società agricola alla società post – industriale.
 - p.
3. L'evoluzione dei diritti fondamentali.
4. I diritti fondamentali e la posizione della Corte di Giustizia
 - 4.1. I diritti fondamentali e la Carta di Nizza
5. Il principio di non discriminazione nel contesto internazionale
6. La dignità umana come limite alla discriminazione

CAPITOLO II: Il contesto europeo

1. Il principio di uguaglianza nel contesto europeo
2. Il principio di non discriminazione dai Trattati istitutivi al Trattato di Amsterdam
 - 2.1. La sentenza Defrenne
 - 2.2. La direttiva 76/207/C.E.E.
 - 2.3. La sentenza Kalanke
 - 2.4. La sentenza Marschall
3. Le novità introdotte con il Trattato di Amsterdam
 - 3.1 L'art. 141 del Trattato di Amsterdam e la dir. 76/207
4. Le pronunce della Corte di Giustizia a cavallo dell'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam

CAPITOLO III: Dalle tecniche di normazione hard law a quelle di soft law

1. La discriminazione diretta
 - 1.1. La posizione della Corte di Giustizia
2. La discriminazione indiretta
3. Le azioni positive
 - 3.1. Le azioni positive nel sistema statunitense
 - 3.2. Le azioni positive nella giurisprudenza della Corte di Giustizia
 - 3.3. Le azioni positive nel diritto comunitario
4. Il gender mainstreaming
5. Il dialogo sociale
6. Il Metodo Aperto di Coordinamento
 - 6.1. Dal metodo comunitario alla Strategia per l'occupazione
 - 6.2. Strumenti di soft law e SEO
 - 6.3. La Strategia di Lisbona e il Metodo Aperto di Coordinamento

CAPITOLO IV: Il ruolo della Corte Costituzionale

1. Il principio di uguaglianza nella Costituzione Italiana
2. La posizione della Corte Costituzionale
3. Le azioni positive e la sentenza 109/93
4. La sentenza 443/97 a Costituzione invariata e la parità nella rappresentanza politica
5. La sentenza 49/03 a Costituzione variata
6. Il legislatore italiano e la direttiva 2006/54/CE

BIBLIOGRAFIA

C A P I T O L O P R I M O

**L'evoluzione storico - giuridica dei diritti
fondamentali**

* * *

SOMMARIO: 1. Dichiarazione di intenti 2. L'evoluzione del concetto di indipendenza economica: dalla società agricola alla società post - industriale 3. L'evoluzione dei diritti fondamentali 4. I diritti fondamentali e la posizione della Corte di Giustizia 5. Il principio di non discriminazione nel contesto internazionale 6. La dignità umana come limite alla discriminazione.

1. Una dichiarazione di intenti.

La ricerca che si vuole qui affrontare è un'analisi delle vicende normative e giurisprudenziali che hanno condotto all'adozione della dir. 2006/54/CE, non dimenticando di svolgere gli opportuni richiami al contesto economico-sociale, in particolare dell'ultimo ventennio del secolo scorso, dell'Unione Europea.

L'analisi che ruota intorno alla dir. 2006/54/CE terrà conto che la stessa racchiude in sé, alla luce della volontà del legislatore europeo di razionalizzare la materia, la dir. 76/207/CEE relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto concerne l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionale e le condizioni di lavoro, la direttiva 86/378/CEE del relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento tra gli uomini e le donne nel settore dei regimi professionali di sicurezza sociale, la direttiva 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 e la direttiva 97/80/CE riguardante l'onere della prova nei casi di discriminazione basata sul sesso.

Pertanto l'oggetto del presente studio verrà circoscritto alla parte della direttiva relativa all'attuazione del principio parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto concerne l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionale e le condizioni di lavoro.

In via preliminare verrà dedicata attenzione, seppur brevemente, non essendo questo il tema centrale della ricerca, all'evoluzione del concetto di "diritto fondamentale", premessa necessaria per cogliere successivamente il riconoscimento dato dalla Corte di Giustizia prima e dalla Carta di Nizza dopo ai diritti fondamentali, ed in particolare al divieto di discriminazione.

Successivamente si passerà ad una breve analisi dell'importanza del principio di uguaglianza e di non discriminazione nel contesto internazionale, per poi passare ad un approfondimento nel contesto comunitario, prima e dopo il Trattato di Amsterdam, ripercorrendo l'evoluzione che ha avuto il principio di non discriminazione nei Trattati istituitivi delle Comunità. Il principio di non discriminazione nasce, infatti, come strumento volto ad evitare turbative della concorrenza, per poi assumere rilievo nell'attuazione delle politiche comunitarie,

mentre il principio di uguaglianza, per parte sua, trova riconoscimento nelle cosiddette disposizioni sociali del Trattato C.E. in tema di accesso al mercato del lavoro, di trattamento sul luogo di lavoro, di retribuzione.

Gli anni Novanta del secolo scorso hanno visto impegnata l'Unione Europea a livello internazionale, sul piano della concreta applicazione del principio di non discriminazione, con la partecipazione alla Conferenza delle Nazioni Unite sulla donna (Pechino 1995) e la contestuale adozione della Dichiarazione e della Piattaforma di azione. Tale impegno assunto a livello internazionale porterà la Comunità Europea ad adottare una serie di comunicazioni e programmi di azione volti a perseguire gli obiettivi prefissati a Pechino (Comunicazione “ Integrare la portata delle pari opportunità tra le donne e gli uomini nel complesso delle azioni comunitarie” COM(96)67 def., il Programma di azione per l'integrazione della parità tra generi nella cooperazione allo sviluppo delle Comunità Europee, e il reg. CE 806/04 sulla promozione della parità tra sessi nella cooperazione allo sviluppo).

E proprio dallo studio dell'approccio adottato dalle istituzioni comunitarie per affrontare la regolamentazione della materia si proverà a far emergere il passaggio dall'adozione di tecniche di normazione di *hard law* a tecniche di normazione di *soft law*, le novità introdotte dalla Carta di Nizza, il ruolo che la Corte di Giustizia ha avuto quando è stata investita della problematica e l'influenza che la stessa ha esercitato sul legislatore di Bruxells.

Il presente studio proseguirà approfondendo le posizioni assunte dalla Corte di Giustizia e l'influenza che tale giurisprudenza ha avuto nelle posizioni adottate dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale italiana e dal legislatore con l'adozione del Codice delle pari opportunità, evidenziando i probabili sviluppi futuri in quanto la direttiva 2006/54/CE non è ancora stata recepita

Nell'affrontare lo studio si è ritenuto, in una prima parte, di seguire, nell'esposizione, un criterio cronologico che meglio permette di evidenziare i passaggi di rilievo, e di dare coerenza al percorso intrapreso; in una seconda parte in cui si prenderanno in considerazione le tecniche di *soft law*, il Metodo Aperto di Coordinamento, l'adozione di strumenti volti a perseguire l'obiettivo della parità il criterio si abbandona il criterio cronologico per sostituirlo con approccio per categorie. E da ultimo si ritornerà al criterio cronologico laddove si andrà ad affrontare la posizione della normativa interna e della giurisprudenza della Corte

Costituzionale italiana in relazione al raggiungimento degli obiettivi indicati dalle norme comunitarie in tema di parità di trattamento uomo-donna.

2. L'evoluzione del concetto di indipendenza economica: dalla società agricola alla società post – industriale.

Lo studio relativo all'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione ed impiego non permette di prescindere da un breve excursus dell'evoluzione storica del concetto di indipendenza economica, perché proprio sulla base delle sempre nuove dinamiche socio-economiche l'Unione Europea ha preso lo spunto per legiferare sulla materia¹, intraprendendo un percorso, maggiormente visibile negli ultimi vent'anni, ma che è stato intrapreso sin dall'entrata in vigore dei Trattati istitutivi.

Si è infatti assistito al noto passaggio dalla famiglia patriarcale della società rurale pre – industriale, la quale produceva al suo interno i beni necessari per il consumo, per il sostentamento, e si faceva carico dei costi di mantenimento dei membri della famiglia per tutto l'arco della loro esistenza², (e nella quale il singolo non poteva aspirare ad una propria indipendenza economica, in quanto, sia esso maschio o femmina, era comunque soggetto all'autorità dei padri), alla famiglia “figlia” della Rivoluzione industriale in cui i singoli possono finalmente aspirare all'autonomia, e all'indipendenza economica³.

Con la Rivoluzione industriale, l'uomo è messo nelle condizioni di garantirsi l'autosufficienza economica, primo passo verso l'indipendenza. Egli

¹ Bould S e Schmaus G. *“La tabella di marcia dell'Unione Europea (2006 – 2010) – un'indipendenza economica uguale per le donne e gli uomini”* in *Sociologia e politiche sociali*, 2008, 1, 35 ss.

² La famiglia non solo aveva compiti di produzione, sia essa agricola o artigianale, in particolare manifatturiera, ma si faceva carico dei compiti di socializzazione dei minori, nonché del lavoro di cura nei confronti dei membri in stato di bisogno.

³ Nel caso inglese il passaggio da un modello all'altro è avvenuto in modo drastico e repentino: le forme di distribuzione del lavoro, in particolare nel settore tessile nel quale vi era una forte presenza della componente femminile, e l'orario di lavoro hanno inciso notevolmente sul modello di famiglia. È emerso, infatti, la perdita della capacità domestica di un'intera generazione di donne inglesi che fin dall'infanzia erano prestavano la propria opera nelle fabbriche. Diversamente nella maggior parte dei Paesi europei continentali e meridionali il passaggio dall'economia domestica a quella di mercato è stata graduale. Il modello di famiglia che si afferma è quello nucleare in cui la stessa perde le funzioni produttive di autoconsumo, rimanendo destinataria di quelle riproduttive e di socializzazione dei minori e di assistenza e cura dei membri più deboli.

diviene titolare del diritto di siglare contratti, di sposarsi e di migrare: pertanto i valori perseguiti erano diventati l'indipendenza e l'autonomia basata su una negoziazione di successo con il mercato del lavoro urbano. La donna invece, continua a non avere possibilità di raggiungere l'autosufficienza e transita dall'autorità del padre a quella del marito⁴, il quale ha come compito di essere il principale fornitore di reddito e di provvedere al sostegno della famiglia.

Nella società industriale matura la situazione lavorativa, e le dinamiche familiari si stabilizzano nel sistema fordista di regolazione sociale⁵ che porta ad una riorganizzazione della stessa⁶ e ad una maggior divisione di genere del lavoro all'interno della famiglia attribuendo al capo famiglia il ruolo di procacciatore di reddito e alla donna quello di responsabile del complesso delle attività lavorative familiari: in altre parole si afferma il modello di "*male breadwinner family*", famiglia a un solo reddito, in cui è il marito che lavora, e assicura lo stipendio al nucleo familiare, mentre la donna si fa carico di tutte le ingerenze domestiche.

Il concetto di indipendenza economica, quindi, assume rilevanza se pensato in termini di indipendenza del singolo dalla famiglia⁷, intendendo il singolo come persona adulta, di sesso maschile che diviene entità separata dalla famiglia e dalla comunità. Egli riesce a raggiungere l'indipendenza economica, accompagnata dal riconoscimento sociale, ma è tenuto a provvedere al nucleo familiare, cui per converso vengono garantiti una serie di protezioni sociali, in ragione del ruolo del capo famiglia.

Se questo modello sociale funziona fino alla fine degli anni '60, la crisi petrolifera, la disoccupazione del decennio successivo, la mutata compagine del mercato del lavoro con la sempre più massiccia presenza delle donne, e per

⁴ La donna, anche se sposata, non godeva di diritti individuali: in Inghilterra fino a metà dell'800 il marito continuava a controllare la proprietà ed i beni della moglie anche in costanza di separazione

⁵ Il sistema di regolazione fordista si basa su tre elementi: il mercato del lavoro, dominato dalla grande industria e che privilegia l'occupazione dei maschi capifamiglia, la famiglia fondata sull'indissolubilità del matrimonio, che si fa carico dell'assistenza dei suoi membri, e il welfare state assicurativo il cui destinatario diretto è il capofamiglia occupato con continuità e destinatari indiretti i membri della famiglia, in AA.VV. - "*La sociologia economica contemporanea*", a cura di Regini M., Laterza Editore, 2006, p. 63

⁶ Infatti la condizione salariale si diffonde, si sviluppano le assicurazioni sociali a tutela del lavoratore dipendente e della sua famiglia, mutano i consumi, lo stile di vita unitamente all'organizzazione dei tempi di lavoro e di vita.

⁷ È pur vero che l'industrializzazione non ha comportato cambiamenti nell'economia familiare, ma essa deve intendersi come riferita alla famiglia coniugale, e non alla relazione fra padri e figli.

quanto concerne la realtà italiana, il riconoscimento dell'istituto del divorzio⁸, fanno emergere un mutato e mutante assetto del mercato del lavoro, del quale le istituzioni comunitarie ne riconoscono importanza e aspettative, e che nell'arco di più di sessantenni dalla nascita delle Comunità Europee, hanno portato al riconoscimento della necessità di individuare sempre nuovi strumenti non più di stretto diritto in grado di rispondere alle esigenze della popolazione attiva europea.

Questo breve excursus sui mutamenti del ruolo dei componenti del nucleo familiare in relazione alle modifiche del mercato e dell'economia si è ritenuto opportuno per porre le basi dell'analisi che si andrà a sviluppare nel proseguo, per porre fin da subito alla luce l'interesse delle politiche comunitarie verso una concreta realizzazione delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione ed impiego.

Questo interesse assume rilevanza e sfumature diverse a partire dall' art. 141 del Trattato di Roma con le tappe segnate da Maastricht e Amsterdam, con l'adozione dei Programmi d'azione a partire dagli anni '80, la partecipazione europea a Pechino '95, l'anno successivo con la comunicazione 67 del 21.02.96 della Commissione, con il riconoscimento dell'importanza delle pari opportunità e della parità di trattamento nei fondi strutturali, per giungere in tempi più recenti alla Carta di Nizza e alla Tabella di marcia dell'Unione Europea 2006 - 2010— un'indipendenza economica uguale per le donne e per gli uomini. Attraverso queste tappe le istituzioni comunitarie passano da un concetto di parità retributiva, fino ad un concetto di pari opportunità non più strettamente ed esclusivamente legato al mondo del lavoro, ma che comprende anche la sfera di accesso al lavoro, alla formazione, sia essa scolastica che professionale, la conciliazione della vita familiare e della vita lavorativa. Ed infatti, nell' 11° considerando della direttiva 2006/54/CE gli Stati membri sono invitati “in collaborazione con le parti sociali, ad affrontare il problema della persistente disparità retributiva tra uomini e donne nonché della marcata separazione tra i sessi nel mercato del lavoro, attraverso un'organizzazione flessibile dell'orario di lavoro che consenta alle donne e agli uomini di conciliare meglio la vita familiare

⁸ L'introduzione dell'istituto del divorzio assume grande rilievo, non solo come conquista di una parità dell'uomo e della donna nella vita matrimoniale, ma anche per il nuovo assetto economico che reca con sé. Con la regolamentazione di detto istituto la donna è anche messa nelle condizioni di provvedere al proprio mantenimento economico, una volta ottenuto il divorzio.

con la vita lavorativa, e ad adottare, a tal fine, disposizioni appropriate in materia di congedo parentale, a beneficio di entrambi i genitori nonché la creazione di strutture accessibili ed economiche per la cura dei figli e l'assistenza alle persone a carico”.

3. L'evoluzione dei diritti fondamentali.

Senza voler ripercorrere l'evoluzione del concetto di libertà e dei diritti fondamentali, che non può costituire oggetto del presente studio, basti qui ricordare che il concetto che l'uomo in quanto tale sia portatore di diritti fondamentali ha assunto un significato via via diverso in relazione al periodo storico di riferimento⁹.

A partire dal periodo illuminista si assiste alle prime erosioni del potere del sovrano assoluto, attraverso i primi, timidi riconoscimenti delle situazioni giuridiche soggettive in favore dei consociati, che trovano tutela innanzi la giurisdizione statale.

Il nuovo ordine costituito a seguito della Rivoluzione Francese si caratterizza per aver fatto propria la teoria della separazione dei poteri, per la previsione di garanzie anche giurisdizionali in favore della libertà fondamentale, per l'introduzione del principio di uguaglianza formale, per la sottoposizione alla legge di tutti i soggetti.

⁹ Nell'età classica la libertà era concepita come la facoltà del cittadino di partecipare alla vita politica e al governo della collettività, pertanto le istanze del singolo assumevano rilievo solo quando coincidevano con l'interesse pubblico della comunità sociale. L'idea di libertà consisteva nell'esercitare collettivamente e direttamente varie prerogative della sovranità, nel deliberare in tema di pace, di guerra, nel pronunciare giudizi, nel concludere trattati di alleanza; sebbene fossero riconosciute queste libertà è altrettanto vero che esisteva un assoggettamento completo dell'individuo alla collettività. Vedi Bobbio N., *“Eguaglianza e libertà”*, Torino, 1995; Constant B., *“Le libertà degli antichi, paragonata a quella dei moderni”*, Torino, 2001.

Durante l'assolutismo l'idea che il sovrano fosse datore di legge trovava giustificazione nelle guerre di religione cui ha fatto seguito l'affermazione della politica, il rapporto di dominio, la divinizzazione delle autorità istituzionali, concepite come strutture spiegabili in base a dogmi teleologici secolarizzati.

La sovranità, quindi, diviene una, indivisibile, onnipotente forma di potere che esige lo smantellamento di ogni particolarismo locale che si frappone al perseguimento dell'unificazione politica ed economica Martines T., “Fortuna e declino dei concetti di sovranità e di autonomia” ora in ID, *Opere*, I, Teoria Generale, Milano, 2000, p. 584

Lo Stato assolutista, quindi è accentratore di poteri e di funzioni, ed in esso la società in tutte le sue articolazioni viene stretta e costretta; lo Stato, che è la personificazione del sovrano, è il tutore ed il custode dell'interesse generale.

Di lì a poco lo Stato liberale ottocentesco sviluppa una separazione netta tra la società, chiamiamola, civile, e lo Stato, che si rispecchia anche nei ruoli ricoperti: alla prima spetta il compito di sviluppare i vari settori di cui si compone in piena autonomia, al secondo spetta il compito di fornire alla società civile gli strumenti giuridici che permettono l'autonomo operare della società¹⁰.

È proprio in quel periodo che si fa strada l'idea della necessità di una positivizzazione dei diritti fondamentali e quindi di una loro formale enunciazione nelle costituzioni statali e nelle leggi; tale concezione ha come conseguenza che il contenuto ed i limiti di esercizio delle libertà fondamentali debbano essere individuati solo con legge, e che solo le libertà espressamente indicate siano formalmente garantite¹¹.

Più tardi lo Stato socialista, ed in particolare alcuni filoni di pensiero, ha contribuito nel corso del XX secolo ad avviare un processo di riconoscimento dei diritti fondamentali, intesi quali patrimonio comune dei consociati.

Così gli Stati dell'Europa occidentale, a partire dalla seconda metà del '900, hanno cominciato a porsi come obiettivi non solo quelli di garantire l'ordine costituito e la esplicazione delle libertà umane in condizioni di uguaglianza formale, ma anche quello di rimuovere gli ostacoli di carattere sociale ed economico che impediscono, di fatto, il pieno godimento del principio di uguaglianza e delle libertà fondamentali.

Questo "Stato sociale" interviene positivamente in svariati settori della vita sociale per soccorrere i consociati nei casi di indigenza e per creare le condizioni effettive per di benessere diffuso.

Le carte costituzionali cominciano a riconoscere un sempre maggior numero di diritti inviolabili, cui corrisponde un sempre maggior riconoscimento a livello internazionale; ed è proprio con la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (1948) che si realizza un fatto nuovo: con essa viene esplicitamente dichiarato un "sistema di valori universale"¹², l'affermazione dei diritti è

¹⁰ Bognetti G. " *Diritti dell'Uomo*" in Dig. Disc. Priv. – sez. Civ. 1989. Tale impostazione risulta chiara nel settore economico, la cui maggiore espressione è la politica del *laissez-faire*, mentre nell'amministrazione della giustizia si esplicita con il ruolo che lo Stato assume nei confronti della società cioè di mero garante dei diritti naturali dei singoli, intesi come sfere inviolabili di libertà innata da tutelare dagli stessi poteri pubblici, così i diritti di libertà vengono intesi come dominio individuale da sottrarre alla interferenza dello Stato.

¹¹ Questo pensiero trova pieno riconoscimento nelle forme di Stato totalitario e in una certa misura nello Stato socialista.

¹² Bobbio N. " *L'età dei diritti*", Einaudi, 1990, p. 21

universale in quanto i destinatari dei diritti non sono più i cittadini dei singoli Stati, ma tutti gli uomini, e positiva in quanto mette in moto un processo per cui i diritti dell'uomo non dovrebbero essere solo proclamati, ma anche protetti.

La Dichiarazione del 1948 ha gettato le basi per generare ulteriori documenti integrativi, quali la Dichiarazione dei diritti del Fanciullo (1959), i Patti del 1966, la Convenzione sui diritti politici della donna (1952), la Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale (1965)¹³.

I diritti fondamentali, quindi, mutano: non si riferiscono più a sfere di dominio individuale riservato, sottratto al potere sovrano, ma assumono le vesti di strumenti per l'autorealizzazione dell'individuo, per profilarsi, successivamente, come diritti dei gruppi umani, dei popoli e delle nazioni. Cessano, inoltre, di appartenere al *domaine réservé*, dominio riservato, degli Stati per divenire parte delle iterazioni tra diritto internazionale e diritto interno.

Svolto questo breve e sommario excursus storico, merita un cenno il problema relativo alla natura giuridica dei diritti fondamentali¹⁴.

È con le prime Dichiarazioni dei diritti americane¹⁵ che l'individuo diviene soggetto di diritto, per poi vedersi riconoscere con lo stato liberale¹⁶ ottocentesco i diritti fondamentali identificati con le libertà fondamentali e si concretizzavano

¹³ La Dichiarazione sulla concessione dell'indipendenza ai paesi e ai popoli coloniali (1960), la Convenzione per la prevenzione e la repressione del genocidio (1958), la Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione delle donne (1979).

¹⁴ Secondo parte degli studiosi è grazie al Cristianesimo che si diffonde l'idea che ciascun individuo è dotato di una intrinseca dignità, senza alcuna distinzione, in quanto creatura di Dio; al Cristianesimo andrebbe anche il merito di aver introdotto una visione dualistica della società distinguendo la politica dalla religione. Tuttavia un certo filone di pensiero ritiene che il riconoscimento dell'individuo da parte del Cristianesimo non sia vero in quanto, rifacendosi alla dottrina del peccato originale, ha sempre avvertito l'attribuzione ai singoli di ampie sfere di libertà giuridicamente protette. Bognetti G. "Diritti dell'uomo" in Dig. Disc. Priv. – Sez. Civ., 1989.

¹⁵ Della Virginia e della Pennsylvania nel 1776, del Massachusetts nel 1780 e nella Costituzione Federale statunitense del 1789.

¹⁶ Lo Stato liberale ottocentesco che aveva subito le influenze del pensiero giusnaturalistico del contratto sociale prima e dell'utilitarismo di Hume e di Bentham poi e dalle nuove teorie della scienza economica arriva quindi a pensare la società civile come composta da individui, ciascuno in posizione di formale uguaglianza giuridica rispetto agli altri, titolare di diritti di esclusivo dominio del singolo, nonché del potere di esclusione degli altri consociati da dette sfere di diritti, potere che viene garantito dallo stato, e che esso stesso deve rispettare. Per tale motivo i diritti fondamentali degli ordinamenti liberali assumono le vesti di diritti di libertà: sono infatti quegli spazi privati degli individui cui neppure lo stato può penetrare. In Bognetti G. "Diritti dell'uomo" in Dig. Disc. Priv. – Sez. Civ., 1989.

nella pretesa dell'assenza di ingerenze pubbliche¹⁷; mentre l'attività del legislatore era tesa a eliminare le limitazioni legali allo spiegamento delle potenzialità naturali dell'individuo¹⁸.

Negli ordinamenti statuali ottocenteschi di stampo liberale, quindi, il problema dei diritti fondamentali dell'individuo era quello di contenere entro spazi determinati il potere dello stato, al fine di permettere l'esercizio delle libertà individuali.

Di seguito si afferma l'idea della positivizzazione dei diritti fondamentali e quindi di una loro formale enunciazione nelle carte costituzionali, in quanto condizione necessaria per una efficacia giuridica all'interno dell'ordinamento¹⁹.

Altra tesi, su cui poggia lo Stato sociale contemporaneo, è quella secondo cui i diritti fondamentali sono valori materiali di livello costituzionale, cioè fattori di integrazione culturale e spirituale della collettività politica statale²⁰; risulta, quindi, fondamentale un'integrazione tra Stato e comunità civile che avviene tramite l'affermazione di una gerarchia materiale dei valori essenzialmente radicati nella dignità della persona umana²¹.

¹⁷ In tal senso Resta G. secondo cui in questa fase, nella elaborazione e nel riconoscimento dei diritti fondamentali era prevalente l'aspetto difensivo di tali diritti che vengono concepiti come strumenti di protezione dei singoli nei confronti delle ingerenze esterne, segnatamente quelle provenienti dai pubblici poteri. In *"La disponibilità dei diritti fondamentali e commercializzazione: prime note sul "sistema" della Carta dei diritti"* in *"I diritti fondamentali in Europa"* – Ass. It. di Diritto Comparato - XV Colloquio Biennale – Messina – Taormina, 31 maggio – 02 giugno 2001, Giuffrè 2002.

¹⁸ In questo anche la politica economica del laissez-faire.

¹⁹ La Tordini Cagli S., si richiama al tema della giuridificazione della persona sostenendo che questo fenomeno è diviso in tre fasi. La prima si caratterizza per una visione essenzialmente statica dei diritti stessi, in cui si afferma come modello dominante quello del "paradigma del proprietario" secondo cui il singolo da solo è in grado di trovare le condizioni ideali del suo sviluppo.

La seconda fase si lega alle costituzioni democratiche e si caratterizza per aver posto al centro il pieno sviluppo della persona; il singolo quindi si fa portavoce dell'esigenza di tutela nella sfera pubblica, facendo sorgere nuovi diritti della personalità.

La terza fase, quella odierna, si caratterizza per la necessità di riconoscere l'autonomia e l'autodeterminazione dei diritti della personalità, nel saggio di Marini G., "Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto", Seminario giuridico della Università di Bologna, BUP, 2008.

Negli anni '20 in Germania si sviluppa la teoria c.d. istituzionale dei diritti fondamentali. Assume importanza la valorizzazione della dimensione associative e collettiva della vita dell'ordinamento, e le libertà fondamentali in questo quadro ricoprono una funzione sociale.

Secondo questa teoria, quindi, la libertà giuridica acquisterebbe significato solo se e nella misura in cui possa essere riferita ad un sistema sociale determinato, all'interno del quale ogni individuo ha un ruolo sociale da svolgere. In quest'ottica le libertà degli individui coincidono con le istituzioni, le quali a loro volta attuano una sorta di funzionalizzazione dei diritti fondamentali sulla base delle esigenze e delle finalità della società cui il singolo appartiene.

²⁰ Baldassarre A., *"Diritti della persona e valori costituzionali"*, Torino, 1997

²¹ Chessa O., *"Libertà fondamentali e teoria costituzionale"*, Milano, 2002, p. 274 ss., laddove affronta le diverse dottrine dei valori.

In quest'ottica i diritti dell'uomo assumono un valore particolare cioè quello di principi supremi dell'ordinamento e di valori materiali di livello costituzionale, sicchè le libertà umane non assumerebbero il rango di meri diritti soggettivi, ma valori pregnanti della struttura statale, non più limite alla sovranità dello stato, ma principi direttivi cui il legislatore e l'autorità pubblica devono attenersi²².

La teoria che qualifica i diritti fondamentali come valori materiali o come principi ordinatori e direttivi di livello costituzionale postula l'idea che vi sia una coincidenza fra la nozione di diritti di libertà e quella di valori o principi costituzionali. Ad essa va il pregio di aver ancorato il sistema dei diritti umani al sicuro fondamento della dignità umana, sebbene anche questo concetto abbia impegnato non poco la dottrina e la giurisprudenza e sollevando spesso molteplici critiche²³.

L'individuazione del "contenuto" della natura dei diritti fondamentali cambia secondo che si prenda in considerazione il pensiero giusnaturalistico piuttosto che il pensiero positivista. Il primo afferma l'idea che i diritti dell'uomo costituiscono patrimonio genetico della persona, indipendentemente dal riconoscimento legislativo, lo Stato quindi avrebbe solo il compito di riconoscerli e di recepirli. Per il pensiero positivista, invece, i diritti fondamentali non godono

²² Bobbio, ne *"L'età dei diritti"*. L'A. afferma che ci sono tre modi di fondare i valori: il primo è di dedurli da un dato obiettivo costante ciò permette di avere una maggiore garanzia della loro validità universale. Il secondo di fondare i valori è di considerarli come verità di per sé stesse evidenti; la critica qui mossa è che questo modo di affrontare i valori va al di là di ogni prova e rifiuta ogni argomentazione di carattere razionale. Pertanto allorquando si sottopongono i valori alla verifica storica ci accorgiamo della relatività degli stessi. (L'A. porta ad esempio il valore della proprietà).

E terzo ed ultimo modo è quello di scoprire che in un dato periodo storico sono generalmente acconsentiti cioè poggiano sul consenso.

Per l'A. quindi i valori giuridici non vivono in una sfera ideale, ma sono dimensioni oggettive del reale, che non possono essere ricondotti in modo riduttivo a concretizzazioni di carattere strettamente soggettivo; sul piano soggettivo possono essere identificati con l'"ideale", il "bene", e con l' "interesse" da proteggere e promuovere, diversamente i principi giuridici costituiscono la traduzione in chiave giuridica dei valori.

Per Ruggeri A., *"Giurisprudenza costituzionale e valori"* in Dir. Pubbl., 1998. pp. 3-4 i valori "sono orientamenti ideali condivisi, mentre i principi costituiscono le forme privilegiate dei valori, vale a dire la loro rappresentazione positiva, più diretta e immediata, restando ad ogni modo inteso che lo svolgimento positivo dei valori non si esaurisce nella sola fissazione nei principi fondamentali".

²³ Non è dato qui indagare il problema relativo alla definizione del concetto di dignità umana: si richiamano Resta G. *"La disponibilità dei diritti fondamentali e commercializzazione: prime note sul "sistema" della Carta dei diritti"* in *"I diritti fondamentali in Europa"* – Ass. It. di Diritto Comparato - XV Colloquio Biennale – Messina – Taormina, 31 maggio – 02 giugno 2001, Giuffré 2002; in tema di rapporti tra dignità umana e libertà fondamentale di iniziativa economica e diritto al lavoro vedasi le pronunce tedesche sul caso *Peep- Shows*, caso del proiettile umano - TA Versailles, 25.02.1992, in Rev. fr. dr. adm., 1992, Cons. État. Ass., 27.10.95

di autonoma e propria validità sul piano giuridico, ma acquisiscono valore solo nel momento in cui lo Stato li riconosce e li garantisce²⁴.

Tuttavia, data questa breve e imprecisa ricostruzione, non posso non trovarmi concorde con le riflessioni di Bobbio, svolte nell' "Età dei diritti", laddove sostiene che i diritti dell'uomo costituiscono una "classe variabile", il cui elenco si modifica con il modificarsi della realtà storica, e dei bisogni e degli interessi di cui essa è portatrice.

Sicché la classe dei diritti dell'uomo è "mal definibile, variabile", ed anche eterogenea perché oggi oltre ai diritti di libertà sono considerati diritti fondamentali anche i diritti politici ed i diritti sociali al punto che, usando le parole di Bobbio, non si dovrebbe parlare di fondamento ma di fondamenti dei diritti dell'uomo.

Abbiamo quindi assistito al passaggio del riconoscimento dei diritti in capo all'individuo come singolo, successivamente in capo all'individuo nella sua espressione sociale (famiglia, gruppo religioso..), e ultimo il riconoscimento dei diritti in capo all'uomo in relazione ai diversi ruoli che assume all'interno della società.

I diritti fondamentali sono diritti storici in quanto riconosciuti a seguito di lotte per la difesa di nuove libertà contro vecchi poteri; in tal senso si giustifica la teoria dei diritti di prima, seconda, terza e quarta generazione, frutto appunto del riconoscimento di esigenze di libertà e protezione dell'epoca, e non per questo meno fondamentali.

È oltremodo vero che, se i diritti fondamentali nascono come strumenti di protezione dei singoli contro le ingerenze esterne, in specie provenienti dal potere pubblico, oggi i diritti fondamentali non sono più solo strumenti per contenere l'ingerenza altrui, ma divengono strumenti di protezione²⁵, in quanto attualmente le forme più significative di aggressione ai diritti fondamentali non vengono più

²⁴ Il fondamento di tale riconoscimento statale dei diritti fondamentali si ritrova nel principio di legalità.

²⁵ Secondo Resta G. i diritti fondamentali divengono il fondamento di un'attività dello Stato positivamente volta ad apprestare le condizioni per un'effettiva garanzia di tali posizioni soggettive anche e soprattutto nelle posizioni interpersonali, in *"La disponibilità dei diritti fondamentali e commercializzazione: prime note sul "sistema" della Carta dei diritti"* in *"I diritti fondamentali in Europa"* – Ass. It. di Diritto Comparato - XV Colloquio Biennale – Messina – Taormina, 31 maggio – 02 giugno 2001, Giuffrè 2002, p. 190.

dai poteri pubblici, ma da categorie di privati²⁶, in ragione dell'espansione delle logiche di mercato in settori che ne erano sempre rimasti estranei come quella dei beni della persona²⁷.

4. I diritti fondamentali e la posizione della Corte di Giustizia.

A livello comunitario è noto che i Trattati istitutivi non prevedevano alcun richiamo ai diritti fondamentali avendo essi finalità essenzialmente economiche.

Tuttavia già nel 1976 la Commissione²⁸ evidenziava che alla mancanza di un catalogo dei diritti fondamentali corrispondono, nei trattati istitutivi, soltanto alcune “disposizioni aventi lo scopo, o quanto meno l'effetto, di garantire e di migliorare la posizione dei singoli nella Comunità”.

Solo in seguito, con la progressiva realizzazione degli obiettivi economici, sono emerse le implicazioni che tali obiettivi avevano sui diritti individuali.

Nel mentre è spettato alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee a svolgere un ruolo decisivo nell'arco di più di 50 anni, in tema di riconoscimento e protezione dei diritti umani.

La Corte ha preso posizione per la prima volta nel caso *Stork*²⁹ in occasione del quale era chiamata a pronunciarsi circa il contrasto tra la norma

²⁶ È il caso delle imprese di tendenza, della tutela del singolo nel rapporto di lavoro.

²⁷ Si assiste, quindi, al riconoscimento di nuovi diritti detti di “ultima generazione”, quali il diritto alla privacy, intesa come rispetto della vita privata e come l'utilizzo dei dati personali, il diritto all'autodeterminazione bioetica più difficili da tutelare, in quanto le forme di violazione spesso si avvalgono dell'intermediazione dello stesso titolare della situazione giuridica protetta.

²⁸ Relazione presentata dalla Commissione al Parlamento Europeo il 4 febbraio del 1976.

²⁹ C.G.C.E, sent. del 4-2-1959, causa 1/58, *Friedrich Stork et Co. c. Alta Autorità CECA*; la Corte si trovava investita della decisione sulla base di un ricorso per annullamento, presentato a sensi dell'art. 65 n°4 del Trattato CECA, contro la decisione dell'Alta Autorità, in quanto l'Alta Corte, a detta della ricorrente *Friedrich Stork & Co.*, ditta tedesca commerciante carbone all'ingrosso, l'annullamento della delibera, aveva ingiustamente trascurato di considerare la circostanza che le delibere in contestazione dovevano essere valutate in base al diritto tedesco, ai sensi del quale sarebbero state da considerarsi nulle perché in contrasto con gli artt. 2 e 12 dell'*Grundgesetz*, che tutelano rispettivamente il libero sviluppo della personalità umana e il libero esercizio di un'attività professionale. La Corte, dopo aver chiarito che ai sensi dell'art. 8 del Trattato CECA l'Alta Autorità è competente ad applicare solo il diritto della Comunità, statuiva che secondo quanto disposto dall'art. 31 del trattato CECA suo compito è garantire il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione del trattato e dei regolamenti di esecuzione, ma non può di regola pronunciarsi in merito alle norme nazionali.

comunitaria e quella tedesca, che nel caso di specie, tutelava il libero sviluppo della personalità umana ed il libero esercizio di un'attività professionale.

La Corte ha affermato che il compito di garantire il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione del Trattato rientrava tra le sue competenze, ma non poteva prendere in considerazione la violazione da parte di atti comunitari dei principi fondamentali del Grundgesetz tedesco³⁰.

Con la sentenza *Stauder*³¹, a quasi dieci anni di distanza dalla precedente pronuncia, la Corte modifica la propria posizione, accogliendo le doglianze del signor Stauder, affermando che “ i diritti fondamentali fanno parte dei principi generali del diritto cui la Corte garantisce l'osservanza in ambito comunitario ”³².

L'anno successivo, con la pronuncia *Internazionale Handelsgesellschaft*³³, la Corte ha dichiarato che la tutela dei diritti fondamentali costituisce parte integrante dei principi generali dell'ordinamento comunitario, precisando tuttavia che il giudizio sulla validità e sulla legittimità degli atti emanati dalle istituzioni della Comunità deve essere effettuato alla luce del diritto comunitario allo scopo di preservarne l' “unità e l'efficacia”. Per la prima volta i giudici di Lussemburgo dichiarano che la tutela dei diritti fondamentali è informata alle “tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri”, accogliendo quindi il suggerimento fatto dall'Avvocato Generale, nelle conclusioni della sentenza *Stauder*.

³⁰ Si segnala come, per la prima volta, l'Avvocato Generale Lagrange nelle sue conclusioni abbia suggerito alla Corte di far riferimento ai principi generali comuni agli Stati membri “*il n'appartient pas à la Courd'appliquer, do moins directement, les règles de droit interne, même constitutionnelles... Elle peut s'en inspirer éventuellement pour y voir l'expression d'un principe général de droit susceptible d'être pris en considération pour l'application du traité*”.

³¹ Sentenza del 12.11.69, C-29/69 in occasione della quale la Corte era stata chiamata a pronunciarsi in relazione ad un regolamento comunitario che autorizzava gli Stati membri a porre a disposizione sul mercato burro a prezzi inferiori in favore di consumatori assistiti dalla previdenza pubblica. In Germania, affinché potesse godere di questo trattamento di favore il consumatore era tenuto a presentare un buono di acquisto che riportasse il suo nome. Ebbene il consumatore, il signor Stauder appunto, ritenne che la richiesta di presentazione del nominativo indicato sul buono configurasse un'umiliazione e quindi una violazione dei diritti fondamentali della persona.

³² P.to 7.

³³ Sentenza del 17.12.1970, C-11/70 avente ad oggetto un provvedimento adottato all'interno della politica della PAC volto a controllare il mercato e che prevedeva il versamento di una cauzione al fine di ottenere l'autorizzazione all'esportazione, somma che sarebbe stata incassata dall'Amministrazione competente al rilascio dell'autorizzazione, in caso di mancata esportazione nel periodo autorizzato. La società tedesca *Internationale Handelsgesellschaft mbH* lamentava innanzi al tribunale amministrativo di Francoforte la contrarietà del regolamento comunitario ai principi di libertà d'azione e di disposizione, di libertà economica e di proporzionalità (artt. 2 e 14 della Costituzione tedesca); il tribunale investiva la Corte della questione con ricorso pregiudiziale.

Ma è con il caso *Nold*³⁴ che la Corte compie un ulteriore passo avanti. La ditta ricorrente lamentava la violazione di alcuni diritti fondamentali in quanto le novità introdotte con la decisione della Commissione comportavano delle limitazioni, escludendola dal rifornimento diretto, veniva lesa la redditività dell'azienda, il libero espletamento dell'attività commerciale svolta, fino a comprometterne l'esistenza. In particolare l'impresa *Nold* lamentava la lesione di un diritto assimilabile al diritto di proprietà, ed il diritto alla libera esplicazione delle attività economiche, diritti entrambi tutelati dall'ordinamento tedesco, così come dalle Carte costituzionali di altri Stati membri, e da trattati internazionali tra cui la C.E.D.U.

La Corte afferma che i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto di cui essa garantisce l'osservanza, e nel garantirne la Corte è tenuta ad ispirarsi alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e non potrebbe ammettere provvedimenti incompatibili con i diritti fondamentali riconosciuti e garantiti dalla costituzione di tali Stati; prosegue affermando che i Trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito, possono del pari fornire elementi di cui occorre tenere conto nell'ambito del diritto comunitario³⁵.

E alla luce di questi principi che la Corte decide sulle doglianze avanzate dall'impresa *Nold* rilevando che i diritti così garantiti non costituiscono prerogative assolute ma vanno considerate alla luce della funzione dei beni e delle attività oggetto di tutela. Pertanto nell'ordinamento comunitario appare legittimo sottoporre tali diritti a limiti che trovano giustificazione negli obiettivi di interesse generale perseguiti dalla Comunità³⁶.

La Corte, dunque, nel caso *Nold* dichiara espressamente che “i trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito possono fornire elementi cui occorre tenere conto nell'ambito

³⁴ Sentenza *Nold, Kohlen und Baustoffgrosshandlung/Commissione delle Comunità europee* del 14.05.1974, C-4/73. Nel caso di specie la ditta tedesca *Nolt, s.a.s.*, che svolgeva attività di commercio all'ingrosso di carbone e di materiale edilizio, chiedeva venisse annullata la decisione della Commissione del 21.12.1972 relativa all'autorizzazione di nuove norme di vendita della *RuhrKohle AG*, in quanto con la decisione si erano autorizzati gli uffici vendita delle imprese minerarie del bacino della Ruhr a subordinare l'acquisto diretto di carbone alla stipulazione dei contratti fermi biennali, che prevedevano l'acquisto almeno con cadenza annuale e di un quantitativo minimo.

³⁵ P.to 2.

³⁶ Come si avrà modo di osservare infra la Corte opera tenendo sempre a mente il principio del bilanciamento tra le libertà economiche e la tutela dei diritti fondamentali.

del diritto comunitario”³⁷, anche se nella medesima decisione precisa anche che i diritti fondamentali, sebbene principi generali dell’ordinamento comunitario, non costituiscono prerogative assolute sicchè possono essere sottoposti a limiti che trovano giustificazione negli obbiettivi perseguiti dalla Comunità³⁸.

Secondo Mengozzi la Corte con questa sentenza non ha coniato una formula che permette di stabilire in ogni caso se delle limitazioni ai diritti fondamentali siano legittime, tuttavia la decisione costituisce un utile punto di riferimento cui ricorrere quando di tratti di realizzare il necessario coordinamento fra l’esigenza di dare il più ampio sviluppo possibile alla tutela dei diritti fondamentali e quella di permettere il raggiungimento degli obbiettivi comunitari³⁹.

Resta, invece, critica la posizione della Greco secondo cui la Corte più che essere attenta alla protezione dei diritti inviolabili dell’individuo, presta attenzione alla tutela dell’integrità e unità dell’ordinamento comunitario.

La Greco prosegue osservando come i diritti fondamentali garantiti a livello comunitario assumano un rilievo ben diverso “in quanto i diritti fondamentali della persona umana, nel loro valore universale, hanno come destinatari tutti gli individui, mentre i diritti fondamentali garantiti a livello comunitario assumono rilevanza in relazione alla cittadinanza comunitaria, al carattere economico dell’attività esercitata e dalla sua rilevanza per l’ordinamento comunitario”.

In modo analogo si esprime Corti⁴⁰ secondo cui, ormai a ridosso della tanto auspicata entrata in vigore del Trattato di Lisbona – a seguito del referendum positivo irlandese ormai la meta sembra prossima – la Corte di

³⁷ Greppi E.; l’A. sostiene che il cenno operato nel caso Nold ai trattati internazionali ha arricchito integrato il richiamo alle tradizioni costituzionali degli Stati membri in una prospettiva internazionalistica., in *“I diritti fondamentali nelle organizzazioni europee: il Trattato e la Carta dell’Unione, la CEDU e la dimensione dei diritti umani dell’OSCE”* p. 163, in *“I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza – Il costituzionalismo dei diritti”*, AIDC Taormina giugno 2001, sez. pubblicistica, estratto, Ferrari G.F., a cura di, Giuffrè. 2002.

³⁸ Greco S. in *“I diritti fondamentali nella costituzione europea”* in Riv. it. dir. pubb. com., 2001, 1, 187. Vedi in tal senso la posizione assunta dalla Corte con la pronuncia Grogandel 04.10.91.

³⁹ Mengozzi P., *“Istituzioni di diritto comunitario e dell’Unione europea”*, Cedam, 2003, p.280. Vedasi anche la causa *Hauer* C-44/79. Non possiamo non ricordare come la Corte costituzionale italiana e tedesca si sono occupate del contenuto dei diritti fondamentali – Cort. Cost. 183/73, 170/84; in particolare con la sentenza *Solange I* del 29.05.1974 la Corte tedesca riconosceva il potere in capo ai giudici tedeschi di ricorrere alla Corte stessa al fine di vagliare il diritto comunitario alla luce dei diritti fondamentali così come riconosciuti nella Grundgesetz sino a quando l’ordinamento comunitario non si fosse dotato di una Carta costituzionale.

⁴⁰ Corti M. *“Le decisioni IFT e Laval della Corte di Giustizia: un passo avanti e due indietro per l’Europa sociale”* in Riv.it. dir.lav., 02/2008, p. 249.

Giustizia “sembra ancora muoversi prigioniera di una ponderazione sbilanciata nell’ambito della quale le libertà espressione della costituzione economica dell’Unione e le esigenze contingenti della sua integrazione mercantile ricevono costantemente un riconoscimento prioritario” rispetto ai diritti fondamentali.

Correttamente osserva la Ballestrero⁴¹ affermando che la salvaguardia dei diritti fondamentali resta affidata al controllo della Corte di Giustizia purchè tale controllo concerna gli atti comunitari o quelli nazionali emanati in attuazione del diritto comunitario⁴². Di conseguenza questo approccio ha fatto sì che la Corte abbia affrontato la questione relativa ai diritti fondamentali prevalentemente, se non esclusivamente, dal punto di vista economico⁴³.

È con il Trattato di Maastricht che per la prima volta viene inserito un esplicito riferimento al rispetto dei diritti fondamentali “quali sono garantiti dalla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali...e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali dell’ordinamento comunitario”⁴⁴; nonché una serie di diritti in capo al cittadino europeo quali il diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni comunali e al Parlamento europeo nello stato di residenza, il diritto alla tutela da parte delle autorità diplomatiche di qualsiasi Stato membro, il diritto di petizione e il diritto di rivolgersi al mediatore europeo.

Pare, dunque, che il legislatore europeo riconosca e faccia proprie le osservazioni svolte dalla Corte di Giustizia con le sentenze *Internazionale Handelsgesellschaft* e *Nold*, sebbene questo timido riconoscimento, ancora strettamente legato al perseguimento degli obiettivi economici comunitari è risultato insufficiente a soddisfare la richiesta di tutela dei diritti fondamentali, in

⁴¹ Ballestrero M.V. “Europa dei mercati e promozione dei diritti” in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.INT – 55/2007, p. 5 ss.

⁴² In tal senso vedasi Mengozzi P. “Istituzioni di diritto comunitario e dell’Unione europea” Cedam, 2003, p. 281 ss, nonché caso *Cinéthèque* C-60-84; caso *Derimel* C-12/86; caso *Wachauf* C-5/88.

⁴³ Nella causa C-159/90, caso *Grogan*, la Corte era stata chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità con il diritto comunitario di una disposizione irlandese che sanzionava, nel caso di specie, studenti irlandesi che fornivano informazioni sulle cliniche presenti negli altri Stati membri in cui si praticava legittimamente l’interruzione volontaria di gravidanza. La Corte investita di una questione che di fatto riguardava la questione relativa all’aborto, ha avuto la prontezza di non pronunciarsi circa l’interruzione di gravidanza statuendo che non era materia di sua competenza, ma è riuscita a far ricadere il caso posto alla sua attenzione, ed in particolare l’informativa circa le cliniche presenti nel territorio comunitario che praticavano legalmente l’aborto, quale attività rientrante nella libera circolazione dei servizi, e quindi, ancora una volta in un’ottica economica, piuttosto che di tutela dei diritti fondamentali.

⁴⁴ Art. F. n.2.

quanto quelli riconosciuti con il Trattato di Maastricht restano comunque in capo al cittadino comunitario.

E ancora in tema di diritti fondamentali la Corte di Giustizia è stata più di recente chiamata a pronunciarsi con la sentenza *Schmidberger*⁴⁵ statuendo che i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto dei quali la Corte garantisce l'osservanza e che, a tal fine, quest'ultima si ispira alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e alle indicazioni fornite dai trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo a cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito⁴⁶.

Ma la Corte, con il caso *Schmidberger*, si è spinta ben oltre affermando anche che poiché il rispetto dei diritti fondamentali si impone, alla luce dei principi espressi nell'A.U.E. e nel Trattato sull'Unione Europea, sia alla Comunità che agli Stati membri, la tutela di tali diritti rappresenta un legittimo interesse che giustifica, in linea di principio, una limitazione degli obblighi imposti dal diritto comunitario, ancorché derivanti da una libertà fondamentale garantita dal Trattato, nel caso di specie relativo alla libera circolazione delle merci⁴⁷.

Il Trattato di Amsterdam⁴⁸ recepisce l'indirizzo della Corte stabilendo che "l'Unione rispetta i diritti fondamentali quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e dalla Convenzione europea dei diritti

⁴⁵ C-112/00; con questa sentenza la Corte si è pronunciata sul blocco del traffico lungo l'autostrada del Brennero nel tratto austriaco ad opera di un gruppo di ambientalisti nell'ambito di una manifestazione regolarmente autorizzata. La Corte ha ritenuto legittimo la limitazione del principio comunitario della libera circolazione delle merci ricorrendo al bilanciamento di questo con la tutela dei diritti fondamentali.

⁴⁶ Punto 71; in tema di rispetto dei principi fondamentali vedasi anche causa *ERT* C-260/89, causa *Connolly/Commissione* C-94/00, causa *Rutili* C-36/75; causa *Washauf* C-5/88.

⁴⁷ La Corte afferma che "neppure i diritti alla libertà d'espressione e alla libertà di riunione pacifica garantiti dalla CEDU appaiono come prerogative assolute, ma vanno considerati alla luce della loro funzione sociale. Ne consegue che possono essere apportate restrizioni all'esercizio di tali diritti, a condizione che tali restrizioni rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito da tali restrizioni, un intervento sproporzionato e inaccettabile tale da ledere la sostanza stessa dei diritti tutelati". Punto 80.

Con questa sentenza la Corte di Giustizia ha modo di esprimersi circa il bilanciamento di interessi tra il rispetto dei diritti fondamentali, nel caso di specie la libertà di espressione ed il diritto di sciopero, ed il rispetto delle libertà fondamentali dell'Unione Europea. Al riguardo vedasi anche il caso *Viking* C-438/05 ed il caso *Laval* C-341/05; sul punto vedasi Alaimo A., "Il diritto al lavoro fra Costituzione nazionale e Carte europee dei diritti: un diritto "aperto" e "multilivello", in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT - 60/2008*; Ballestrero M.V. "Europa dei mercati e promozione dei diritti" in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT - 55/2007*; Carabelli U. "Una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione dei servizi nella CE", in *Rivista giuridica del lavoro*, 2007, I, 33 ss.; Corti M. "Le decisioni IFT e Laval della Corte di Giustizia: un passo avanti e due indietro per l'Europa sociale" in *Riv.it. dir.lav.*, 02/2008, op. cit.

⁴⁸ Nel Preambolo, quarto considerando.

dell'Uomo in quanto principi generali dell'ordinamento comunitario"⁴⁹, e, all'art. 136 T.C.E., richiama i diritti sociali fondamentali con espresso riferimento alla Carta sociale europea del 1961 e alla Carta Comunitaria del 1989. L'importanza di questo richiamo non è tanto la qualificazione giuridica dei diritti fondamentali, che continua ad essere quella di principi generali dell'ordinamento comunitario, bensì la fonte da cui promana la loro qualificazione⁵⁰.

La scelta operata con il Trattato di Amsterdam non è stata quella di individuare ed elencare una serie di diritti fondamentali, bensì quella di individuare specifiche procedure volte a garantirne la protezione. Così l'art. 13 autorizza il Consiglio, previa consultazione con il Parlamento, ad adottare misure atte a contrastare ogni forma di discriminazione, e cioè quelle basate sul sesso, origine etnica o razziale, sulla religione, sugli handicap, sull'età o sull'inclinazione sessuale; riconoscendo, quindi, in capo alla Comunità, la possibilità di elaborare politiche volte a prevenire o contrastare il fenomeno discriminatorio. Il richiamo operato dall'art. 136 consente di riferirsi ai diritti sociali fondamentali come linee direttrici che la Comunità e gli Stati membri devono seguire.

L'art. 46 riconosce alla Corte di Giustizia il compito di vigilare, nei confronti dell'operato delle istituzioni comunitarie, sul rispetto di quanto enunciato all'art. 6 par. 2, anche se restano escluse le attività rientranti nel secondo e terzo pilastro.

La Corte, come abbiamo sommariamente visto, ha avuto modo di esprimersi circa il riconoscimento dei diritti umani, nonché sulla questione relativa all'adesione della Comunità alla C.E.D.U. in un primo tempo richiamando indirettamente la Convenzione, tramite il riferimento alle tradizioni costituzionali degli Stati membri, successivamente facendo direttamente

⁴⁹ Art. 6 c.2; nel 1996 la Commissione incaricava un comitato di saggi di svolgere una relazione circa la necessità di enunciare una serie di diritti civili e sociali fondamentali e di incorporarli nel Trattato di Amsterdam; il comitato, portato a termine l'incarico proponeva che nel Trattato venisse incluso un catalogo minimo di diritti fondamentali, per poi successivamente poter avviare un processo di consultazioni per aggiornare e completare l'elenco dei diritti, che comunque tenesse conto dell'evoluzione tecnologica, dello sviluppo demografico, e delle problematiche legate all'ambiente. Nonostante l'appello del Comitato, il Trattato di Amsterdam non contiene l'enunciazione di diritti civili e sociali nella veste di "carta dei diritti".

⁵⁰ Azzera L., *"Catalogo dei diritti e Costituzione europea: relazione del gruppo di esperti in materia di diritti fondamentali (c.d. comitato Simitis)"*, in Foro it., 1999, V, p. 543 ss. Mengozzi, in qualità di Avvocato Generale nel caso *Laval*, punti 63-78, ha precisato che, sebbene l'art. 6, n. 2, TUE, indichi tra gli strumenti internazionali che garantiscono i diritti fondamentali la sola CEDU, la CGCE può "legittimamente ispirarsi ad altri strumenti di tutela dei diritti dell'uomo", come la Carta sociale europea e la Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali.

riferimento a quanto espresso nella C.E.D.U., fino ad adottare, e a fare propri, gli indirizzi interpretativi della Corte europea dei diritti dell'Uomo.

Anche le istituzioni comunitarie, e la dottrina si sono espresse: le prime ritenendo che occorresse un'adesione formale della Comunità alla Convenzione, e commissionando all'uopo uno studio apposito⁵¹, la seconda assumendo posizioni differenti.

La dottrina si è dimostrata, talvolta, favorevole all'adesione della Comunità alla Convenzione tramite un atto di adesione che tenesse in debito conto le peculiarità dei rapporti tra Corte di Giustizia delle Comunità europee e la Corte europea dei diritti dell'uomo⁵²; talaltra riteneva, richiamando il criterio utilizzato per gli accordi Gatt, che il carattere obbligatorio della C.E.D.U. andasse affermato a prescindere dall'adesione alla Convenzione, in quanto comunque la Comunità sarebbe comunque vincolata al rispetto degli accordi stipulati dagli Stati membri con i Paesi terzi, che vanno a regolare attività in origine di competenza statale, poi divenute di competenza comunitaria.

Talaltra la dottrina faceva proprio quanto formulato nel memorandum del 1979, in precedenza richiamato, e cioè la necessità, da parte delle istituzioni comunitarie, di valutare l'adozione di una carta autonoma dei diritti fondamentali⁵³.

In questo contesto da un lato, la Corte viene chiamata a valutare se l'adesione della Comunità alla C.E.D.U. sia compatibile con il Trattato istitutivo della Comunità europea⁵⁴, dando peraltro risposta negativa, e dall'altro si fa strada l'idea di elaborare una Carta dei diritti⁵⁵, che trova formale riconoscimento

⁵¹ Memorandum concernente l'adesione della Comunità europea alla C.E.D.U. del 04.04.1979 in Boll. Ce n. 2/79; doc. SEC (90) 2087 Comunicazione concernente l'adesione delle Comunità europee alla C.E.D.U. del 19.11.90.

⁵² In tal senso Mengozzi P. op. cit.

⁵³ In tal senso vedasi Tesauro.

⁵⁴ Parere C.G.C.E. del 28.03.96, parere 2/94, nel quale la Corte afferma che "l'adesione alla C.E.D.U. comporterebbe una modificazione sostanziale dell'attuale regime comunitario di tutela dei diritti dell'uomo, in quanto comporterebbe l'inserimento della Comunità in un sistema istituzionale distinto, nonché l'integrazione del complesso delle disposizioni della Convenzione nell'ordinamento giuridico comunitario. Pertanto rivestirebbe rilevanza costituzionale e non potrebbe essere operata se non attraverso una modifica del trattato stesso."; in tal senso vedasi Mengozzi P., *"Istituzioni di diritto comunitario e dell'Unione europea"*, Cedam, 2003; Tiberi G. *"La questione dell'adesione della Comunità alla Convenzione europea dei diritti dell'Uomo al vaglio della Corte di Giustizia"* in Riv. It. Dir. Pubbl. Comm. 1997, p 437 ss.

⁵⁵ La prima formalizzazione di ritrova nel comitato Pintasilgo che aveva avuto l'incarico da parte della Commissione di valutare gli sviluppi concernenti la Carta comunitaria dei diritti sociali dei lavoratori nell'ambito della revisione dei trattati.

nel 1998 con il Comitato Simitis al quale viene assegnato il compito di valutare l'opportunità ed i limiti di un riconoscimento esplicito dei diritti fondamentali.

Il Comitato Simitis⁵⁶, nel proprio rapporto, pur riconoscendo il pregio delle innovazioni introdotte con il Trattato di Amsterdam, non si esime dal muovere critiche all'Unione europea circa il modo di concepire e applicare i diritti fondamentali, evidenziando la generale confusione nei testi dei trattati, in quanto in tema di diritti fondamentali l'art. 6 del Trattato U.E. compie un richiamo espresso alla sola C.E.D.U., mentre l'art. 136 del Trattato C.E. richiama la Carta sociale europea e la carta comunitaria, ma omette il richiamo alla C.E.D.U.

Secondo il Comitato Simitis, dunque, si assiste ad un approccio selettivo nei confronti dei diritti fondamentali: in particolare, i diritti sociali rischiano di essere relegati al livello di semplici aspirazioni a livello europeo e degli Stati membri. In tal senso si esprime anche la Ballestrero⁵⁷, di cui condividono le osservazioni, secondo cui i diritti sociali “non hanno quel carattere di universalità che è tipico dei diritti di libertà e di quelli politici: sono diritti della persona “concreta e situata in un determinato contesto”, nel quale, per ragioni culturali, sociali, fisiche o sociologiche, essa viene a trovarsi in condizioni sfavorevoli rispetto a quelle di altre persone o gruppi di persone”. Sicchè i diritti sociali tengono conto delle diverse condizioni dalle quali dipende il bisogno di protezione, istituendo a favore dei loro titolari l'aspettativa di una prestazione, che può essere realizzata attraverso l'intervento pubblico diretto, o attraverso l'attività dei privati.

La Ballestrero risolve il problema del riconoscimento dei diritti sociali quali diritti fondamentali sotto il profilo del diritto costituzionale in quanto questi diritti poggiano su “su norme giuridiche a loro volta fondamentali”⁵⁸. Nel nostro ordinamento interno, il problema è, peraltro, risolto dalla Costituzione che non solo contiene un dettagliato catalogo di diritti sociali ma presuppone una loro giustificazione complessiva, che si collega non solo alla garanzia dei diritti civili e politici, ma soprattutto con “il fine della rimozione degli ostacoli alla libertà e

⁵⁶ Azzerà L. “*Il rapporto Simitis*” in Foro it., V, 351, 1999.

⁵⁷ Ballestrero M.V. “*Europa dei mercati e promozione dei diritti*” in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.INT – 55/2007;

⁵⁸ Nel nostro ordinamento interno, il problema è risolto dalla Costituzione italiana, che contiene un dettagliato catalogo di diritti sociali, ma presuppone una loro giustificazione complessiva collegandola non solo alla garanzia dei diritti civili e politici, ma soprattutto con “il fine della rimozione degli ostacoli alla libertà e all'eguaglianza per lo sviluppo della democrazia nel campo politico ed economico-sociale”; Ballestrero M.V., op. ult. cit.

all'eguaglianza per lo sviluppo della democrazia nel campo politico ed economico-sociale”.

Il Comitato prosegue ponendo attenzione sulla problematica del campo di applicazione dei diritti fondamentali, alcuni dei quali sono strettamente collegati con gli obiettivi comunitari, quali la parità tra i sessi e la libera circolazione dei lavoratori, e per ciò collegati ai diritti propri dei cittadini comunitari, escludendo quindi dal godimento di tali diritti i cittadini dei Paesi terzi, restrizione che è incompatibile con l'idea di universalità dei diritti fondamentali⁵⁹. Il Comitato conclude ritenendo che una limitazione delle competenze dell'Unione in relazione al riconoscimento e alla salvaguardia dei diritti stessi contrasterebbe con il valore superiore che è assegnato a tali diritti.

Alla luce delle osservazioni presentate dal Comitato Simitis viene anche da chiedersi quali siano i diritti fondamentali dell'ordinamento comunitario e quale sia la *ratio* e l'evoluzione che ha portato al riconoscimento di alcuni piuttosto che di altri.

Su questo interrogativo Giannini⁶⁰ espone alcune riflessioni che sono più di ordine metodologico ma comunque imprescindibili per affrontare correttamente la questione; egli ritiene che “la dogmatica delle libertà nei loro diversi aspetti e dei diritti fondamentali è ancora lontana da un soddisfacente assetto. Troppo spesso la si è confusa, da un lato, con la teoria generale delle situazioni soggettive, in particolare delle situazioni attive di vantaggio, dall'altro con le posizioni fondamentali del soggetto privato nell'ordinamento giuridico generale dello Stato”.

Così ragionando viene spontaneo domandarsi quanti e quali siano i diritti fondamentali: sono solo quelli garantiti dalla Costituzione o anche quelli riconosciuti nelle leggi ordinarie dello Stato, sono da considerarsi tali i diritti politici e i diritti sociali o solo quei diritti volti a contenere, se non talvolta contrastare l'ingerenza dello Stato in spazi propri dell'individuo.

ignora le influenze sociali, economiche, politiche della realtà in corso; e le difficoltà di definire, a livello interno, quali diritti debbano essere considerati tali e quali no, si ritrovano anche a livello comunitario.

⁵⁹ Nel rapporto Simitis un espresso riferimento viene fatto alle disposizioni in tema di sicurezza dei lavoratori migranti, che non trovava applicazione nei confronti dei cittadini di Paesi terzi.

⁶⁰ Giannini M.S., “*Diritto amministrativo*”, Giuffrè, Milano, 1993, p. 228

A livello comunitario sono individuabili cinque macro aree di diritti fondamentali: quella relativa a diritti con contenuto economico, i diritti civili, i diritti sociali, i c.d. diritti processuali ed i diritti di quarta generazione. Nell'individuazione dei quali grande ruolo ha avuto la Corte di Giustizia, qualificandoli come tali talvolta senza grandi difficoltà talvolta subordinando il loro riconoscimento e la loro tutela alla loro compatibilità con i principi e le finalità dell'ordinamento comunitario.

I diritti a contenuto economico, quali quelli relativi alla libera circolazione delle merci, dei capitali, dei servizi, libertà di stabilimento⁶¹, sono stati agevolmente riconosciuti dalla Corte di Giustizia, in quanto espressamente enunciati nei Trattati; i diritti civili trovano espresso riconoscimento grazie alle pronunce della Corte che comunque li subordina alla compatibilità con i principi e le finalità dell'ordinamento comunitario, e peraltro riservandosi di valutare quali possano considerarsi tali in virtù della loro armonizzazione con il sistema comunitario e con il suo corretto funzionamento.

I diritti sociali conoscono un maggiore riconoscimento a seguito del Trattato di Amsterdam, laddove nel Preambolo al Trattato si legge che l'unione rispetta i diritti sociali fondamentali espressi nella Carta sociale europea del 1961 e nella Carta Comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989.

Ai diritti processuali l'ordinamento comunitario riconosce valore in quanto strumento per l'individuo di far valere in giudizio quei diritti riconosciuti come fondamentali; mentre i diritti di quarta generazione, sebbene indicati come diritti fondamentali, non costituiscono prerogative assolute, e pertanto possono subire delle limitazioni in correlazione con gli obiettivi perseguiti dalla Comunità.

È pur vero che nel rapporto presentato dal Comitato Simitis è stato dato ampio rilievo alla circostanza che il riconoscimento dei diritti fondamentali deve includere anche i diritti sociali ed i diritti civili, in quanto non può ignorarsi l'interdipendenza degli uni rispetto agli altri, diversamente agendo si rischierebbe di comprometterne la protezione.

⁶¹ In tema di bilanciamento tra le libertà fondamentali riconosciute dal diritto comunitario e i diritti fondamentali vedasi i casi *Schmidberger*, *Laval* e *Viking*.

Tuttavia nei primi anni intorno al dibattito circa i diritti sociali l'accento è stato posto sul carattere particolare di questi; tale atteggiamento ha nei fatti, legittimato l'attribuzione ai diritti sociali di uno status diverso, inferiore.

In effetti, la storia della Comunità europea non ignora gli sforzi volti a classificare i diritti sociali come una categoria di minor importanza rispetto ai diritti civili e politici, cosicché il Comitato ribadisce l'importanza del principio di indivisibilità dei diritti fondamentali, auspicio che è stato fatto proprio, successivamente, dalla Carta di Nizza.

In occasione del Consiglio europeo di Colonia del giugno 1999, preso atto che la tutela dei diritti fondamentali rappresenta un principio fondatore dell'Unione e il presupposto indispensabile per la sua legittimità, i Capi di stato e di Governo concordavano sulla "necessità di elaborare una Carta dei diritti al fine di sancire in modo visibile l'importanza capitale e la portata per i cittadini dell'Unione"⁶².

4.1. I diritti fondamentali e la Carta di Nizza.

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁶³ costituisce il primo esempio nella panoramica internazionale e regionale di "documento

⁶² Conclusioni del Consiglio di Colonia, 3-4 giugno 1999, par. 44-45 e all. IV "Decisione del Consiglio europeo concernente l'elaborazione di una Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea".

⁶³ Proclamata, nella forma di dichiarazione solenne, a Nizza il 07.12.2000 dal Parlamento europeo, dal Consiglio dei Ministri e dalla Commissione, vede per la sua stesura l'adozione di un metodo nuovo, individuato in occasione del Consiglio di Tampere nell'ottobre del 1999, cioè quello della Convenzione che si ispirava ad un processo decisionale aperto e partecipativo. Era stato individuato un organo ad hoc, detto appunto Convenzione, che si componeva di 62 membri tra rappresentanti di Stato e di Governo, rappresentanti della Commissione, delle assemblee parlamentari nazionali, di europarlamentari cui si aggiungevano osservatori della Corte di Giustizia e del Consiglio d'Europa.

E proprio la semplice proclamazione della Carta di Nizza da parte delle principali istituzioni europee, con un atipico procedimento di approvazione configuravano nulla più di un accordo interistituzionale; pertanto la posizione esterna della Carta e la mancanza di un qualunque collegamento con i Trattati avrebbero dovuto rappresentare, secondo gli iniziali orientamenti, argomenti sufficienti ad escludere alla radice un qualunque effetto normativo delle sue disposizioni.

Si segnala come parallelamente venga sviluppato il metodo aperto di coordinamento, sul quale si tornerà nel proseguio, che viene consolidato ed ampliato dopo il Consiglio di Lisbona. La Sciarpa S. in "La costituzionalizzazione dell'Europa sociale. Diritti fondamentali e procedure di soft law", in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT - 16/2003 p. 4, evidenzia il parallelismo esistente tra la metodologia seguita per la stesura della Carta, tesa a cogliere i suggerimenti, le osservazioni della società civile, e il metodo aperto di coordinamento di due distinti processi riformatori: "la preparazione della Carta, infatti, e la enunciazione di un catalogo di diritti sociali fondamentali avviene secondo una procedura aperta seppur guidata da soggetti istituzionali,

omincomprensivo dei diritti essenziali ed inalineabili della persona umana, in quanto accorpa in unico testo i diritti civili, politici, economici, sociali sino ad allora enunciati in fonti diverse”⁶⁴.

La Carta ha avuto il pregio di aver provveduto ad un riconoscimento implicito dell’indivisibilità dei diritti della persona omettendo volutamente di distinguere tra diritti civili e politici da un lato e diritti sociali dall’altro, ma raggruppando i diritti in Capi, retti ciascuno da un principio fondamentale e cioè Dignità, Libertà, Uguaglianza, Solidarietà, Cittadinanza, Giustizia e disposizioni generali. Correttamente afferma la Ballestrero affermando che questo approccio permette di superare la divisione e la gerarchia tra generazioni di diritti, e consente alla Carta di superare anche quella riduzione dei diritti fondamentali ai soli diritti universalistici ed eguali, ancora sostenuta da quanti escludono i diritti sociali, che universali (nel senso dei primi) non sono, dal novero dei diritti fondamentali⁶⁵.

Tuttavia la Carta riconosce due limiti: il primo indicato nell’art. 51 secondo cui l’applicazione delle disposizioni della Carta deve rimanere nell’ambito delle istituzioni dell’UE e nel rispetto del principio di sussidiarietà, e, per quanto attiene agli Stati membri, esclusivamente in relazione all’attuazione del diritto dell’U.E.⁶⁶; inoltre, la Carta non introduce nuove competenze o nuovi compiti né per l’UE, né per la CE, rispetto a quelli definiti dai Trattati.

mentre le politiche occupazionali si rafforzano intorno ad un metodo anch’esso aperto che coinvolge i governi nazionali, coinvolge in modo diretto diversi settori delle amministrazioni degli Stati”.

⁶⁴ Mengozzi P., op. cit. p. 284. La Commissione europea auspicava (COM (2000) 644 definitivo) che la Carta fosse comunque destinata a diventare “un testo vincolante, attraverso l’interpretazione che la Corte darà dei principi generali del diritto comunitario ivi formulati”, così come è avvenuto in passato con altri testi relativi ai diritti fondamentali. Tuttavia secondo Pace la Carta somiglia ad una sorta di testo unico, a mezza strada tra il compilativo e l’innovativo, posto che in essa, sono stati fatti confluire la CEDU, la Carta comunitaria dei diritti sociali del 1989, varie direttive comunitarie, nonché i principi espressi dalla Corte di Giustizia, in Pace A., “A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea? Appunti preliminari”, in *Giust. Cost.*, 2001, p. 193 ss.

⁶⁵ Secondo la Ballestrero M.V., essendo “fondamentale” il principio che regge i diritti sanciti nel relativo capo, la qualità di “fondamentale” si trasmette dal principio ai diritti.; in Ballestrero M.V. “Europa dei mercati e promozione dei diritti” in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*.INT – 55/2007, p. 12.

⁶⁶ Vedasi in tal senso Mengozzi P., Barbera M.G., Cartabia M. e Celotto A. secondo i quali la “Carta si rivolge alle istituzioni europee, mentre le istituzioni nazionali sono destinatarie dei precetti della Carta solo nei casi in cui agiscono in applicazione del diritto europeo, in qualità di braccio operativo dell’ordinamento europeo, quasi fossero anch’esse all’occorrenza istituzioni europee” in “La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza” in *Giur. Cost.*, 2002, p. 4482. Vedasi anche Mayer F.C. “La Charte européenne des droits fondamentaux et la Constitutions européenne” in *RTDeur.*, 39 (2) avr.-juin, 2003, p. 175.ss, e Bribosia E. “La Charte des droits fondamentaux de l’Union Européenne: un exemple de codification au plan européen”, in *Rev. Dr. ULB*, 28, 2003, p. 231 ss.

Il secondo pregnante limite è individuato dall'art. 52 relativo alla tutela accordata ai diritti fondamentali nel senso che sono inderogabili solo nel loro "contenuto essenziale" in quanto "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".

È stato posto il problema circa l'efficacia⁶⁷ della Carta di Nizza, in particolare nella giurisprudenza comunitaria, che ancora oggi non ha trovato una soluzione.

Alcune istituzioni comunitarie, infatti, si sono riferite alla Carta nella loro attività: il Parlamento europeo utilizza la Carta quale base per le sue revisioni annuali della situazione dei diritti fondamentali nell'UE⁶⁸, il Consiglio⁶⁹, per parte sua, compie spesso riferimenti alla Carta nei propri atti e la Commissione considera la Carta come un documento vincolante per la propria attività individuando procedure interne per garantirne la conformità⁷⁰. E ancora il richiamo alla Carta è ravvisabile nel regolamento 1049/2001 CE sull'accesso ai documenti, nella decisione 50/2002 CE sull'esclusione sociale e nella direttiva 2002/47 in tema di contratti di garanzia finanziaria, nonché nel Libro Bianco sulla Governance laddove viene affermato che "l'Unionesi basa Carta dei diritti fondamentali"⁷¹.

Tuttavia oggi, quasi con stupore, segnalo la scelta operata dalle istituzioni comunitarie con l'adozione del Regolamento CE n. 168/2007 del Consiglio, relativo all'istituzione dell'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali, di prevedere all'art. 3, prevede che nello svolgimento dei suoi compiti l'Agenzia

⁶⁷ Cartabia M. e Celotto A., op. ult. cit. p. 448; gli A. diversamente ritengono che la Carta di Nizza non aggiunga nulla di nuovo, sotto il profilo dell'efficacia formale, ma che piuttosto abbia portato a conclusione un processo avviato negli anni '50/60, a partire dalla sentenza *Stauder* di cui si è parlato sopra, sulla spinta delle Corti costituzionali nazionali, in particolare quella tedesca ed italiana, che hanno spronato i giudici di Lussemburgo a sviluppare un sistema di tutela dei diritti fondamentali a livello comunitario.

⁶⁸ Inoltre l'art. 58 del regolamento del Parlamento prevede l'obbligo di verificare durante l'esame di una proposta legislativa il rispetto dei diritti fondamentali.

⁶⁹ Il Consiglio sebbene non riconosca carattere vincolante alla Carta vi ha fatto riferimento in atti quali la decisione 2001/93 CE relativa all'Anno europeo per i disabili, la decisione 2002/187/GAI istitutiva dell'Eurojust per rafforzare la lotta contro le forme gravi di criminalità.

⁷⁰ Comunicazione della Commissione, Applicazione della Carta, SEC 380/3, del 13 marzo 2001.

⁷¹ Libro bianco sulla *governance*, p. 7.

dovrà fare riferimento ai diritti definiti nell'art. 6.2 TUE e non a quelli riconosciuti dalla Carta di Nizza.

Per quanto concerne gli organi giurisdizionali si può affermare che, nonostante il Tribunale di primo grado si sia pronunciato richiamando la Carta di Nizza⁷², l'attività della Corte presenta un duplice aspetto. Gli Avvocati Generali si avvalgono della Carta quale strumento di appoggio per le loro conclusioni, ricorrendovi come elemento di interpretazione delle questioni sottoposte all'attenzione della Corte; alcuni Avvocati Generali nelle proprie conclusioni aderiscono all'orientamento secondo cui la Carta di Nizza non ha carattere vincolante⁷³, altri, invece, pur prendendo atto della decisione presa a Nizza di rinviare la questione circa forza la vincolante della Carta, riconoscono alla stessa l'autorevolezza sulla base delle modalità seguite per la sua stesura e sulla funzione riconosciuta cioè di strumento a disposizione dei cittadini europei per conoscere i propri diritti e di strumento volto a limitare il potere delle istituzioni comunitarie⁷⁴.

I giudici della Corte⁷⁵ hanno, invece, evitato riferimenti espliciti alla Carta di Nizza sebbene di recente i giudici abbiano provveduto a richiami espliciti. Tuttavia a mio parere non si può ancora ravvisare un cambiamento di indirizzo sebbene almeno a livello interno possiamo assistere ad un riconoscimento da parte della Corte Costituzionale della valenza di strumento interpretativo che la Carta di Nizza va assunto. La Corte Costituzionale, infatti, in una prima pronuncia⁷⁶ ha compiuto un richiamo esplicito alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione “ per il suo carattere espressivo di principi comuni agli ordinamenti

⁷² Vedasi le cause T-112/98; T-54/99 *caso Maxmobile* con il richiamo alla Carta il Tribunale conferma un diritto al controllo giudiziario quale principio generale dell'ordinamento comunitario; T-177/01 caso *Jégo-Quéré* dove operando un richiamo alla Carta il Tribunale ha cercato di ampliare l'accesso ad un effettivo ricorso in sede giudiziaria di una parte direttamente ma non individualmente interessata; nonché l'ordinanza T-77/01; secondo il Mengozzi P., op. cit., p. 291, il Tribunale ricorre alla Carta non ponendosi il problema circa la natura giuridica della stessa.

⁷³ Al riguardo vedasi le conclusioni nelle cause C-173/99 *caso Bectu*, C-353/99, caso *Huatala* C-313/99, caso *Mulligan*; C- 20/00 caso *Booker Aquaculture*; C-244/00 *Repubblica Italiana c. Commissione*.

⁷⁴ In tal senso vedasi le conclusioni nelle cause C-173/99 *caso Broadcasting*; C-353/99 caso P., C-341/05 *caso Laval*.

⁷⁵ Le sentenze cui si fa riferimento sono la causa C-540/03, C-432/05; e ancora più di recente causa C-432/05 *Unibet (London) Ltd*, causa C-540/03, *Parlamento c. Consiglio*. Si segnala, peraltro la causa C-50/00 *Union de Pequenos Agricultores* in cui la Corte pur ritenendo di non essere competente ad interpretare la Carta suggerisce la necessità di una modifica dei trattati tale da permetterle un ampliamento delle proprie competenze; sulla sentenza vedasi il commento di Gilliaux P., “*L'arret Union de Pequenos Agricultores entre subsidiarité juridictionnelle et effectivité*”, in *Cahiers de droit européens*, 2003, p. 177 ss.

⁷⁶ Cort. Cost. sent. 135/02.

europei ...sebbene essa sia priva di efficacia giuridica”, e successivamente compie un richiamo privo, tuttavia, di ogni ulteriore precisazione, quasi che la Corte Costituzionale avesse preso atto della sempre maggiore valenza giuridica che viene attribuita alla Carta di Nizza⁷⁷.

La Carta offre, quindi, una "fotografia" aggiornata della filosofia sociale europea rivolta ad un liberalismo socialmente evoluto, incentrato su una protezione forte dei diritti e delle libertà degli individui, e in una parola della loro sfera di autonomia, ma nello stesso tempo consapevole dei problemi di contestualizzazione e di effettività di questi diritti sul terreno dei rapporti sociali, in special modo in relazione alle posizioni di svantaggio e bisogno sociale, e correlativamente di potere e di dominio, che tendono a formarsi nella società reale.

Questa nuova attenzione si manifesta con l'adozione di norme volte a limitare la sfera dei poteri, quali le norme sulla discriminazione "a tutto tondo" e sui licenziamenti, in norme di riconoscimento dei diritti di azione collettiva nonché del rispetto del "nocciolo duro" dell' *acquis socialdemocratico*.

Se viene, da un lato, accolto “il principio della regolazione sociale del mercato, in quanto istituzione e non *ordo naturalis* e se il diritto, come braccio della politica e come luogo di sintesi delle diverse istanze sociali, ne esce culturalmente rafforzato, è altresì evocato implicitamente il limite oltre il quale la regolazione sociale non deve spingersi”⁷⁸.

Il limite non è dato tanto dalla concorrenza (perché dalla Carta si ricava implicitamente che restrizioni alla concorrenza sono lecite, nella misura in cui sono rivolte a proteggere i diritti fondamentali), bensì dalla tutela dei diritti degli individui e della loro sfera di autonome opportunità.

Una volta garantito loro il rispetto delle prerogative repute essenziali, rimane "fondamentale" che lo Stato intervenga positivamente soltanto per metterli in condizione di competere alla pari con altri gruppi⁷⁹. Non è quindi l'eguaglianza sostanziale *tout court* che viene indicata come obiettivo bensì una più limitata (nel cerchio più ampio dell'eguaglianza sostanziale) eguaglianza delle

⁷⁷ Cort. Cost. sent. 445/02.

⁷⁸ Del Punta R. “*I diritti sociali come diritti fondamentali: riflessioni sulla Carta di Nizza*” in *Dir. rel. ind.*, 2001, 3, p. 335 ss.

⁷⁹ Ritornano qui le riflessioni di Resta G. e Grimm D., *op.cit.*

opportunità, oltretutto circoscritta prevalentemente (nel campo del lavoro) alle donne ed ai disabili.

La Carta di Nizza ha, comunque, il pregio di costituire lo strumento oggi per eccellenza che permette di riequilibrare il modello sociale europeo, cioè per correggere lo sbilanciamento esistente in favore del mercato ed in danno dei diritti sociali, nonché diventa lo strumento principe, usando le parole della Ballestrero “per restituire al *hard law* il ruolo di indispensabile contraltare del *soft law*, o almeno per costruire un rapporto di virtuosa complementarità tra la politica dei diritti e il *soft law*”⁸⁰. Il Trattato costituzionale provvede a risolvere l'insicurezza giuridica dei diritti fondamentali così come si era creata sulla base delle diverse interpretazioni fornite dagli organi comunitari attraverso l'incorporazione della Carta di Nizza nella Parte II del Tc, garantendo così una efficacia giuridica piena ai diritti fondamentali riconosciuti del catalogo, e al contempo elevandoli al rango di norme primarie dell'ordinamento comunitario, in posizione del tutto equiordinata con le altre disposizioni del Trattato; inoltre norma l'art. I-6 Tc69 chiarisce la natura della Carta indicandola come parte integrante del diritto primario dell'Unione, qualunque fosse il suo *status* prima dell'adozione del Trattato costituzionale.

5. Il principio di non discriminazione nel contesto internazionale.

A livello internazionale il principio di non discriminazione di genere⁸¹ ha da sempre costituito uno dei principi cardine: lo troviamo nella Carta di San

⁸⁰ Ballestrero M.V. “Europa dei mercati e promozione dei diritti” in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*.INT – 55/2007, p. 5; di diverso avviso Pollicino O., il quale rilevando che i diritti sociali ricadono nell’ambito di competenza del welfare, e dunque nella competenza dei singoli Stati, gli strumenti più idonei per regolare la materia sono quelli offerti dalla *soft law* ed in particolare dal Metodo Aperto di Coordinamento.

⁸¹ Nella letteratura lingua inglese il termine “genere” negli ultimi 30 anni è diventato di uso comune: il vocabolo è mutuato dalla grammatica deriva da una radice indoeuropea che significa “produrre” (da cui generare) e, in diverse lingue, ha dato luogo a parole indicanti la specie o la classe (in latino, peraltro, il termine *genus* viene utilizzato anche nel senso di genere umano).

Nella lingua inglese si iniziò ad utilizzare il termine *gender* per indicare una specifica distinzione tra classi di nomi che secondo l’*Oxford English Dictionary* del XIX sec. “corrisponde, grosso modo, alle distinzioni di sesso (e assenza di sesso) negli oggetti denotati”.

La lingua l’inglese distingue tra *sex* e *gender*, mentre la lingua tedesca non conosce questa distinzione ed una un solo termine per entrambi cioè *Geschlecht* con cui indica entrambi.

Francisco del 1945 laddove dichiara di “promuovere ed incoraggiare il rispetto dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali per tutti senza distinzione di razza, di sesso, di lingua o di religione...”⁸², e nell’art. 2 della Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo del 1948 secondo cui “...ad ogni individuo spettano tutti i diritti e tutte le libertà enunciati nella presente Dichiarazione, senza distinzione alcuna, per ragioni di razza, di colore, di sesso, di lingua, di religione....”.

Esso è stato riaffermato nei Patti internazionali sui diritti dell’uomo, adottati nel 1966, ed nella International Bill of Righth, per arrivare al 1979, con l’adozione della Convenzione sull’eliminazione di tutte le forme di discriminazione nei confronti della donna (Cedaw)⁸³, a definire per la prima volta il concetto di discriminazione di genere all’art. 1 secondo cui “l’espressione discriminazione nei confronti delle donne, concerne ogni distinzione esclusione o limitazione basata sul sesso che abbia come conseguenza o come scopo di compromettere o eliminare il riconoscimento, il godimento o l’esercizio da parte delle donne, quale che sia il loro stato civile, dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale, culturale e civile o in ogni altro campo su base di parità tra l’uomo e la donna”. L’art. 4 della Cedaw statuisce, inoltre che “l’adozione da parte degli Stati di misure temporanee speciali volte ad accelerare la creazione di un’uguaglianza di fatto tra uomini e donne non deve considerarsi un atto discriminatorio...ma non deve in alcun modo avere quale conseguenza il mantenimento di norme in uguali..dette norme devono essere abrogate una volta che gli obbiettivi posti in materia di parità di trattamento sono Stati raggiunti”⁸⁴.

Tra gli accordi internazionali a livello regionale merita un richiamo particolare la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà

⁸² Questa definizione è stata anche ripresa nella Convenzione 111 dell’OIL del 1958; in essa infatti viene enunciato il principio della parità di trattamento e di uguaglianza in relazione al lavoro e alla professione, manca tuttavia una definizione che verrà riportata per la prima volta nella CEDAW.

⁸³ Adottata dall’Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 18 dicembre 1979, è entrata in vigore nel 1981, ratificata in Italia con la l. n. 132 del 14 marzo 1985; la Convenzione assume particolare rilievo per il contributo offerto nell’elaborazione delle azioni positive, in particolare della legittimità delle misure consistenti in trattamenti preferenziali, se finalizzate al processo di uguaglianza tra uomini e donne.

⁸⁴ Vedasi in tal senso “*De l’égalité des chances – A propos de l’arrêt Kalanke, CJCE 17 octobre 1995*”, *Droit social*, 5/1996, p. 494 ss.

fondamentali del 1950, il cui art. 14 sancisce il principio per cui il godimento dei diritti e delle libertà “... deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua...”.

L’ordinamento comunitario, dall’ Atto unico europeo passando per i Trattati di Maastricht, Amsterdam e Nizza fino alla recente Carta costituzionale europea⁸⁵, è andato riconoscendo il principio di non discriminazione, dapprima legandolo al raggiungimento degli obiettivi comunitari, prettamente economici, per giungere poi a riconoscere un’autonomia propria, che va ben oltre la sfera dei rapporti economici e del diritto del lavoro.

Il concetto di discriminazione comunque muta secondo i periodi storici, l’evoluzione del mercato (come si vedrà più avanti in quanto i primi studi sulla problematica sono proprio dei giuslavoristi), il ruolo che via via va assumendo l’Unione europea, e l’interpretazione che essa stessa, in particolare attraverso la Corte di Giustizia, ne ha fatto nel corso degli anni, fino a giungere come si vedrà a riconoscerlo come un diritto fondamentale della persona, autonomo rispetto al principio di uguaglianza, portando quindi ad interrogandosi se i diritti fondamentali debbano essere incorporati o meno nei principi generali dell’ordinamento comunitario, problematica di cui si è parlato prima.

6. La dignità umana come diritto fondamentale e come limite alla discriminazione.

La dignità umana viene sempre più invocata come giustificazione degli interventi legislativi in materia antidiscriminatoria.

Il primo richiamo a livello di giurisprudenza della Corte di Giustizia lo ritroviamo nel caso *Omega*⁸⁶ in cui la Corte ha ritenuto che il principio di tutela

⁸⁵ Ratificata con l. del 7 aprile 2005 n. 57.

⁸⁶ C-36/02; nel caso in esame una società di diritto tedesco gestiva a Berlino un locale c.d. laserdromo, nel quale c’era un gioco che prevedeva l’uso di pistole laser per colpire i sensori fissati sui giubbotti indossati dai giocatori. L’autorità amministrativa locale vieta lo svolgimento del gioco adducendo che lo stesso costituiva un pericolo per l’ordine pubblico, dato che gli atti di omicidio simulato e la gratuità della violenza che ne conseguiva violavano il principio fondamentale di dignità dell’uomo riconosciuto e tutelato nel massimo grado dalla Costituzione tedesca. La questione pregiudiziale posta al vaglio della Corte di giustizia chiedeva che venisse stabilita la

della dignità umana avesse assoluta priorità rispetto al principio della libera circolazione delle merci, sicchè l'interdizione dell'uso del gioco risultava essere proporzionata. La Corte si è, inoltre preoccupata di precisare che “non è indispensabile che una misura restrittiva emanata dalle autorità di uno Stato membro corrisponda ad una concezione condivisa da tutti gli Stati membri relativamente alle modalità di tutela del diritto fondamentale o dell'interesse legittimo in causa”.

A livello comunitario il richiamo alla dignità umana si ritrova nelle dir. 2000/43/CE e 2000/78/CE laddove entrambe nel fornire la definizione di molestia indicano che consiste in “comportamenti indesiderati aventi lo scopo o l'effetto di violare la dignità della persona”⁸⁷.

Tuttavia non si può negare la problematicità che tale concetto reca con se, problematicità che si ricava proprio nell'indeterminatezza del concetto di dignità umana⁸⁸. Essa può essere concepita come la sfera dell'integrità fisica e morale propria di ogni uomo, sicchè compito primario della legislazione è quello di individuare i rimedi per la lesione patita o prevenire la stessa con l'individuazione di apposite sanzioni.

Assume dunque la veste di diritto negativo che impone ai consociati di astenersi dal mettere in opera specifici atti di lesione. Ovvero può essere intesa come esistenza dignitosa, in tal caso devono essere messi in opera quei comportamenti volti a favorire le condizioni per il libero sviluppo della personalità umana. In tale accezione la dignità umana assume la veste di diritto alla prestazione nel senso di richiedere alla collettività di garantire ai consociati i bisogni primari per vivere un'esistenza dignitosa⁸⁹. Si anticipa qui come la

compatibilità o meno con il principio della libera circolazione delle merci (si impiegavano strumenti e materiali forniti da una società inglese) della circostanza che la gestione del laserdromo, venisse vietata ai sensi della normativa nazionale in quanto ritenuta confliggente con valori fondamentali costituzionalmente sanciti.

⁸⁷ Peraltro la Corte di Giustizia aveva avuto già modo di richiamarsi alla dignità umana nella pronuncia causa C-13/94, *caso P. v. S.* motivando la necessità di estendere ai transessuali la protezione contro ogni discriminazione richiamandosi al rispetto della dignità umana e della libertà. Anche la direttiva 38/2004 opera un richiamo espresso alla dignità umana punto 15 in tema di misure volte alla tutela giuridica di familiari in caso di decesso di cittadino comunitario, di annullamento di matrimonio o di cessazione di un'unione registrata.

⁸⁸ Vi è una posizione che fa rientrare il significato della dignità umana alla sfera dell'onore, sottolineando un profilo dinamico del concetto, quasi coincidente con l'autodeterminazione della persona; mentre secondo un'altra posizione la dignità umana non rappresenterebbe un diritto soggettivo dotato di autonoma rilevanza, bensì un valore super – costituzionale la cui tutela sarebbe il limite e il fine delle libertà costituzionalmente protette.

⁸⁹ In tal senso si esprime Strazzari D. in *“Discriminazione razziale e diritto – un'indagine comparata per un modello europeo dell'antidiscriminazione”*, Cedam, 2008, p. 73.

legislazione che vieta le discriminazioni coglie la differenza di impostazione, facendo emergere due approcci diversi: il primo volto in una prospettiva strettamente rimediale cioè volta a risarcire l'individuo della lesione riportata dell'integrità morale a causa dell'atto/comportamento discriminatorio; il secondo approccio è volto ad una reintrazione sociale dei gruppi sociali discriminati attraverso l'eliminazione delle prassi sociali che portano il gruppo ad una posizione di svantaggio.

CAPITOLO SECONDO

IL CONTESTO EUROPEO.

L'evoluzione normativa del principio di non discriminazione e della parità di trattamento

* * *

SOMMARIO: **1. Il principio di uguaglianza nel contesto europeo** **2. Il principio di non discriminazione dai Trattati istitutivi al Trattato di Amsterdam** 1.1. La sentenza *Defrenne* 1.2. La direttiva 76/207/C.E.E. 1.3. La sentenza *Kalanke* 1.4. La sentenza *Marschall* 3. Le novità introdotte con il Trattato di Amsterdam 3.1 L'art. 141 del Trattato di Amsterdam e la dir. 76/207 4. Le pronunce della Corte di Giustizia a cavallo dell'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam

1. Il principio di uguaglianza nel contesto europeo.

La dottrina è concorde nell'osservare che nei Trattati istitutivi non esiste un'enunciazione espressa del principio di uguaglianza, ma solo un riferimento al principio di non discriminazione inteso non in senso generale, ma riferito a specifici settori quali la nazionalità, e il genere in un'ottica di parità di retribuzione.

Il divieto di discriminazione fondata sulla nazionalità, enunciato nell'articolo 12, ha costituito elemento essenziale per la creazione del mercato interno e ne garantisce il funzionamento attraverso le numerose disposizioni del Trattato che sono sue applicazioni specifiche⁹⁰, in quanto non costituisce una clausola automaticamente produttiva di diritti, ma richiama altre disposizioni.

L'integrazione economica nel mercato interno è stata così raggiunta con l'applicazione del principio e delle libertà ad esso connesse e grazie al ruolo della Corte di giustizia che ne ha sempre garantito il rispetto.

Si può affermare che il divieto di discriminazione sulla base della nazionalità non ha subito sostanziali modifiche a seguito della riforma dei Trattati. L'unica novità è rappresentata dalla modifica del secondo comma dell'articolo 12, ai sensi del quale è prevista la possibilità di deliberare secondo la procedura di codecisione, mentre prima il Consiglio deliberava ricorrendo alla procedura di cooperazione.

Il principio di uguaglianza in ambito comunitario si articola in modo diverso rispetto a quanto avviene negli ordinamenti interni⁹¹. In questi ultimi il giudizio operato dal giudice circa l'uguaglianza si sostanzia, di norma, in un controllo volto a verificare la ragionevolezza, in relazione all'ordinamento delle disposizioni normative che introducono differenziazioni. Nel contesto comunitario, invece, il sindacato sull'uguaglianza consiste nella verifica che gli atti normativi non siano in contrasto con gli specifici criteri di discriminazione⁹². In tal senso Ghera ritiene che il motivo ispiratore del principio di uguaglianza a

⁹⁰ Quali ad esempio per i lavoratori: art. 48, libera circolazione dei lavoratori subordinati; art. 52, libertà di stabilimento; art. 59 libera prestazione di servizi; per le merci, artt. 36 e 95; per le organizzazioni comuni di mercato, art. 40, relativo alla discriminazione fra produttori o consumatori nella Comunità; e per la concorrenza, artt. 85, 86 e 62.

⁹¹ Sorrentino F. *“L'uguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di Giustizia delle Comunità Europee”*, in Pol. Dir., 2001, 194.

⁹² In tal senso si esprime Strazzari D. in *“Discriminazione razziale e diritto – un'indagine comparata per un modello europeo dell'antidiscriminazione”*, Cedam, 2008, p. 217.

livello comunitario non è tanto quello di impedire che negli ordinamenti interni si producano delle discriminazioni irragionevoli, quanto piuttosto che si producano discriminazioni in contrasto con i criteri di differenziazione vietati nei Trattati⁹³.

Secondo altra teoria⁹⁴ l'applicazione del principio di uguaglianza nel contesto comunitario si differenzia a seconda che vengano presi in esame gli atti delle istituzioni comunitarie ovvero gli atti interni che incidano sulle quattro libertà fondamentali.

Nel primo caso la valutazione della Corte consiste in una valutazione circa la ragionevolezza delle scelte operate dal legislatore comunitario⁹⁵, nel secondo caso la Corte non intende più il principio di uguaglianza in una prospettiva oggettiva, cioè di parametro di riferimento dell'attività legislativa, ma come vero e proprio diritto soggettivo a non essere discriminati.

Con il Trattato di Maastricht che introduce la cittadinanza dell'Unione europea⁹⁶ e l'art. 18 che riconosce il diritto ai cittadini dell'Unione di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati Membri la Corte ha avuto modo di pronunciarsi sul divieto di discriminazione sulla base della nazionalità e sull'art. 18 TCE statuendo che il diritto al soggiorno, così come individuato, è riconosciuto direttamente in capo ad ogni cittadino dell'Unione da una disposizione chiara e precisa del Trattato, per il solo fatto di essere cittadino di un paese membro⁹⁷. Ed una volta che il cittadino comunitario è regolarmente presente in un Paese diverso da quello di origine potrà invocare ai sensi dell'art.

⁹³ Ghera F., *"Il principio di uguaglianza nel diritto comunitario e nel diritto interno"* in Giur. Cost. 1999, 3279.

⁹⁴ Mengozzi P. op. cit.

⁹⁵ Tenendo come parametro di riferimento il trattare situazioni uguali in maniera uguale e situazioni diverse in maniera diversa, valutando in prima battuta se sussiste una affinità di fatto tra le situazioni al vaglio, per poi procedere ad una valutazione circa la giustificazione dell'eventuale trattamento diverso.

⁹⁶ Art. 17 TCE secondo cui "È istituita una cittadinanza dell'Unione. È cittadino dell'Unione chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro. La cittadinanza dell'Unione costituisce il completamento della cittadinanza nazionale e non sostituisce quest'ultima. I cittadini dell'Unione godono dei diritti e sono soggetti ai doveri previsti dal presente Trattato".

⁹⁷ C-413/99 *Baumbast*, sentenza del 17.09.2002. Tuttavia qualche anno dopo con la causa C-408/03 *Commissione c. Belgio* la Corte, chiamata a esprimersi circa la legittimità della legislazione belga in rapporto alle norme comunitarie laddove prevedeva la notifica automatica dell'ordine di allontanamento dal Paese ogniqualvolta il cittadino comunitario non producesse nel termine indicato la documentazione comprovante le disponibilità economiche richieste, ha stabilito che il diritto in capo ai cittadini dell'Unione di soggiornare in uno Stato membro è subordinato alle limitazioni individuate dal diritto derivato.

12 TCE un pari trattamento rispetto ai cittadini del Paese ospitante⁹⁸ per quanto concerne il diritto alle prestazioni sociali.

2. Il principio di non discriminazione dai Trattati istitutivi al Trattato di Amsterdam.

Il principio di non discriminazione rappresenta uno dei principi fondanti del sistema comunitario e si articola in due differenti divieti: il divieto di qualsiasi discriminazione fondata sulla nazionalità articolo 12 (ex. art. 6) del Trattato CE, e il principio di non discriminazione fra uomini e donne statuito dall' 141 (ex art. 119⁹⁹) nel limitato ambito della parità di retribuzione che ha subito importanti evoluzioni nel corso dei decenni.

Sebbene nasca come ulteriore garanzia di funzionamento del mercato interno¹⁰⁰, il principio della parità fra uomini e donne venne limitato dai redattori dei Trattati al solo aspetto della retribuzione sul lavoro; allo stesso tempo, si scelse di attribuire agli Stati membri l'onere di "assicurare e mantenere" l'applicazione del principio, negando almeno inizialmente un ruolo diretto delle istituzioni comunitarie.

Nel Trattato di Roma, dunque, non figurava un generale divieto di discriminazione, ma era previsto un solo divieto avente portata generale, riferito alla nazionalità, e una segmentazione di altri divieti di discriminazione, tanti quanti erano le aree di competenza attribuite alla Comunità. Sebbene l'art. 119 (ora 141) prevedesse il principio di parità di retribuzione tra lavoratore e lavoratrice per lo stesso lavoro, il raggio di azione era assai ridotto in quanto nelle

⁹⁸ Tuttavia la Corte di Giustizia, con la causa C-184/99 *Grzelczyk*, non solo ha puntualizzato che i beneficiari del diritto di soggiorno non devono divenire un onere eccessivo per le finanze pubbliche dello stato ospitante, ma ha anche riconosciuto legittimo, nella causa C-209/03 *Bidar*, legare l'accesso all'assistenza sociale al requisito del territorio; vedasi anche la direttiva 2000/38.

⁹⁹ L'art. 119 disponeva che "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".

¹⁰⁰ Martin D., "Discriminations", "entraves" et "raion imperieuses dans le Traitè CE: trois concepts et quète d'identité", in Cahiers de droit européen, 2008, p. 263; l'A. faa presente come il Trattato CECA a differenza del Trattato C.E.E. fornisce alcune indicazioni circa la nozione di discriminazione attraverso l'art. 60, da cui secondo l'autore si deduce che "la nationalité n'est qu'un élément, parmi d'autres, permettant de conclure à une discrimination: la discrimination peut donc être ouverte – fondée sur la nationalité – ou déguisée – fondée sur d'autres critères aboutissant au même résultat".

intenzioni dei Padri Fondatori l'obbiettivo primario da realizzare non era tanto la parità retributiva tra uomini e donne, quanto il raggiungimento di un *equal treatment* volto ad evitare il *dumping* sociale nel mercato infracomunitario¹⁰¹.

Nonostante la sua origine rispondente a precise esigenze economiche, l'interpretazione dell'articolo¹⁰² e degli atti che ne danno attuazione è notevolmente cambiata nel tempo, ed il principio della parità di retribuzione è diventato lo strumento per la rivendicazione della parità dei diritti delle lavoratrici e successivamente delle donne in generale. Gli Stati membri, per parte loro, non avevano, all'epoca, provveduto a dare applicazione alla parità salariale entro la conclusione della prima tappa (31 dicembre 1961) così come indicato dall'art. 119 (ora 141) mettendo la Corte di Giustizia nelle condizioni di sopperire a tale inattività.

Infatti, l'obbiettivo perseguito nella prima fase consisteva nella distribuzione di una forza lavoro nelle diverse zone del mercato comune a seconda del fabbisogno e senza l'intralcio delle barriere, obbiettivo che lascia spazio, nel decennio successivo, al raggiungimento di un "mercato sociale che meritava un'azione non meno vigorosa di quella necessaria all'integrazione economica e finanziaria"¹⁰³.

Ecco quindi che l'art. 119 (ora 141) ha come destinatari esclusivamente gli Stati membri, e più precisamente i poteri legislativi interni cui spettava il compito di adottare le misure più idonee per garantire l'effettività, a livello

¹⁰¹ L'art. 119, pensato per correggere gli effetti di specifiche distorsioni concorrenziali che potevano avvantaggiare o svantaggiare determinati settori, è stato inserito su pressione della Francia essendo l'unico Paese Membro a riconoscere anche formalmente il principio della parità salariale; aveva, infatti, rispetto agli altri Paesi fondatori, i differenziali retribuiti più bassi tra i salari percepiti da lavoratori e lavoratrici. Pertanto la Francia temeva di trovarsi in una situazione di debolezza concorrenziale rispetto agli altri Paesi membri in quei settori in cui era presente una forte componente di manodopera femminile; vedasi in tal senso Charpentier L., "La sentenza Kalake e il discorso dualista della disparità", in Giorn. Dir. Lav. Rel. I^od., 69, 1996, p. 158. Martin D., evidenzia come l'obbiettivo primario dell'art. 119 fosse essenzialmente quello di evitare distorsioni della concorrenza tra le imprese, e cioè secondo l'A. spiega "pourquoi cette disposition n.'a imposé le respect du principe d'égalité que dans le seul domaine des rémunérations, in "Discriminations", "entraves" et "raion imperieuses dans le Traitè CE: trois concepts et quête d'identité", in Cahiers de droit européen, 2008, p. 301

¹⁰² "Ciascuno Stato membro assicura durante la prima tappa, ed in seguito mantiene, l'applicazione del principio della parità delle retribuzioni fra lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro. Per retribuzione deve essere inteso, ai sensi del presente articolo, il salario o trattamento normale di base o minimo e tutti gli altri vantaggi pagati direttamente o indirettamente, in contanti o in natura, dal datore di lavoro al lavoratore in ragione dell'impiego di quest'ultimo. La parità di retribuzione, senza discriminazione fondata sul sesso, implica: a) che la retribuzione accordata per uno stesso lavoro pagato a cottimo sia fissata in base ad una stessa unità di misura; b) che la retribuzione corrisposta per un lavoro pagato a tempo sia uguale per un posto di lavoro uguale".

¹⁰³ Dichiarazione dei Capi di Stato e di Governo a Parigi nel 1972.

interno, al diritto alla parità retributiva tra i sessi per uno stesso lavoro, o per lavoro equivalente. Solo grazie all'intervento della Corte di Giustizia l'art. 119 viene riconosciuto un effetto orizzontale diretto.

2.1 La sentenza *Defrenne*.

La signora Defrenne¹⁰⁴, assistente di volo per la compagnia aerea Sabena, asseriva di essere vittima di una discriminazione diretta fondata sul sesso, in quanto riceveva, a parità di qualifica una retribuzione più bassa rispetto a quella percepita dai colleghi maschi, e ciò in violazione dell'art.119 del Trattato.

Pertanto investiva della questione la Corte del lavoro di Bruxelles per veder accertata la discriminazione e dichiarata la condanna nei confronti della compagnia aerea Sabena al pagamento di un'indennità risarcitoria. La Corte belga, tuttavia, riteneva che condizione preliminare era comprendere se l'art. 119 (ora 141) avesse un'efficacia diretta ed orizzontale, sicchè investiva della questione la Corte di Giustizia¹⁰⁵.

La Corte, quindi, si trovava a decidere in un contesto storico istituzionale in cui, alla conclusione del primo periodo transitorio, l'adempimento dell'obbligo previsto dall'art.119 non era stato raggiunto anche in virtù della risoluzione del Consiglio circa l'armonizzazione delle percentuali nelle retribuzioni per uomini e donne con cui posticipava la data di attuazione del principio della parità retributiva al 31 dicembre 1964, così come osservato nel paragrafo che precede.

La Commissione, d'altra parte, non aveva azionato alcuna procedura di infrazione ex art. 226 C.E. nei confronti degli Stati inadempienti e l'unico atto vincolante era la direttiva 75/117/C.E.E. in tema di parità retributiva¹⁰⁶.

In questo contesto la Corte di Giustizia sul caso *Defrenne* in relazione all'applicabilità diretta ed orizzontale dell'art. 119 (ora 141) si pronuncia dichiarando che la questione circa "efficacia diretta dell'art.119 andava esaminata alla luce del principio di parità di trattamento della natura e dello scopo

¹⁰⁴ C-43/75.

¹⁰⁵ Veniva chiesto alla C.G.C.E. di pronunciarsi circa l'effetto diretto di una disposizione del Trattato contenente un obbligo di realizzare un obiettivo sociale di una norma quale l'art. 119 (ora 141) che alla luce della formulazione linguistica altro non era che una norma di principio finalizzata all'enunciazione generale del diritto ad una retribuzione uguale per lavori equivalenti.

¹⁰⁶ Del 10 febbraio 1975.

perseguito dalla disposizione e dalla sua collocazione nel Trattato¹⁰⁷” e prosegue ammettendo che la ratio dell’art. 119 era anche di evitare che nel mercato infracomunitario, le aziende site negli Stati in cui era stata data attuazione al principio di pari retribuzione tra i sessi si trovassero in posizione di svantaggio rispetto a quelle aziende che si trovavano in Stati che non avevano ancora provveduto in tal senso, spingendosi ad affermare “ che l’art. 119 rientrava a pieno titolo negli scopi sociali della Comunità dato che questa non si limitava solamente a realizzare un’unità economica ma doveva al contempo garantire mediante un’azione comune il progresso sociale e promuovere il costante miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro dei popoli europei, come era sottolineato nel preambolo del Trattato CE”¹⁰⁸.

La Corte, quindi, con la sentenza *Defrenne* risponde all’inerzia degli Stati membri, in merito relativa alla mancata individuazione e predisposizione di garanzie sociali e di protezione dei lavoratori, riconoscendo il diritto in capo a tutti i cittadini lavoratori di convenire in giudizio il datore di lavoro per vedersi riconosciuto il loro diritto alla parità retributiva rispetto ai colleghi dell’altro sesso che svolgessero mansioni uguali o equivalenti, riconoscendo l’applicazione diretta dell’art. 119 (ora 141) anche ai rapporti di lavoro tra privati¹⁰⁹.

Sancendo la diretta applicabilità del principio di cui all’art. 119, e riconoscendone il carattere fondamentale, evidenziando l’inerzia complessivamente dimostrata dalle istituzioni e dagli Stati membri nella sua attuazione la Corte ha aperto la strada ad un importante approfondimento giurisprudenziale e normativo della materia sotto il profilo sia delle discriminazioni salariali e che di quelle non salariali¹¹⁰

2.2 La direttiva 76/207/C.E.E.

¹⁰⁷ P.to 7 della motivazione; tale formulazione viene di frequente utilizzata dalla Corte quando deve affrontare casi particolarmente delicati, e fornisce un indizio preciso della volontà di ricorrere all’interpretazione teleologica.

¹⁰⁸ P.to 10.

¹⁰⁹ In tal senso vedasi Pollicino O., “*Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario – Un profilo giurisprudenziale alla ricerca del nucleo duro del new legal order*”, Giuffrè, 2005, p.37

¹¹⁰ Mori P., “*La parità tra uomo e donna nel Trattato di Amsterdam*”, Dir. Un. Eur. 1996, 2-3, 571. A mio avviso sin da questa sentenza la Corte, seppur relativamente, richiama il principio del bilanciamento tra i principi economici della Comunità ed i diritti fondamentali; bilanciamento che assumerà sempre maggior rilievo nelle successive sentenze.

A metà degli anni Settanta del secolo scorso, complice il mutato quadro economico, seguito alla crisi economica, il legislatore comunitario si adopera attivamente¹¹¹ per dare attuazione all'articolo 141, in primo luogo con l'adozione della direttiva del Consiglio 75/117 con l'obiettivo di perseguire il ravvicinamento delle legislazioni nazionali per l'applicazione del principio della parità di retribuzione, e della direttiva 76/207, volta all'attuazione della parità di trattamento in materia di accesso al lavoro, di formazione e promozione professionali e di condizioni di lavoro.

Appare necessario sottolineare alcuni aspetti delle due direttive rilevanti al fine di cogliere il mutato spirito interpretativo dell'articolo 141.

La direttiva 75/117, per parte sua, ribadisce e specifica quanto previsto dall'articolo 141 indicando in modo puntuale e dettagliato agli Stati membri di adattare il proprio ordinamento al principio della parità retributiva e indicando il termine entro il quale provvedere all'adempimento.

La direttiva 76/207 in tema di parità di trattamento in materia di accesso al lavoro, di formazione e promozione professionali e di condizioni di lavoro, sebbene trovi le proprie origini nello stesso contesto normativo della direttiva 75/117, se ne distingue per diversi profili.

La prima importante differenza è che la direttiva 76/207 non ha come obiettivo il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri, ma costituisce una autonoma disciplina della materia.

Anche l'oggetto della direttiva è diverso; il provvedimento, infatti, persegue l'attuazione del principio della *parità di trattamento* fra uomini e donne riguardo l'accesso al lavoro, alla formazione e promozione professionale ed alle condizioni di lavoro¹¹². Secondo una certa dottrina la direttiva 76/207 presta una meticolosa attenzione agli aspetti del rapporto di lavoro nei quali assume

¹¹¹ In questa fase viene adottata la direttiva del Consiglio n. 79/7 in materia di sicurezza sociale, n. 86/378 per la parità nei regimi professionali di sicurezza sociale, la direttiva n. 86/613 in materia di attività autonoma e di maternità, e la direttiva n. 92/85 in materia di sicurezza e salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento. È anche vero che il Consiglio, consio della situazione di grave inadempimento che ancora di fatto persisteva nella maggior parte degli Stati membri adottava la risoluzione del 21 gennaio 1974, relativa ad un programma di azione sociale, individuando azioni dirette volte a realizzare la parità tra gli uomini e le donne in materia di accesso al lavoro e alla formazione e alla promozione professionale, come pure in materia di condizioni di lavoro, ivi compresi gli aspetti salariali.

¹¹² Anche l'approccio linguistico è mutato: non si parla più di lavoratori di sesso maschile e di sesso femminile, ma di uomini e donne.

rilevanza il principio della parità di trattamento laddove indica l'accesso all'impiego, alla formazione, alla promozione e al licenziamento, mentre è riluttante nel fornire una nozione di discriminazione indiretta e di azione positiva¹¹³.

Si afferma, quindi, un principio diverso dalla parità di retribuzione, anche se ad esso direttamente collegato.

Da una lettura del punto tre dei considerando emerge la mutata percezione della parità uomo-donna nel lavoro, ed in particolare l'esigenza di affrontare la questione con soluzioni di maggiore respiro rispetto a quanto espressamente previsto dal Trattato.

Ulteriore novità degna di rilievo è data dalla base legale della direttiva che muta: essa non poggia più sull'art. 119, in quanto l'ambito di applicazione della fonte derivata va ben oltre il raggio di competenza individuato dalla norma del Trattato, in quanto la direttiva non affronta più solo le questioni retributive, ma anche di ulteriori elementi non ricompresi nell'art. 119 e cioè l'accesso al lavoro, la formazione professionale e le condizioni di lavoro.

La base legale di riferimento, in grado di giustificare l'ampia portata della direttiva, è stato individuato nell'art. 235 (oggi 308)¹¹⁴, su cui poggia anche la teoria dei poteri impliciti.

¹¹³ Vedasi in tal senso Nanì L., *“Uguaglianza tra lavoratori e lavoratrici nel rapporto di lavoro”*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 78, 1998, 2, p. 358; secondo l'A. detta reticenza non trova giustificazione soprattutto alla luce dell'esperienza americane e dei principi espressi nella convenzione OIL 58/111.

¹¹⁴ Secondo cui “quando un'azione della Comunità risulti necessaria per raggiungere, nel funzionamento del mercato comune, uno degli scopi della Comunità, senza che il Trattato abbia previsto i poteri di azione a tal uomo richiesti il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e dopo aver consultato il Parlamento europeo, prende le disposizioni del caso”.

Il ricorso a tale disposizione ha avuto un ampio riconoscimento a partire dal Vertice di Parigi del 1972, consentendo un rafforzamento ed un'estensione delle competenze comunitarie nelle più varie direzioni.

Dopo l'entrata in vigore dell'A.U.E. la Commissione ha tent di bloccare le utilizzazioni dell'art. 308 C.E. al fine di evitare il ritorno alla pratica del c.d. accordo di Lussemburgo; sulla stessa scia si è mossa la Corte di Giustizia statuendo che il ricorso all'art. 235 (ora 308) come fondamento giuridico di un atto è giustificato solo qualora nessun'altra disposizione del Trattato conferisca alle istruzioni comunitarie i poteri necessari per adottare tale atto (C-45/86).

A seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Maastricht l'art. 308 continua a costituire un elemento importante nel funzionamento della Comunità in quanto si continua a farvi riferimento per il perseguimento dei nuovi obiettivi attribuiti alla Comunità, anche in assenza dei necessari poteri di azione, dall'altro non si continua a contestarne l'applicabilità in relazione ai casi in cui la Comunità adotti atti sulla base di esso essendo provvista di poteri che trovano il proprio fondamento in altre disposizione del Trattato.

La Corte con il parere 2/94 ha avuto modo di ribadire che l'art. 308 “ è diretto a supplire all'assenza di poteri d'azione attribuiti espressamente o implicitamente alle istituzioni comunitarie da specifiche disposizioni del Trattato, quando poteri di tal genere dovessero apparire non di meno necessari affinché la Comunità possa svolgere i propri compiti ai fini della realizzazione degli

Lo stesso legislatore comunitario conferma l'assenza nel Trattato di poteri specifici di azione necessari a tale scopo ed il conseguente utilizzo dell'articolo 235 quale base giuridica dell'atto. □ Oltre agli aspetti innovativi, la direttiva 76/207 ha anche il merito di avere aperto una fase di intensa produzione normativa del legislatore comunitario, fondata sul ricorso all'articolo 235 e finalizzata all'estensione del principio della parità dall'ambito delle discriminazioni salariali a numerosi altri aspetti del rapporto di lavoro.

Il preambolo della direttiva afferma che “la parità di trattamento tra lavoratori di sesso maschile e e lavoratori di sesso femminile¹¹⁵ costituisce uno degli obiettivi della Comunità”, e la sua attuazione, anche per quanto riguarda l'accesso al lavoro, ivi compresa la promozione e la sicurezza sociale, nonché le condizioni di lavoro, costituisce lo scopo della direttiva stessa. Tuttavia subito dopo il legislatore europeo afferma che il principio della parità di trattamento implica l'assenza di qualsiasi discriminazione, sia essa diretta o indiretta, fondata sul sesso, con alcune eccezioni.¹¹⁶

E proprio l'art. 2 n. 4¹¹⁷, prima della famosa sentenza *Kalanke*, è stato oggetto di pronunce da parte della Corte. Secondo la Nanì la direttiva omettendo di individuare in modo preciso gli strumenti giuridici a disposizione per l'attuazione dell'uguaglianza sostanziale fra lavoratori e lavoratrici ha indotto la Corte di Giustizia a farsi promotrice del compito di individuare le modalità per

obiettivi fissati dal Trattato....la disposizione, essendo parte integrante di un ordinamento istituzionale basato sul principio de poteri attribuiti, non può costituire il fondamento per ampliare la sfera dei poteri della Comunità al di là dell'ambito generale risultante dal complesso delle disposizioni del Trattato ed in particolare di quelle che definiscono i compiti e le azioni della Comunità...in ogni caso non può essere utilizzata quale base per l'adozione di disposizioni che produrrebbero sostanzialmente, con riguardo alle loro conseguenze, ad una modifica del Trattato, che sfugga alla procedura all'uopo prevista dal Trattato medesimo”.

¹¹⁵ Nella direttiva 2006/54/CE anche il linguaggio cambia in quanto non si parla più di lavoratori maschi e lavoratori femmine, bensì di uomini e donne; risulta evidente la sensibilità nuova del legislatore europeo che non vuole più legare il principio di parità di trattamento alla sola sfera lavorativa.

¹¹⁶ L'art. 2 c. 2 prevede la deroga per le attività professionali e le relative formazioni per le quali, in considerazione della loro natura o delle condizioni per il loro esercizio, il sesso rappresenti una condizione determinante; il comma successivo introduce una deroga in caso di lavoratrice gestante.

¹¹⁷ “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' articolo 1, paragrafo 1”. Veneziani B., in Cerri A., Veneziani B., “*Le azioni positive dopo la sentenza Marschall. Le opinioni di*”, in Dir. Lav. Rel. Ind., 78, 1998, 2, p 410 ss. afferma che conseguenza di questa interpretazione è che la misura deve essere valutata sotto due profili uno strutturale che consiste nell'idoneità della stesa a porre rimedio alle disparità di fatto che pregiudicano le opportunità delle donne, l'altro teleologico cioè nella funzione propria di promozione della parità di chances.

contemperare gli interessi delle lavoratrici nel rapporto con le aziende e delle lavoratrici nei rapporti con i colleghi maschi¹¹⁸.

Una prima volta la Corte di esprime nel 1984 nel caso *Hofmann*¹¹⁹, non accogliendo le indicazioni dell'Avvocato Generale e ritenendo di ricorrere all'art. 2. c. 3 secondo cui la direttiva non pregiudica le disposizioni relative alla protezione della donna in riferimento allo stato di gravidanza e alla maternità.

Una seconda volta, qualche anno più tardi, con il caso *Delauche*¹²⁰, sempre l'Avvocato Generale Darmon, una volta rilevata la preoccupante sottorappresentazione della componente femminile, ha affermato come fosse giunto il momento di "intraprendere una *affirmative action* in favore delle donne attraverso al previsione di un sistema di quote per l'assunzione e la promozione¹²¹".

Anche in questo caso la Corte non prende una posizione sul punto, perché pur riconoscendo una situazione di sottorappresentazione della componente femminile, ritiene di non dover entrare nel merito dell'opportunità dell'applicazione a livello comunitario dello strumento del trattamento preferenziale¹²², in quanto il presupposto della qualificazione equivalente nel caso

¹¹⁸ Nanì L., op. cit., p. 359; secondo l'A. in particolare la tensione tra gli interessi contrapposti è avvertita in sede di determinazione della nozione di discriminazione indiretta in quanto vengono conseguentemente stabilite le modalità con cui vanno ridotti coattivamente vantaggi e privilegi in nome della parità sostanziale.

¹¹⁹ Causa C-184-83, in cui la Corte era stata chiamata a decidere circa la compatibilità della dir. 76/207/CE in relazione alla normativa interna che limitava alle madri il congedo di maternità retribuito. L'Avvocato Generale Darmon, nelle sue conclusioni, osservava che l'art. 2 c. 4 apriva la strada alle misure nazionali volte "a promuovere la parità delle opportunità per gli uomini e le donne, in particolare ponendo rimedio alle disparità di fatto, e solo in apparenza faceva eccezione al principio della parità di trattamento" e che quindi avrebbe potuto tradursi in un'applicazione di fatto del principio di uguaglianza di trattamento.

¹²⁰ C-111/86 *Delauche c. Commissione*. Nella causa de quo la signora Delauche, funzionaria della Commissione dopo aver presentato per sei volte la propria candidatura per una posizione superiore ed essersi visto negato il posto in favore di candidati maschi, presentava la candidatura per il posto di capo divisione. La Commissione, con provvedimento non motivato, riteneva di affidare l'incarico ad un candidato di sesso maschile. Pertanto la signora Delauche provvedeva ad impugnare la decisione della Commissione sostenendo che aveva diritto ad essere preferita sulla base del principio di uguaglianza ed in virtù della sotto rappresentanza femminile. L'interesse per questo ricorso poggia sul fatto che la Corte era chiamata a decidere su un presunto illegittimo procedimento di selezione del personale, nell'ambito del pubblico impiego presso le istituzioni comunitarie, che non prevedeva un sistema di priorità, a parità di qualifiche, nei confronti dei candidati di sesso femminile e che non vedeva invece come avverrà per le future pronunce un ricorrente uomo che lamenta un pregiudizio per una normativa interna che disciplina un meccanismo di trattamento preferenziale.

¹²¹ P.ti 12 e 13 delle conclusioni

¹²² La Corte ha statuito che la signora Delauche non risultava qualificata tanto quanto il candidato di sesso maschile in relazione alla posizione oggetto del ricorso, sicché ha ritenuto di rigettare il ricorso senza che fosse necessari esaminare se il candidato del sesso sottorappresentato benefici effettivamente di un diritto di preferenza. Secondo Charpentier L. ci si trova di fronte al concetto di "qualificazione uguale" concetto giuridicamente indeterminato che on pone in rilievo la

di specie non sussiste visto che la Commissione aveva ritenuto che l'interesse del servizio sarebbe stato meglio assolto dal lavoratore effettivamente vincitore della posizione.

Da ultimo la Corte è stata chiamata a pronunciarsi su alcune misure previste dalla legislazione francese che attribuivano diritti speciali alle donne¹²³. In questa circostanza la Corte si è espressa ritenendo che le misure adottate dalla Francia non potessero trovare fondamento nell'art. 2 c. 4 della dir. 76/207 in quanto la stessa "aveva lo scopo, preciso e limitato, di autorizzare provvedimenti che, pur apparendo discriminatori, miravano effettivamente ad eliminare o a ridurre le disparità di fatto che possono esistere nelle realtà della vita sociale".

La Nanì critica la posizione della Corte in quanto viene statuita l'illegittimità di azioni positive "promozionali" cioè di quelle azioni che intervengono rimuovendo a monte gli ostacoli che svantaggiano le donne¹²⁴. Di diverso avviso non solo l'Avvocato Generale Slynn secondo cui "est inadmissible de prétendre, comme la Fornace semole faire, que les femmes ayant en général fait objet de discriminations, toutes dispositions en faveur de femmes dans le domaine du travail son en soi valides en tant qu'elles s'insèrent dans un processus visant à rétablir l'égalité", ma anche la dottrina francese¹²⁵ secondo cui in Francia ad eccezione della normativa a tutela della gravidanza e della maternità vi è il tentativo di legittimare misure particolari applicabili alle donne in nome della parità di chances, ma nella maggior parte dei casi si tratta di misure che si inseriscono in una logica di divisione dei ruoli che ha a lungo ispirato la politica francese, e che a seguito del recepimento della dir. 76/207 non può più trovare accoglimento. La Lanquentin sottolinea come le resistenze francesi alla giurisprudenza comunitaria trovano le proprie radici nella concezione "paternalista" di uguaglianza che parte dall'idea che la donna sia un essere

qualifica del candidato femmina rispetto a quello maschio, quanto la qualificazione della prima in relazione al posto di lavoro; vedasi "La sentenza Kalake e il discorso dualista della disparità", in Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind., 69, 1996, p.175.

¹²³ C-312/86 FFF. Qui oggetto della causa era la legislazione francese sulla parità di trattamento che individuava alcuni diritti specifici in capo alle donne, quali anticipo dell'età pensionabile, congedo per l'adozione di un minore, congedi in caso di malattia del figlio, permessi legati all'inizio dell'anno scolastico, e che la Commissione riteneva adottata in violazione del divieto di discriminazione sulla base del sesso.

La Corte, infatti, ha ritenuto illegittimo il riconoscimento di permessi e agevolazioni legate allo svolgimento del doppio ruolo in quanto a vantaggio delle sole donne.

¹²⁴ Nanì L., , "Uguaglianza tra lavoratori e lavoratrici nel rapporto di lavoro", in Div. dir. Rel. Ind., 78, 1998, 2., p. 390.

¹²⁵ Lanquentin M.T in "De l'égalité des chances – A propos de l'arrêt Kalanke, CJCE 17 octobre 1995", Droit social, 5/1996, p. 497.

psicologicamente debole, e che ha un ruolo prioritario all'interno della famiglia. Infatti al momento del recepimento della dir. 76/207 la legislazione francese non prevedeva l'istituto delle azioni positive in favore delle donne.

Tornando alla dir. 76/207, il punto di forza della direttiva, che ha permesso alla Corte di muoversi in un settore così delicato è la previsione secondo cui “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 relativi all'accesso al lavoro, ivi compresa la promozione e l'accesso alla formazione professionale, le condizioni di lavoro e sicurezza sociale”.

In quegli anni anche le istituzioni comunitarie iniziano a prendere posizione sul punto. Di rilievo è la raccomandazione del Consiglio dei ministri del 1984¹²⁶ da cui emerge una inadeguatezza generale delle disposizioni normative in tema di parità di trattamento, strutturate in senso prevalentemente negativo e cioè come divieto a discriminare, che da sole non sono in grado di eliminare le disparità di fatto, ma che devono essere affiancate da azioni parallele intraprese dai Governi, dagli enti interessati, dalle parti sociali, quella che oggi in termini comunitari viene chiamata “società civile”, per controbilanciare gli effetti negativi risultati per le donne, nel campo dell'occupazione, dagli atteggiamenti e dai comportamenti discriminatori ormai integrati nelle strutture sociali¹²⁷.

La raccomandazione individuava, inoltre, i futuri interventi legislativi quali il rafforzamento dell'azione volta ad assicurare l'osservanza del principio della parità di trattamento, la promozione dell'uguaglianza di fatto delle

¹²⁶ Raccomandazione 84/635 del Consiglio dei Ministri “sulla promozione delle azioni positive in favore delle donne”.

¹²⁷ Nel proseguo del lavoro emergerà come nel 1984 si ponevano le basi, o quanto meno si cominciava a prendere coscienza della necessità di attuare interventi non solo normativi, e comunque non solo fondanti su divieti, per l'adozione di strumenti di soft law, di strategie preventive, di mainstreaming, di dialogo sociale. La Lanquentin M.T in “*De l'égalité des chances – A propos de l'arrêt Kalanke, CJCE 17 octobre 1995*”, *Droit social*, 5/1996, p. 496 afferma che il quadro normativo di quegli anni sia esso internazionale che europeo individuava delle misure specifiche in favore delle donne; tuttavia si tratta di misure che non sono temporanee. Ciò che legittima tali norme non è la differenza biologica tra uomini e donne bensì un'esistenza di disuguaglianza di fatto, che nel concreto colpisce le donne nell'accesso alla formazione, al lavoro e alla professione. Secondo l'A. il fine ultimo della parità di chance consiste nella creazione di condizioni uguali per il gruppo penalizzato, che nel caso di specie è rappresentato dalle donne.

La direttiva 2006/54/CE al par. 38 dichiara che “la parità di trattamento tra uomini e donne in materia di occupazione ed impiego non può limitarsi a misure di carattere normativo. L'Unione Europea e gli Stati Membri dovrebbero invece continuare a favorire il processo di sensibilizzazione al problema della discriminazione in materia retributiva ed un cambio approccio pubblico coinvolgendo, per quanto possibile, tutte le forze interessate a livello pubblico e privato. Il dialogo tra le parti sociali potrebbe fornire, a questo proposito, un importante contributo.

opportunità tramite l'adozione, sia a livello comunitario che interno, di meccanismi di trattamento preferenziale in settori quali la parità di retribuzione, la parità di accesso per quanto concerne l'accesso al lavoro, alla formazione, alla promozione professionale, e le condizioni di lavoro; invitava, inoltre, gli Stati a fare in modo da ricomprendere fra le azioni positive "l'incoraggiamento delle candidature, delle assunzioni e della promozione della donna nei settori professioni e livelli in cui esse sono sottorappresentate, in particolare ai posti di responsabilità".

2.3 La sentenza *Kalanke*.

Con la sentenza *Kalanke*¹²⁸ la Corte viene chiamata ad esprimersi sulla legge del *Land* di Brema secondo cui in occasione di una decisione di assunzione, ivi compresa l'istituzione di un rapporto di pubblico impiego, si doveva dare la precedenza alle candidate di sesso femminile, esclusivamente in quei settori dove le stesse erano sottorappresentate¹²⁹. La Corte federale tedesca, quindi, con rinvio

¹²⁸ C-459/93; la controversia trova origine dal bando di concorso pubblicato dalla città di Brema per un posto di capo settore nel servizio comunale di giardinaggio al quale concorrevano tanto il Kalanke che la Glissman, sebbene fossero risultati parimenti classificati la direzione generale del servizio proponeva di promuovere il candidato di sesso maschile.

Tuttavia la proposta veniva respinta dal comitato del personale, mentre dalla successiva trattativa di mediazione scaturiva una raccomandazione a lui favorevole; il gruppo di conciliazione, investito della questione, si pronunciava con parere vincolante, dichiarando "che entrambi i candidati erano idonei ad accedere al posto vacante e quindi - anche in base alla legge del Land sulla parità - la preferenza [andava] data al candidato di sesso femminile". □

Pertanto il signor Kalanke presentava ricorso innanzi il giudice del lavoro, sostenendo, da un lato, di avere una migliore qualificazione professionale della Glissman, dall'altro, che la decisione della convenuta lo discriminava in ragione del sesso; sosteneva in subordine, che quand'anche la qualificazione professionale di entrambi fosse da ritenere equivalente, dovevano assumere rilevanza fattori quali l'aver la moglie a carico e due figli ancora in età scolare.

Il ricorso non veniva accolto e il giudice dell'appello confermava; il signor Kalanke quindi presentava domanda di revisione innanzi il *Bundesarbeitsgericht*, il quale confermava la valutazione del giudice d'appello in merito alla parità di qualificazione di entrambi i candidati e, quindi, la correttezza della decisione del gruppo di conciliazione, e concludendo, anche alla luce della più recente giurisprudenza della Corte costituzionale federale, che la legge sulla parità del *Land* di Brema non era in contrasto con la Costituzione e il codice civile tedeschi. Il giudice tedesco riteneva che la misura preferenziale contenuta nella disposizione impugnata fosse da ritenersi conforme al principio di proporzionalità sulla base di due elementi: il primo era dato dalla indicazione delle due condizioni essenziali, e cioè il requisito della qualificazione equivalente e quello della necessità che il sesso femminile fosse sottorappresentato, perché si potessero applicare le due misure; il secondo era la proporzionalità della misura, in quanto da una lettura più ampia della normativa si poteva desumersi come nei casi più delicati e complessi che presentassero delle difficoltà eccezionali, la regola della priorità non si sarebbe dovuta applicare.

¹²⁹ Inoltre la norma tedesca proseguiva disponendo che la qualifica doveva essere commisurata unicamente alle esigenze di lavoro connesso al posto da occupare o alla promozione di carriere.

pregiudiziale ex art. 234 CE, investiva la Corte di Giustizia della richiesta di chiarire la portata della direttiva e la compatibilità con la legge tedesca. Il giudice tedesco, quindi, chiedeva se l'art. 2 c. 4 dovesse essere interpretato nel senso di coprire anche disposizioni di legge in forza delle quali nell'assegnazione dei posti di grado più elevato, fosse accordata una preferenza alle donne in caso di parità di qualificazione professionale rispetto ai concorrenti di sesso maschile, qualora esse risultassero insufficientemente rappresentate. Inoltre chiedeva, in caso di risposta negativa al primo quesito, se alla luce del principio di proporzionalità l'art. 2 c. 1 dovesse essere interpretato nel senso che fossero incompatibili le disposizioni di legge in forza delle quali, nell'assegnazione dei posti in una categoria retributiva superiore, fosse accordata la preferenza alle donne, in caso di parità di qualificazione professionale rispetto ai concorrenti di sesso maschile, qualora esse risultassero insufficientemente rappresentate. Da ultimo il giudice tedesco segnalava che la norma oggetto del ricorso pregiudiziale non introduceva una riserva automatica di quote che prescindesse dalla verifica della professionalità, ma presupponeva una verifica comparativa dell'attitudine dei candidati a svolgere le mansioni richieste, sottolineando come il regime di quote potesse essere, per il futuro, uno strumento valido per attenuare o eliminare gli svantaggi subiti dalle donne ugualmente impegnate nello svolgimento di alcune funzioni di grado più elevato.

La Corte è qui chiamata a pronunciarsi sulla dir. 76/207 emanata per promuovere l'uguaglianza di trattamento tra i due sessi, andando quindi ben oltre il dettato dell'art. 119 in tema di "uguale retribuzione per uguale lavoro" del Trattato di Roma. Ed in particolare viene chiamata a pronunciarsi proprio sull'art. 2 c. 4 che permetteva lo sviluppo di legislazioni sempre più sensibili alla problematica.

La Corte nella fase iniziale del proprio ragionamento fa ben sperare per una pronuncia in senso positivo laddove si richiama a quanto già affermato nella sentenza *Commissione c. Francia*¹³⁰ e cioè che l'art. 2 c. 4 autorizzava provvedimenti da parte degli Stati membri che sebbene apparissero discriminatori, miravano effettivamente ad eliminare o a ridurre le disparità di fatto che potessero esistere nella realtà della vita sociale, e proseguiva affermando che dovevano considerarsi legittimi i provvedimenti nazionali in materia di

¹³⁰ Op. cit.; p.to 15 della *causa Commissione c. Francia*.

accesso al lavoro, ivi compresa la promozione, i quali, favorendo in special modo le donne, perseguissero lo scopo di migliorare la loro attitudine a concorrere sul mercato del lavoro e a proseguire nella carriera in posizione di parità rispetto agli uomini¹³¹. Proseguiva la Corte richiamando la raccomandazione 84/635¹³² del Consiglio e sottolineando come le norme in materia di parità di trattamento fossero inadeguate per eliminare tutte le disparità di fatto a meno che non venissero accompagnate da azioni dei Governi e delle parti sociali.

Tuttavia la Corte conclude negando la legittimità della normativa tedesca rispetto alla direttiva 76/207 in primo luogo sostenendo che la legge de Land di Brema individuava un meccanismo automatico di preferenza¹³³. La dottrina correttamente osserva che sebbene la Corte affermi l'illegittimità del meccanismo di promozione delle donne "pari qualificate e sottorappresentate, omette di indicare i requisiti che avrebbero permesso di far venir meno il carattere automatico"¹³⁴.

L'osservazione della Corte, ad un'attenta lettura, risulta imprecisa, in quanto l'art. 4 della legge sulla parità del *Land* di Brema non assicura "una preferenza assoluta e incondizionata" ma solo quando ricorrano due precise condizioni: l'eguaglianza di qualificazione dei candidati e la sottorappresentazione delle lavoratrici nel settore considerato. Ad avviso della Corte il ricorso a detto

¹³¹ P.to 21 sentenza *Kalanke*.

¹³² Solo la raccomandazione n. 84/635, G.U.C.C. n. L.331 del 19.01.1984, definisce le azioni positive come misure di incoraggiamento delle assunzioni delle promozioni delle donne nei settori in cui esse sono sottorappresentate, mentre né la direttiva 76/207 prima, né la sentenza *Kalanke* dopo forniranno una definizione chiara di azione positiva.

Il Consiglio nel testo della raccomandazione prosegue affermando che "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" ed si invita gli Stati membri, facendo espresso riferimento all'art. 2, n. 4, della direttiva, ad adottare una politica di azioni positive mirante, tra l'altro, esortando all'"incoraggiamento delle candidature, delle assunzioni e della promozione delle donne nei settori, professioni e livelli in cui esse siano sottorappresentate, in particolare ai posti di responsabilità".

¹³³ Nei fatti la Corte compie un vero e proprio sindacato di conformità della legge tedesca con la direttiva; sebbene la procedura pregiudiziale costituisca la sede privilegiata per l'accertamento della compatibilità del diritto nazionale con il diritto comunitario, tuttavia la Corte aveva costantemente affermato che "nell'ambito dell'art. 177 del Trattato, questa Corte non è competente ad interpretare norme, né a pronunciarsi sulla loro eventuale incompatibilità con il diritto comunitario; tuttavia nell'ambito dell'interpretazione del diritto comunitario, essa può fornire al giudice nazionale gli elementi che gli consentiranno di definire la controversia ad esso sottoposta, in particolare quanto all'eventuale incompatibilità fra norme interne e norme comunitarie".

¹³⁴ Pollicino O., op. cit.; Nanì op. cit. p. 376.

automatismo, eliminando qualsiasi margine di flessibilità nell'applicazione del meccanismo preferenziale, non tutelerebbe le ragioni dei lavoratori maschi.

Di parere contrario Charpentier secondo cui il trattamento preferenziale de quo non risulta essere assoluto in quanto si lega con la preventiva dimostrazione della sottorappresentanza delle donne in un determinato settore; la donna inoltre non può avvalersene sic et simpliciter ma a condizione che la sua qualifica sia stata riconosciuta equivalente a quella del lavoratore maschio¹³⁵. Si osserva in linea con il pensiero di Charpentier che l'Avvocato Generale nelle conclusioni distingue la disposizione del Land di Brema dalla c.d. quota rigida che per sue caratteristiche individua una quota fissa, siano essi posti di lavoro o qualifiche, destinata alle donne a prescindere dal merito dei soggetti posti al vaglio. Tuttavia è solo con la sentenza *Marschall* che la Corte individua le condizioni di legittimità delle azioni positive.

In secondo luogo la Corte ricorre ad un approccio formale nell'interpretazione dell'art. 2 c. 4 classificandolo in termini di deroga al diritto alla parità di trattamento e pertanto interpretandolo in senso restrittivo¹³⁶.

¹³⁵ Charpentier L., "La sentenza Kalake e il discorso dualista della disparità", in Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind., 69, 1996, p. 162; in tal senso vedasi anche Pollicino O. "Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario – Un profilo giurisprudenziale alla ricerca del nucleo duro del new legal order", Giuffrè, 2005.

¹³⁶ Per affermare ciò al p.to 21 la Corte richiama il caso *Johnston* nella parte in cui veniva dichiarato che l'art. 2 c. 4 derogando ad un diritto individuale previsto dalla direttiva andasse interpretato restrittivamente. In tal senso vedasi anche Lanquentin M.T in "De l'égalité des chances – A propos de l'arrêt Kalanke, CJCE 17 octobre 1995", Droit social, 5/1996, p. 498.

Tuttavia il richiamo al caso *Johnston* è improprio in quanto la Corte era stata chiamata a decidere circa una presunta violazione del divieto di discriminazione ai sensi dell'art. 2 c.1 della dir. 76/207 in quanto la signora Johnston lamentava che non si era vista rinnovare il contratto di lavoro come incaricata dell'ordine pubblico in quanto l'Autorità statale irlandese a ciò deputata decideva di non affidare più tali compiti agli agenti donne. La signora Johnston, infatti, aveva svolto l'attività di agente di polizia dal 1974 al 1980; in seguito non si era più vista rinnovare il contratto in quanto, secondo l'Autorità statale irlandese incaricata del mantenimento dell'ordine pubblico, datrice di lavoro della ricorrente, i compiti di polizia rendevano spesso necessario il porto di armi da fuoco, e pertanto decideva di non affidare più per il futuro tali compiti agli agenti donna. (Nel Regno Unito all'epoca dei fatti le forze di polizia non portavano armi nell'esercizio delle loro funzioni, tranne che nel corso di operazioni specifiche, e sotto questo profilo non veniva fatta alcuna differenza tra uomini e donne. Tuttavia a seguito dell'elevato numero di attentati in Irlanda del Nord, la competente autorità decideva di dotare di armi da fuoco la polizia anche quando nell'esercizio delle ordinarie funzioni. La decisione di munire le forze di polizia dell'Irlanda del Nord di armi da fuoco non comprendeva il personale di sesso femminile).

La signora Johnston pertanto presentava ricorso all'autorità inglese lamentando la violazione della direttiva 76/207; la difesa invece sosteneva la conformità alle norme comunitarie rispetto alla decisione presa dall'Autorità statale irlandese in quanto si fondava sulle deroghe individuate dalla direttiva stessa. E più precisamente laddove autorizzava gli Stati membri ad escludere dall'ambito di applicazione del principio di pari trattamento quelle attività per cui, a causa del loro trattamento o della loro natura, il sesso costituisce elemento determinante.

La signora Johnston non condivideva le osservazioni della controparte e sosteneva che le donne erano in grado di sostenere l'addestramento al maneggio delle armi da fuoco.

Ulteriore elemento di fraintendimento in cui sono incorsi i giudici di Lussemburgo è stato quello in ordine alle tipologie di trattamento preferenziale, equivoco alimentato dalle conclusioni dell'Avvocato Generale Tesauro in ordine alle azioni positive¹³⁷.

Egli, infatti, sosteneva che le azioni positive possono essere intese in diverse forme: una che ricalca il modello volto a porre rimedio non a discriminazione in senso giuridico, quanto a condizioni di svantaggio tipici della presenza femminile sul mercato del lavoro; in questo caso l'obbiettivo perseguito dall'azione positiva sarebbe quello di eliminare le cause della minore opportunità di lavoro e di avanzamento di carriera delle donne con interventi in tema di orientamento e formazione professionale¹³⁸. Una seconda forma si individua nelle azioni volte a conciliare le responsabilità dei carichi familiari e professionali attraverso una distribuzione più equa dei primi; qui l'azione va a toccare l'orario di accesso¹³⁹ e di uscita dal lavoro, lo sviluppo di strutture per l'infanzia e di agevolazioni fiscali. E da ultimo la forma che si individua con il ricorso al trattamento preferenziale, e avente come obbiettivo di porre rimedio a perduranti effetti di discriminazioni storiche tramite sistemi di quote o di *goals*.

Si rileva che né l'Avvocato Generale, né la Corte hanno tenuto in debita considerazione, in merito alla definizione di azione positiva, i testi dei trattati internazionali. Infatti a ben guardare l'art. 4 della Convenzione delle Nazioni

La Corte affermava quindi che nel determinare la portata di qualsiasi limitazione di un diritto individuale, quale quello alla parità di trattamento fra uomini e donne stabilito dalla direttiva, occorre rispettare il principio di proporzionalità, che fa parte dei principi giuridici generali sui quali si basa l'ordinamento giuridico comunitario.

Tale principio prevede infatti che le limitazioni non eccedano quanto è adeguato e necessario per il raggiungimento dello scopo, e richiede di conciliare per quanto possibile il principio della parità di trattamento con le esigenze della pubblica sicurezza.

È in tale contesto che la Corte si pronuncia affermando che affermando che nel caso di specie la signora Johnston poteva esigere nei confronti dell'autorità statale l'applicazione del principio di parità di trattamento tra uomini e donne di cui all'art. 2 c. 1 al fine di veder disapplicata la normativa nazionale in quanto esorbitante rispetto ai limiti individuati dall'art. 2. c. 2.

¹³⁷ L'Avvocato al punto 20 delle Conclusioni ne indica i due requisiti di ammissibilità: 1) l'esistenza di ostacoli di fatto che si oppongono alla realizzazione dell'uguaglianza di opportunità tra uomini e donne; 2) il carattere (implicitamente) temporaneo dell'azione positiva.

¹³⁸ P.to 12 e 19. Mori P. *“Quale uguaglianza? Ovvero le azioni positive davanti alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee”* in *Di. Un. Eur.*, 1996, 3, p. 381 e ss. Secondo l'A. questa è una visione eccessivamente restrittiva della nozione di azione positiva, ancorata alla concezione formalistica del principio d'uguaglianza, secondo cui sarebbero sufficienti “che le regole del gioco siano comuni e che chiunque sia messo nella condizione di poter partecipare al gioco”, piuttosto che alle teorie egualitarie le quali ritengono che lo scopo è quello dell'uguaglianza dei risultati.

¹³⁹ Nei tempi più recenti le istituzioni comunitarie hanno sviluppato, e hanno al contempo invitato gli Stati membri ad attuare ed incentivare politiche e misure in tema di conciliazione dei tempi.

Unite sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione nei confronti della donna stabilisce che le misure temporanee speciali debbano essere abrogate una volta raggiunto l'obiettivo, ovvero che la loro ragion d'essere è il raggiungimento di quel concreto risultato: l'eguaglianza reale tra gli uomini e le donne. E la circostanza che le azioni positive non devono essere necessariamente limitate alla funzione - senza dubbio essenziale ma dimostratasi storicamente insufficiente - di innalzare la soglia di partenza della categoria sociale svantaggiata, trova conferma anche in atti normativi europei e comunitari.

Così anche la Carta sociale europea, all'art. 20, impegna le Parti ad adottare misure appropriate per garantire o promuovere l'applicazione del principio di parità in vari campi tra cui quello del "déroutement de la carrière, y comprise la promotion" (lett. d)¹⁴⁰.

Con contenuti analoghi si esprime la Carta comunitaria dei diritti dei lavoratori del 1989, il cui art 16 si riferisce ad "azioni volte a garantire l'attuazione dell'eguaglianza tra uomini e donne, in particolare in materia... di evoluzione delle carriere".

Risulta chiaro che qui l'interesse è rivolto alla necessità di compensare gli svantaggi subiti dalle donne nel corso della loro vita lavorativa a causa delle discriminazioni ancora di fatto esistenti: l'azione positiva, quindi, trova una giustificazione nel voler facilitare l'esercizio e la progressione di un'attività professionale o di una carriera e non solo per facilitare l'accesso a quella attività o carriera.

L'Avvocato Generale Tesauro, tuttavia, nella prima parte delle argomentazioni svolte giungeva ad affermare che anche una volta create le condizioni di partenza uguali per uomini e donne, le regole della competizione potevano risultare alterate, non tanto dal ruolo del datore di lavoro quanto da un modello strutturale di organizzazione del lavoro che fa proprio il sistema discriminatorio. Egli, quindi, prosegue affermando che "essere arrivati agli stessi blocchi di partenza non garantisce che le donne abbiano uguali risultati che, oltre a dipendere dal merito e dagli sforzi individuali dei singoli interessati potranno essere influenzati da una certa struttura sociale che penalizza la donna in particolare e dalle discriminazioni subite in passato e che ancora rendono

¹⁴⁰ Vedasi a tal proposito Fonteneau G. "La question des droits sociaux – La dimension sociale dans la mondialisation de l'économie" in Rev. Dr. ULB, 23, 2001, p. 8 ss .

marginale la presenza in alcuni settori, specie a livello direttivo¹⁴¹”. Pertanto, secondo il Tesaurò ciò che realmente serve è un mutamento del modello economico, sociale e culturale¹⁴²; egli individua il problema, ma ne affida i meccanismi di correzione al di fuori dell’area del diritto¹⁴³. L’Avvocato generale compie, quindi, per usare le parole di Charpentier¹⁴⁴, un’opera di esternalizzazione del problema di uguaglianza, sicchè le azioni positive dovrebbero mirare al versante dell’offerta del lavoro, alla conciliazione tra vita lavorativa e familiare¹⁴⁵ e allo strumento dell’istruzione quale mezzo per correggere le disparità che non trovano tanto l’origine nell’ arena aziendale, quanto nella formazione inadatto o insufficiente delle donne¹⁴⁶.

Di diverso avviso Veneziani¹⁴⁷ secondo cui l’Avvocato Generale Tesaurò prima e l’Avvocato Generale Jacobs, nella sentenza *Marschall*, riconoscono che le disuguaglianze sono a monte del rapporto di lavoro; tuttavia l’Autore non sposa quest’idea perché pone il rischio di avvalorare la teoria secondo cui la creazione di pari opportunità debba essere un obiettivo esterno al rapporto di lavoro, “ uno strumento di politica attiva del lavoro che attiene non ai diritti di libertà ma alla sfera dei diritti sociali, che per essere attivati hanno bisogno di interventi di welfare”. Tuttavia esternalizzare le opportunità, prosegue Veneziani, significa esonerare la strategia aziendale dalla gestione delle risorse umane dalla funzione di correzione degli squilibri¹⁴⁸. Assai dura, invece, la critica mossa dalla Nanì ai

¹⁴¹ P.to 14 delle conclusioni dell’Avvocato Generale. Al riguardo la Nanì L., op. cit., è assai critica perché pur riconoscendo la chiarezza e l’articolazione delle conclusioni del Tesaurò le sospetta viziate dell’intenzione preconstituita di voler limitare il ricorso alle misure differenziate a favore delle donne. In particolare contesta all’Avvocato Generale laddove afferma che nella misure in cui il metodo di accertamento dei meriti sia indirettamente discriminatorio si deve procedere all’applicazione del divieto di discriminazione indiretta di peccare in chiarezza non approfondendo se proprio la struttura sociale possa fornire metodi di accertamento dei meriti con carattere di discriminazione indiretta e quindi tali da essere perseguiti e da legittimare azioni positive di risultato.

¹⁴² P.to 28.

¹⁴³ Come si vedrà più avanti, la Corte Costituzionale è incorsa in un ragionamento analogo con la sentenza 422/95 quando è stata chiamata a pronunciarsi in tema di quote rosa.

¹⁴⁴ Op. cit. p. 165.

¹⁴⁵ Conciliazione che deve operare sul fronte relativo alla copertura e alla protezione sociale nei periodi di assenza causati da maternità, cura e sul fronte della gestione dell’orario di lavoro.

¹⁴⁶ Charpentier L., op. cit. p. 169

¹⁴⁷ Cerri A., Veneziani B., “Le azioni positive dopo la sentenza *Marschall*. Le opinioni di”, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 78, 1998, 2, p. 409.

¹⁴⁸ Quest’osservazione correttamente si lega alle azioni positive di conciliazione che individuano un ruolo attivo dell’azienda nella conciliazione dei tempi di vita e di lavoro; al riguardo vedasi infra le osservazioni della Calafà in relazione allo studio della Regione Veneto in tema di progettazione di azioni positive che di fatto non hanno avuto esito positivo per il disinteresse delle aziende a pensare ad una riorganizzazione al proprio interno.

giudici della Corte sottolineando che la sentenza de quo abbia avuto come obiettivo primario quello di “restringere l’area di legittimità delle politiche paritarie in generale” proprio perché la Corte rinuncia a risolvere il conflitto di interessi tra lavoratori e lavoratrici¹⁴⁹. A parere di chi scrive non si può non riconoscere che le osservazioni svolte dal Tesauro nelle sue argomentazioni circa la necessità di individuare strumenti di correzione al di fuori della sfera strettamente giuridica sono complessivamente corrette. Oggi, infatti, a livello comunitario e a livello interno si è colta la necessità di coinvolgere la società civile e le parti sociali al fine di individuare gli strumenti più idonei per raggiungere la parità di trattamento ricorrendo a strumenti nuovi quali la soft law, ed in particolare il Metodo Aperto di Coordinamento. Le istituzioni comunitarie, per prime, hanno colto l’importanza di strumenti non normativi, quali le best practices, per incentivare modelli sociali e aziendali che mirino al raggiungimento della parità di trattamento attraverso l’individuazione di obiettivi condivisi da tutti i soggetti coinvolti.

Tuttavia, nonostante le critiche mosse alla Corte di Giustizia e all’Avvocato Generale, si deve riconoscere che il caso *Kalanke* ha avuto il pregio di stimolare un dibattito serio al livello comunitario circa l’ammissibilità e le modalità di attuazione dello strumento del trattamento preferenziale.

Ha portato la Commissione, di lì a poco, ad adottare una comunicazione circa l’interpretazione della sentenza *Kalanke*¹⁵⁰ indicando come i sistemi di

¹⁴⁹ Op. cit. p. 381.

¹⁵⁰ La Nanì, op. cit., rileva che l’intervento della Commissione non è avvenuto per il pregio della sentenza *Kalanke* di aver aperto un dibattito serio circa l’ammissibilità e le modalità di attuazione dello strumento del trattamento preferenziale, quanto per il timore che l’intervento della Corte di Giustizia in tema di azioni positive potesse minare la disciplina della parità uomo – donna.

Perplessità analoghe evidenzia Grossi A., “*La sentenza Kalanke: un’inversione di rotta nelle politiche comunitarie sulle pari opportunità*”, in Riv., it. dir. pubbl. comm., 1996, p. 675 ss.; l’A. rileva che in occasione a Maastricht era stato raggiunto un accordo sulla politica sociale essendo stato convenuto che in futuro le direttive in materia di uguaglianza tra uomo e donna avrebbero richiesto una maggioranza qualificata permettendo di superare lo stallo causato dal principio dell’unanimità, cui è seguita un’attività a vasto raggio da parte delle istituzioni comunitarie quali la Risoluzione del Consiglio sulla partecipazione equilibrata delle donne e degli uomini al processo decisionale, la Risoluzione riguardante l’uso dell’immagine di uomini e donne nei mass-media, entrambe del 1995. Nel quadro così delineato la sentenza *Kalanke* sembra profilare, ad avviso dell’A. una battuta di arresto nell’attività promozionale della Commissione, e sembra quasi che la Corte voglia andare contro alle indicazioni del Consiglio laddove incitava gli Stati membri a sviluppare una strategia globale ed integrata volta a favorire la partecipazione equilibrata delle donne e degli uomini al processo decisionale ed a sviluppare un quadro normativo appropriato che comprenda, eventualmente, misure specifiche.

La Comunicazione della Commissione al Parlamento e al Consiglio COM (96) 88 propone una lettura interpretativa della sentenza cercando di restringerne la portata, quasi certamente per ridurre l’impatto politico e sociale. Il Parlamento ha accolto positivamente la linea adottata dalla Commissione, sollecitandola a proporre la modifica della normativa in tema di parità; le posizioni

quota che non presentavano caratteri di automaticità e di rigidità avrebbero dovuto considerarsi impregiudicati dalla sentenza e pertanto perfettamente legittimi. Diversamente l'unico tipo di quota da considerare in contrasto con il diritto comunitario è quello con un livello di rigidità tale da non lasciare la possibilità di valutazioni e apprezzamento circa le situazioni individuali. La Commissione prosegue, nel proprio documento, fornendo per la prima volta un elenco, non esaustivo di misure di trattamento preferenziale¹⁵¹.

Alla luce di tali osservazioni, la Commissione, di lì a poco, presentava una proposta¹⁵² di modifica dell'art. 2, n. 4 della direttiva 76/207/CEE, il cui testo disponeva che “ la direttiva non osta alle misure volte a promuovere le pari opportunità tra uomini e donne, in particolare eliminando le disuguaglianze sostanziali che pregiudicano le opportunità del sesso insufficientemente rappresentato nei settori di cui all'art. 1 par.1.”

Le differenze da subito emerse tra il testo della dir. 76/207 e quello proposto dalla Commissione si individuano in primo luogo nella formulazione neutra della disposizione in quanto riferibile ad entrambi i sessi purchè sottorappresentati. Non si parla più di necessità di “porre rimedio alla disparità di fatto” ma di necessità di ricorrere allo strumento del trattamento preferenziale quale eliminazione della disuguaglianza sostanziale, si ricorre una previsione

contrarie erano minoritarie rivolte alla necessità di conservare il sistema della meritocrazia, al rischio che le discriminazioni positive producano effetti stigmatizzanti a danno dei beneficiari (sul punto vedasi infra, par. azioni positive nel sistema statunitense), e al rischio di sottovalutare situazioni ben più gravi di disequilibrio socio-economico.

¹⁵¹ L'elenco così si compone:

1. quote connesse alle qualificazioni richieste per un determinato profilo lavorativo, a condizione che esse prevedessero la presa in considerazione di determinate circostanze che nel caso in questione potessero giustificare un'eccezione al profilo di preferenza per il sesso sottorappresentato;
2. piani promozionali a favore delle donne prevedenti aumenti graduali della presenza femminile e scadenze temporali per la realizzazione di tali programmi, senza però contingentare quanto programmato in sistemi rigidi di quote;
3. misure consistenti in un obbligo per il datore di lavoro di assumere di preferenza candidati appartenenti al sesso sotto rappresentato ma senza che fosse attribuito agli stessi candidati alcun diritto individuale ad essere preferito.

¹⁵² Proposta di direttiva del Consiglio che modifica la dir. 76/207/C.E.E. del Consiglio relativa all'attuazione del principio di parità di trattamento tra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione professionale e alla promozione professionale e le condizioni di lavoro, COM (96) 93 def. Le considerazioni maggiormente rilevanti che hanno portato la Commissione a presentare tale proposta trovano il fondamento nel fatto che oramai la maggior parte degli Stati membri stavano dando attuazione a diverse forme di azione positiva, nell'urgente necessità di chiarire la portata dell'art. 2. c. 4 alla luce della sentenza Kalanke, e dalla necessità emersa a livello comunitario di ricorrere ad una progressiva neutralizzazione nella formulazione delle misure di trattamento preferenziale in modo che le misure di azione positiva fossero suscettibili di tradursi nella pratica in un beneficio per le persone di qualunque sesso sottorappresentato in un determinato settore.

normativa per la previsione di quote per il sesso sottorappresentato, purchè venga prevista la possibilità di valutare le circostanze particolari delle singole fattispecie.

2.4 La sentenza *Marschall*.

Di lì a poco la Corte veniva chiamata nuovamente a esprimersi in relazione all'art. 2 c. 1 e 4 della dir.76/207¹⁵³ da parte del Tribunale amministrativo tedesco il quale, ai sensi dell'art. 243 CE, se il combinato disposto della norma comunitaria era da considerarsi violato dalla normativa interna secondo cui, nel settore pubblico, in relazione al livello del posto di lavoro preso in considerazione fossero impiegate meno donne che uomini, le donne dovessero avere precedenza nella promozione in caso di pari qualificazione (idoneità, competenza e prestazioni professionali) tra candidati di sesso maschile e quelli di sesso femminile, a meno che non prevalessero motivi inerenti alla persona di un candidato di sesso maschile.

La Corte riconosce per la prima volta la circostanza in cui due candidati che vantino qualifiche equivalenti non implica, per definizione, che ricorresse una situazione di pari opportunità tra gli stessi, dissociandosi, quindi, sia dalle conclusioni del Tesauero nella sentenza *Kalanke*, sia dalle osservazioni dell'Avvocato Generale della causa in esame, l'avvocato Jacobs.

Il caso *Marschall* correttamente pone attenzione alle ipotesi in cui in condizioni di uguale idoneità del candidato uomo e del candidato donna il criterio di preferenza in favore di quest'ultima risulta bilanciato, a differenza della normativa tedesca nel caso *Kalanke*, con la considerazione di ulteriori profili¹⁵⁴.

¹⁵³ C-409/95. Il signor Marshal, cittadino tedesco, residente nel Land del Nord-Reno Vestfalia, di professione insegnante, aveva fatto richiesta di accesso ad un posto di grado superiore ricevendo risposta negativa in quanto lo stesso doveva essere attribuito ad un candidato donna. Infatti entrambi gli insegnanti erano ritenuti egualmente qualificati, tuttavia essendo i posti a disposizione nel settore di istruzione secondari occupati per la grande maggioranza da uomini, il candidato donna veniva preferito sulla base dello statuto del personale secondo cui " qualora nell'ambito delle competenze dell'autorità che il potere di decidere la promozione, al livello del posto considerato vi sono meno donne che uomini, le donne devono avere la precedenza nella promozione, a parità di idoneità, di competenza e di prestazioni professionali, a meno che non prevalgano motivi inerenti alla persona di un candidato di sesso maschile".

¹⁵⁴ Cerri A., Veneziani B., "Le azioni positive dopo la sentenza *Marschall*. Le opinioni di", in Dir. Lav. Rel. Ind., 78, 1998, 2.p. 403, opera un'ulteriore distinzione circa i requisiti richiesti, in quanto l'A. distingue tra fattori oggettivi, cioè di idoneità alla funzione, e fattori soggettivi, a

La Corte riconoscendo che nei luoghi di lavoro esiste la c.d. discriminazione strutturale o istituzionale, ritiene che la normativa tedesca non possa essere considerata in violazione della normativa comunitaria in quanto a differenza del caso *Kalanke*, prevedeva una clausola di salvezza. Infatti in questo caso il legislatore tedesco pur prevedendo una regola di precedenza a favore delle donne nelle promozioni, individuava anche un'eccezione nel caso in cui non prevalessero motivi inerenti la persona del candidato maschile¹⁵⁵.

Secondo Pollicino¹⁵⁶, l'iter logico seguito dalla Corte era volto a "mascherare sotto un'apparente continuità con il passato (la sentenza *Kalanke*) quello che sostanzialmente sembra rappresentare un netto cambiamento di rotta". La Corte cercava, infatti, di "differenziare quanto più possibile il dato normativo di *Kalanke* da quello di *Marschall*" per far apparire consequenziale il discostarsi della soluzione adottata nella prima, nonché di riconciliare lo strumento del trattamento preferenziale con il principio generale di non discriminazione¹⁵⁷.

La Corte, inoltre, non ignora il nuovo contesto nel quale va a rendere pronuncia: di lì a poco infatti avrebbe preso avvio l'iter che si sarebbe concluso con il Trattato di Amsterdam, la riformulazione dell'art. 141, e la costituzionalizzazione all'art. 141 c. 4 dello strumento del trattamento preferenziale.

carattere personale, rilevando come la stessa possa essere oggetto di distinguo. Infatti quando si parla di età, anzianità di servizio si è di fronte ad un elemento meritevole personale ovvero ad un fattore che denota esperienza e pertanto un maggior rendimento professionale?

¹⁵⁵ È oltremodo vero che con la sentenza *Marshall* emerge la consapevolezza da parte dei giudici comunitari delle finalità che stanno alla base delle azioni positive. La Corte, infatti, riconosce che lo scopo è quello di controbilanciare e rimuovere gli effetti dannosi prodotti dai pregiudizi radicati nella struttura sociale. Secondo la Corte anche in una situazione di parità di qualificazioni si riscontra la tendenza a "preferire i candidati di sesso maschile a quelli di sesso femminile a causa di pregiudizi e talune idee stereotipe sul ruolo e sulle capacità delle donne nella vita attiva, nonché nel timore, ad esempio, che le donne interrompano più spesso la carriera lavorativa, che dati i loro compiti di mogli e madri, esse organizzano il loro tempo di lavoro in maniera meno flessibile o che si assentino dal lavoro più sovente a motivo di gravidanze, parti, periodi di allattamento. Anche nella sentenza *Badek*, C-158/97 emerge la consapevolezza che la condizione di inferiorità della donna sia strutturale e che quindi misure improntate all'uguaglianza delle opportunità possano non essere sufficienti; pertanto secondo la Corte nella valutazione del candidato "devono essere presi in considerazione la competenza, l'esperienza acquisite nell'esercizio dei doveri familiari, sempreché questi rilevino per l'idoneità le qualifiche, e le capacità professionali", cons. 23.

¹⁵⁶ Pollicino O., "Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario – Un profilo giurisprudenziale alla ricerca del nucleo duro del *new legal order*", Giuffrè, 2005, p. 120; circa le critiche al ragionamento argomentativo compiuto dalla Corte vedasi Nanì L., "Uguaglianza tra lavoratori e lavoratrici nel rapporto di lavoro", in *Div. dir. Rel. Ind.*, 78, 1998, 2., p. 390.

¹⁵⁷ Op.loc.ult.cit.

In conclusione, riguardo al principio di non discriminazione fra uomini e donne nel mercato del lavoro, gli articoli del Trattato e la normativa precedente alle riforme di Amsterdam si caratterizzano per un progressivo mutamento dell'idea stessa di discriminazione. Dopo l'iniziale approccio secondo cui il principio doveva venire in considerazione solo in quanto funzionale agli obiettivi economici enunciati nel Trattato, si è arrivati a leggere il divieto di discriminazione fra lavoratori di sesso maschile e lavoratrici di sesso femminile come espressione del principio e diritto fondamentale di uguaglianza. Evoluzione questa grandemente influenzata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia che ha provveduto ad interpretare e specificare le disposizioni del Trattato e gli atti derivati, sebbene la Corte nelle sue pronunce abbia sempre tenuto in considerazione il principio del bilanciamento tra le libertà economiche e i principi fondamentali.

3. Le novità introdotte con il Trattato di Amsterdam.

Gli anni '80 del secolo scorso si caratterizzano per un primo timido approccio da parte delle istituzioni comunitarie alla problematica della parità di trattamento fra gli uomini e le donne. In primo luogo, all'indomani della crisi industriale degli anni '70, di fronte alla crescita della disoccupazione e dell'inflazione è risultato chiaro che l'armonizzazione totale e la parificazione verso l'alto dei sistemi sociali erano divenuti obbiettivi di improbabile raggiungimento. L'Atto Unico introduce una nuova base legale in tema di politica sociale modificando l'art. 118A (ora 137 TCE) prevedendo il ricorso al sistema di votazione qualificata, abbandona l'idea di "armonizzazione nel progresso"¹⁵⁸ per ricorrere alla fissazione progressiva dei requisiti minimi. Pertanto l'armonizzazione minima è definitivamente dissociata dall'idea della ricerca della parificazione ai risultati protettivi del sistema sociale più avanzato¹⁵⁹.

Di quegli anni sono il primo programma d'azione comunitario (1982-1985) ed il secondo (1986-1990) con cui venivano indicati gli obbiettivi per il raggiungimento delle pari opportunità e cioè: consolidamento dell'applicazione

¹⁵⁸ Treu T., *"L'Europa sociale: problemi e prospettive"* in Dir. Rel. Ind., 2001, 307 ss.

¹⁵⁹ In tal senso Giubboni S., *"Diritti sociali e mercato"*, Bologna, 2003, e Barbera M., *"Dopo Amsterdam. I nuovi confini del diritto sociale comunitario"*, Brescia, 2000

delle direttive, adozione di nuovi strumenti comunitari e revisione delle legislazioni in essere. Viene, inoltre, adottata la raccomandazione “sulla promozione di azioni positive in favore delle donne”¹⁶⁰, accolta con favore pur nella percezione che l'intervento comunitario non era ancora capace di incidere concretamente sugli indirizzi di politica interna.

Di quegli stessi anni è l'adozione della Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori¹⁶¹, il cui n. 16 dichiara che “la parità di trattamento tra uomini e donne deve essere garantita. L'uguaglianza delle possibilità tra uomini e donne deve essere sviluppata. A tal fine occorre intensificare ovunque sia necessario le azioni volte a garantire l'attuazione dell'uguaglianza tra uomini e donne, in particolare in materia di accesso al lavoro, di retribuzioni, di condizioni di lavoro, di protezione sociale, d'istruzione, di formazione professionale e di evoluzione delle carriere”.

Ma è nella seconda metà degli anni '90 che l'Unione Europea è particolarmente attiva sia sul piano internazionale che sul piano europeo nell'attuazione del principio di non discriminazione. A livello internazionale, l'Unione Europea partecipa alla Conferenza delle donne a Pechino¹⁶², e fa proprio il principio del *gender mainstreaming* sul quale si tornerà in modo più approfondito nel proseguo.

Lo stesso anno il Consiglio adotta la Risoluzione sulla “partecipazione equilibrata delle donne e degli uomini al processo decisionale”¹⁶³; l'anno successivo la Commissione adotta la comunicazione “Integrare la parità di opportunità fra le donne e gli uomini nell'insieme delle politiche comunitarie”¹⁶⁴,

¹⁶⁰ Op.cit. nota 89. La Raccomandazione indicava le azioni positive esclusivamente in termini funzionali, limitandosi ad indicare le ragioni della necessità di adottare azioni di riequilibrio da parte degli Stati membri in favore delle donne, in quanto “le disposizioni normative esistenti in materia di parità di trattamento, intese a conferire diritti degli 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, degli atteggiamenti, comportamenti e strutture sociali

¹⁶¹ Adottata nel 1989.

¹⁶² Organizzata dalle Nazioni Unite e tenutasi nel 1995. In occasione della Conferenza in merito alla promozione della donna sono “stati identificati dodici ambiti che ne costituiscono gli ostacoli e che quindi devono essere oggetto di azioni specifiche: le donne e la povertà; l'istruzione e la formazione delle donne; le donne e la salute; la violenza contro le donne; le donne nei conflitti armati; le donne e l'economia; le donne, il potere e il processo decisionale; i meccanismi istituzionali per la promozione delle donne; i diritti umani delle donne; le donne e i mass media; le donne e l'ambiente, nonché le donne più giovani”.

¹⁶³ Risoluzione del Consiglio del 23.05.95. Nello stesso anno il Consiglio adotta la Risoluzione riguardante l'uso dell'immagine di uomini e donne nei mass-media del 5.10.95.

¹⁶⁴ COM (96)67 def.

il cui pregio è stato quello di rilevare la riduttività del considerare l'azione positiva quale unica misura idonea per perseguire la politica di pari opportunità dichiarando che "l'Unione europea stabilisce il principio in base al quale la parità fra le donne e gli uomini – *gender perspective* – deve essere sistematicamente presa in considerazione in tutte le politiche e in tutte le azioni comunitarie, sin dal momento della loro concezione e in maniera attiva e visibile¹⁶⁵.

A distanza di un decennio, possiamo dire che merita un riconoscimento speciale l'adozione da parte della Spagna della legge 3/07 per l'uguaglianza effettiva di donne e uomini¹⁶⁶ che propone "nel suo articolarsi un complesso di diritti e di doveri delle persone fisiche e delle persone giuridiche sia pubbliche che private, diretti a garantire l'effettività del diritto alla parità di trattamento e di opportunità, e ad integrare la dimensione di genere in tutto l'ordinamento giuridico¹⁶⁷. Di particolare pregio è stata l'adozione da parte della Spagna di una strategia di *gender mainstreaming*, facendo proprie le indicazioni comunitarie, volta a rendere effettivo il principio di uguaglianza di trattamento in particolare attraverso l'eliminazione della discriminazione della donna in qualunque circostanza o condizione si trovi, e in qualsiasi ambito della vita, politica, civile, lavorativa, economica, sociale e culturale al fine di realizzare una società più democratica, più giusta, più solidale¹⁶⁸.

Nello stesso periodo cominciavano i lavori della Conferenza intergovernativa in particolare intorno a tre settori principali, e cioè far meglio percepire l'importanza dell'Europa per i suoi cittadini, fare in modo che l'Unione funzioni meglio e prepararla all'ampliamento, e conferire all'Unione maggiore capacità per un'azione esterna, alla quale veniva affiancato il Gruppo di

¹⁶⁵ Appare chiaro come la Commissione qui segni il superamento dell'azione comunitaria predisposta sulla base di attività, azioni, e programmi compartimentali, e faccia proprio quanto emerso a Pechino 1995. Dal testo della comunicazione appare chiaro che l'intento della Commissione di promuovere le pari opportunità attraverso due ordini di interventi: il primo tramite il ricorso a specifiche azioni di sostegno, il secondo con il ricorso a specifiche azioni di sostegno quali l'occupazione, i fondi sociali, la ricerca, l'istruzione, considerati più sensibili al tema della discriminazione per il genere. Con ciò si buttano le basi per un approccio che richiama il *mainstreaming* e che verrà anche richiamato nel testo della direttiva 2006/54/CE.

¹⁶⁶ Tale legge ha come obiettivo ex art. 1 di rendere effettivo il principio di uguaglianza di trattamento e di opportunità tra uomini e donne, mediante l'eliminazione della discriminazione contro le donne in qualsiasi ambito di vita.

¹⁶⁷ Relazione di accompagnamento alla legge, p. 16.

¹⁶⁸ Per un approfondimento vedasi Remiga V. "La legge organica 3/07 per l'uguaglianza effettiva di donne e uomini: un decisivo passo in avanti della Spagna verso la parità di genere", D.& L., 2007, 2, p. 345 ss.

riflessione¹⁶⁹ con il compito di affrontare il tema della promozione dei valori europei. Detti valori, base necessaria per la stessa costruzione democratica europea, necessitavano, a parere del Gruppo di riflessione di una proclamazione solenne, così come i diritti fondamentali che, grazie alla giurisprudenza, erano già dal 1995 parte dei principi generali dell'Unione.

Nella proclamazione solenne dei valori europei il Gruppo di riflessione riteneva di dover inserire anche il principio della parità di trattamento fra uomini e donne, la non discriminazione per motivi di razza, religione, preferenza sessuale, età o handicap, l'espressa condanna del razzismo e della xenofobia, nonché di prevedere una procedura ad hoc per la loro applicazione¹⁷⁰.

In occasione del Consiglio europeo di Firenze nel giugno 1996 prendeva corpo l'idea di inserire una clausola generale di non discriminazione¹⁷¹; tuttavia in occasione del Consiglio europeo di Amsterdam del giugno 1997 il progetto di Trattato presentava il principio di non discriminazione elaborato in modo del tutto differente rispetto ai lavori del Gruppo.

La differenza di maggior rilievo consiste nell'abbandonare l'idea di proclamare ufficialmente il divieto di discriminazione, preferendo introdurre direttamente una disposizione che descrive il meccanismo procedurale necessario per combattere queste forme di discriminazione.

Le novità introdotte con il Trattato di Amsterdam emergono dal nuovo testo dell'art. 2, ai sensi del quale la Comunità ha, tra gli altri compiti, quello di promuovere la parità fra uomini e donne¹⁷², e nell'art. 3 c. 2 secondo cui "l'azione

¹⁶⁹ Il Gruppo di riflessione istituito su iniziativa del Consiglio europeo di Corfù del giugno 1995 per partecipare alla preparazione della Conferenza intergovernativa, era composto dai rappresentanti dei Governi degli Stati membri.

¹⁷⁰ Dal testo conclusivo dei lavori del Gruppo emerge che anche le forme di discriminazione poi inserite nell'art. 13 erano concepite, in origine, quali espressione di valori e diritti fondamentali autonomi.

¹⁷¹ Si discuteva, inoltre, circa l'opportunità di inserire nella stessa disposizione anche il divieto di discriminazione sulla base della razza, del sesso, della religione, delle credenze e opinioni, degli handicap, dell'orientamento sessuale e dell'età o se invece elaborare disposizioni ad hoc. Il Consiglio europeo, tenuto conto delle osservazioni del Gruppo di riflessione in relazione ai meccanismi procedurali, riteneva che l'eventuale clausola generale di non discriminazione non avrebbe avuto effetti diretti, in quanto necessitava l'adozione di specifiche disposizioni.

¹⁷² "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 articoli 3 e 4, uno sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche, un elevato livello di occupazione e di protezione sociale, la parità fra uomini e donne, una crescita sostenibile e non inflazionistica, un alto grado di competitività e di convergenza dei risultati economici, un elevato livello di protezione dell'ambiente ed il miglioramento delle qualità di quest'ultimo, il miglioramento del tenore e della qualità della vita, la coesione economica e sociale e la solidarietà tra stati membri."

della Comunità mira ad eliminare le ineguaglianze nonché a promuovere la parità fra uomini e donne”.

Secondo Pollicino¹⁷³, alla luce delle nuove modifiche il principio di uguaglianza effettiva, portatore della parità di fatto diventa non solo un fine specifico della Comunità (ex art. 2) ma anche un vincolo conformativo dell'attività degli organi comunitari a tutti i livelli dell'azione europea (art. 3 c. 2). Il principio di uguaglianza, per usare le parole del Pollicino, non si “esaurisce nel carattere statico tipico del divieto di discriminazione quale eliminazione delle disuguaglianze, ma si arricchisce, propositivamente di un'obbligazione positiva da parte dei poteri pubblici comunitari”.

Per la prima volta, quindi, trova riconoscimento il principio della parità fra uomo e donna quale principio generale ed ispiratore dell'attività della Comunità, non limitando più la sua applicazione al solo mercato del lavoro.

Da una lettura del titolo XI del Trattato appare evidente il ruolo nuovo attribuito alla Comunità europea: si passa da un ruolo di promozione e coordinamento dell'attività degli Stati membri in politica sociale e dell'istruzione, ad un ruolo di sostegno delle attività nazionali, nonché alla possibilità di un intervento diretto¹⁷⁴.

In questo contesto, i mutamenti direttamente collegati alla parità di retribuzione sono tre: il primo consiste nell'ingresso dei diritti sociali attraverso il richiamo alla Carta sociale europea del 1961 ed alla Carta comunitaria dei diritti dei lavoratori del 1989 operato nell'art. 136¹⁷⁵; richiamo che indica le linee direttrice della futura attività della Comunità e degli Stati Membri¹⁷⁶ sebbene i diritti sociali entrino, nell'ordinamento giuridico comunitario, come “interessi sociali oggettivi sia pur di rango fondamentali e non come posizioni soggettive direttamente giustiziabili”¹⁷⁷.

¹⁷³ Op. cit. p.128.

¹⁷⁴ L'attribuzione alla Comunità europea di competenze sempre più ampie e a carattere generale trova riscontro anche nel ruolo sempre più decisivo che il Parlamento è chiamato a svolgere attraverso il ricorso alla procedura di codecisione.

¹⁷⁵ La prima afferma il diritto all'uguaglianza di opportunità e di trattamento nel settore dell'occupazione, senza discriminazioni fondate sul sesso, e invita ad adottare misure per garantire e promuovere l'attuazione di detto principio nonché per superare diseguaglianze di fatto; mentre la seconda dichiara il principio della parità di trattamento tra uomini e donne prevedendo l'adozione di azioni per la sua attuazione anche in materia di accesso al lavoro, di retribuzioni, di condizioni di lavoro, di promozioni, di formazione professionale.

¹⁷⁶ Rapporto del Comitato Simitis, op. cit.

¹⁷⁷ Giubboni S., *“Diritti sociali e mercato, la dimensione sociale dell'integrazione europea”*, Mulino, Bologna, 2003, p.135.

Si può affermare dunque, che i diritti sociali con il Trattato di Amsterdam siano giunti ad un'emancipazione dalla funzione ancillare che nel corso del processo di integrazione europea hanno sempre avuto rispetto alle libertà economiche per acquisire un'autonomia funzionale quale riflesso di una nuova dignità costituzionale¹⁷⁸.

Il secondo mutamento è dato dall'art. 137 che individua gli specifici strumenti necessari alla realizzazione degli obiettivi generali posti di cui all'art. 136, indicando alcuni settori, tra cui quello della parità tra uomini e donne nel mercato del lavoro e nel trattamento sul lavoro, nei quali la Comunità può "sostenere e completare" l'azione degli Stati membri, anche mediante l'emanazione di direttive del Consiglio e in cui può favorire la cooperazione fra di essi.

Da ultimo l'art. 141 che, nella sua parte già esistente, resta sostanzialmente invariato se non per l'inserimento della dicitura "o per un lavoro di pari valore" alla fine del primo comma¹⁷⁹; mentre viene inserito il 3 comma che attribuisce al Consiglio la competenza ad adottare misure finalizzate all'applicazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento tra uomini e donne per l'occupazione e l'impiego, incluso anche il principio della parità di retribuzioni¹⁸⁰.

È opportuno osservare come gli atti che il Consiglio è competente ad adottare ex art. 141 si distinguono rispetto quelli indicati dall'art. 137: il primo prevede in capo al Consiglio la possibilità di adottare "misure" non specificamente definite, il secondo richiama le sole direttive.

Inoltre il principio della parità di trattamento viene esteso a qualsiasi momento del rapporto di lavoro, oltre a quello retributivo, circostanza questa che trova la sua giustificazione nell'evoluzione concettuale che lo stesso ha avuto negli

¹⁷⁸ In tal senso si esprimono Adinolfi A. *"Le innovazioni previste dal Trattato di Amsterdam in tema di politica sociale"*, in *Dir. Un. Eur.*, 1998, 563 ss.; Barbera M., *"Dopo Amsterdam. I nuovi confini del diritto sociale comunitario"*, Promodis, Brescia, 2000, e Pollicino O. op. cit.

¹⁷⁹ In precedenza il riferimento era solo alla pari retribuzione per uno stesso lavoro; la formula è stata ritenuta essenziale per l'eliminazione delle discriminazioni indirette; inoltre il legislatore comunitario non ha fatto altro che recepire una formula già presente nella Convenzione OIL n. 100 del 29 giugno 1951 e nella direttiva CEE 75/117.

¹⁸⁰ Vedasi in tal senso Greco S. *"Nuovi sviluppi in materia di tutela dei diritti fondamentali"* in *Riv. it. dir. pubbl. comm.*, 1998, p. 1369 ss.; la dir. 2006/54/CE al 4 considerando dichiara espressamente che "l'art. 141 par. 3 del Trattato fornisce ormai una base giuridica specifica per l'adozione di provvedimenti comunitari volti ad assicurare l'applicazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento in materia di occupazione e di impiego, compreso il principio della parità delle retribuzioni per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore".

atti di diritto derivato, peraltro adottati ai sensi dell'art. 253, e nelle pronunce della Corte di Giustizia.

L'art. 141 c. 4 afferma, finalmente, la compatibilità con il principio di uguaglianza delle cosiddette azioni positive; gli Stati membri sono autorizzati ad adottare misure che accordino vantaggi specifici al sesso sottorappresentato in una particolare attività professionale, o che compensino svantaggi nelle carriere professionali.

Secondo i più, la scelta di inserire la previsione delle azioni positive nel dettato del Trattato, consentendo un'autonomia propria, fino ad allora invece legata alle direttive, è dettata dalle pronunce rese dalla Corte di Giustizia, in particolare alla luce delle sentenze *Kalanke* e *Marschall*, di cui si è ampiamente detto nei paragrafi che precedono.

L'articolo 13¹⁸¹ attribuisce al Consiglio la possibilità di adottare gli atti normativi opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza, l'origine etnica, la religione, le convinzioni personali, gli handicap, l'età e l'origine etnica¹⁸². L'articolo quindi non contiene l'affermazione formale del principio di non discriminazione, ma attribuisce al Consiglio la facoltà di adottare gli strumenti per combattere¹⁸³ alcune forme di discriminazione. Fornisce, quindi, una base giuridica per l'adozione di normative comunitarie includenti la

¹⁸¹ □E' interessante notare la differente portata dell'art. 13 e dell'art. 14 della C.E.D.U.; quest'ultimo garantisce il godimento dei diritti e delle libertà fondamentali, come indicate nella Convenzione senza alcuna distinzione, è quindi uno strumento di tutela contro discriminazioni che possono turbare il pieno ed effettivo godimento dei diritti e delle libertà già attribuite ai singoli dalle altre disposizioni della Convenzione.

L'art. 13, invece, attribuisce al Consiglio il potere normativo per combattere alcune discriminazioni cui non corrisponde un complesso di diritti fondamentali formalmente individuato e tutelato. Pertanto all'art. 13 non è riconosciuta una funzione diretta di garanzia per l'esercizio ed il godimento di diritti formalmente riconosciuti.□

Facendo un rapido richiamo all'art. 3 della Costituzione, com'è noto il primo comma individua il principio di uguaglianza formale, mentre il comma successivo quello di uguaglianza sostanziale, diversamente l'articolo 13, non compie alcun riferimento all'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, ma attribuisce al legislatore il compito di "combattere le discriminazioni" con interventi positivi, presupponendo pertanto un'idea di uguaglianza non formale ma sostanziale, concezione che trova conferma dalla lettura del combinato disposto dell'art.13 con l'art. 3, par. 2, del Trattato istitutivo della Comunità europea. In entrambe l'uguaglianza sostanziale diventa l'obiettivo stesso della norma e della sua applicazione.

¹⁸² Trattasi di una competenza avente carattere residuale e subordinata al requisito dell'unanimità in seno al Consigli dell'Unione europea, su proposta della Commissione e consultato il Parlamento europeo.

¹⁸³ Per Pollicino, op. cit. " il ricorso al verbo combattere lascia presagire la possibilità di adozione di una legislazione comunitaria che possa spingersi ben oltre l'impostazione tradizionale fondata sul divieto negativo di non discriminazione, per comprendere anche il profilo positivo di un intervento attivo del legislatore, in particolare attraverso l'utilizzo dello strumento del trattamento preferenziale".

possibilità di trattamenti preferenziali in nome della realizzazione di un'effettiva parità sociale.

Ad onor del vero alcuni dubbi di tipo interpretativo sono sorti laddove il legislatore europeo ha utilizzato l'espressione "nell'ambito delle competenze del Trattato"; infatti, secondo un'interpretazione, il riferimento alle competenze e non all'ambito di applicazione del Trattato poteva comportare che l'art. 13 potesse divenire base legale solo per gli atti che andavano a regolamentare materie sulle quali l'Unione aveva una competenza esplicita¹⁸⁴.

Tuttavia, a seguire un'interpretazione così restrittiva, la normativa antidiscriminazione avente base legale sull'art. 13 non avrebbe potuto regolare, ad esempio, la discriminazione in relazione all'accesso all'alloggio ovvero alla formazione professionale, in quanto in relazione all'alloggio esso non risulta un settore di competenza per materia della Comunità, mentre il secondo è un settore rispetto al quale la Comunità ha solo un potere di coordinamento.

Ulteriore elemento di perplessità¹⁸⁵ suscitato dall'art. 13 a ridosso dell'entrata in vigore è il richiamo ai "provvedimenti opportuni" per combattere la discriminazione, in quanto il Consiglio viene lasciato libero di ricorrere all'atto che ritiene più congruo per il raggiungimento dell'obiettivo e quindi l'intervento della Comunità può consistere nella predisposizione dei principi e dei criteri generali della materia lasciando ampio spazio alle integrazioni degli Stati membri, ovvero nella previsione di disposizioni più specifiche e dettagliate che riducono le possibilità di integrazione da parte delle normative nazionali.

Nella volontà del legislatore europeo l'art. 13 doveva costituire l'elemento in grado di rafforzare il perseguimento degli obiettivi prettamente sociali, strumento che doveva portare alla realizzazione della cittadinanza europea. In quest'ottica si comprende la lettura che viene data alla politica sociale europea: un modello di integrazione economica ovvero secondo un modello di cittadinanza sociale.

Nel primo modello la politica sociale europea è strettamente legata all'integrazione economica, è il modello fatto proprio dai padri fondatori secondo

¹⁸⁴ In tal senso Bell M., "The new article 13 EC Treaty: a sound basis for european antidiscrimination law?" in Maastricht J. Eur. Comp. L., 1999, p. 5 ss.

¹⁸⁵ Chiti G., "Il principio di non discriminazione ed il Trattato di Amsterdam", in Riv. it. dir. pubbl. comunit., 2000, 3-4; tuttavia si ritiene che la formula così come adottata nell'art. 13 abbia permesso alle istituzioni comunitarie di ricorrere a strumenti meno formali delle direttive e dei regolamenti, spesso visti con diffidenza dagli Stati Membri, ma comunque in grado di raggiungere l'obiettivo di lotta alle discriminazioni.

i quali la costruzione del mercato comune avrebbe dovuto poggiare sulla salvaguardia e sul mantenimento delle differenze nazionali dei diversi modelli di stato sociale, e con lo sviluppo del mercato comune si sarebbe ottenuto in automatico un accrescimento dei livelli qualitativi dei singoli welfare. E allorché si fossero creati fenomeni di *dumping* sociale il Trattato prevedeva la possibilità di intervenire ricorrendo all'armonizzazione tramite interventi di parificazione dello standard maggiormente protettivo tra quelli presenti¹⁸⁶.

Nel secondo modello l'Unione europea diviene garante sopranazionale dei diritti fondamentali, tramite una progressiva costituzionalizzazione dei diritti sociali al fine per usare le parole di Giubboni “di ancorare ad un solido impianto di principi e di valori comuni l'azione di integrazione positiva dei sistemi sociali nazionali”¹⁸⁷. In quest'ottica la funzione coesiva dei diritti sociali fondamentali acquista oggi, particolare rilevanza in quanto si passa da un sistema di armonizzazione mediante strumenti normativamente vincolanti ad un sistema di armonizzazione mediante forme di coordinamento attraverso il *soft law*, come il Metodo Aperto di Coordinamento.

3.1 L'art. 141 del Trattato di Amsterdam e la direttiva 76/207.

Da una lettura comparativa dell'art. 141 TCE e dell'art. 2 c. 4 della direttiva 76/207 è possibile rilevare quale sia stata l'importanza della novità delle modifiche apportate all'art. 119. La prima osservazione è rivolta alle misure preferenziali che perdono il significato di disposizioni finalizzate a promuovere le pari opportunità, per lasciare spazio alla definizione di misure volte a prevedere “vantaggi specifici e diretti” al fine di assicurare l'effettiva parità tra uomini e donne. La differenza di linguaggio utilizzata dal legislatore europeo vuole sottolineare la differenza che intercorre tra parità dei punti di partenza, obiettivo perseguito sino ad allora dalla politica di promozione delle pari

¹⁸⁶ Tuttavia, come si è già avuto modo di affermare la base legale individuata dal Trattato nell'art. 100 si rivelò insufficiente a fronteggiare le tensioni sociali degli anni Settanta frutto della crisi economica, della disoccupazione e dell'aumento dell'inflazione.

¹⁸⁷ Op.cit. 231

opportunità, e la parità nel risultato finale volto a realizzare l'effettiva e completa parità tra uomini e donne¹⁸⁸.

Anche i destinatari vengono individuati in modo diverso. Se l'art. 2 c. 4 della dir. 76/207 indicava quale unico soggetto destinatario del trattamento preferenziale la donna, l'art. 141 c. 4 fa riferimento al criterio del sesso sottorappresentato¹⁸⁹, portando quindi ad una identificazione "neutra" del destinatario della misura, facendo proprie le osservazioni svolte dalla Commissione nella Comunicazione presentata a ridosso della sentenza *Kalanke*¹⁹⁰ e le conclusioni pronunciate dall'Avvocato Generale Jacobs nel caso *Marschall*.

Il terzo comma dell'art. 141, per parte sua, va oltre la previsione della possibilità di adottare norme volte alla realizzazione delle pari opportunità, obiettivo che era alla base della direttiva 76/207, fornendo una base legale adeguata per l'adozione di norme comunitarie in tema di trattamento preferenziale ai fini della realizzazione della parità effettiva uomo/donna nel settore lavoristico.

4. Le pronunce della Corte di Giustizia a cavallo dell'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam.

Con il caso *Badeck* i deputati del Land dell'Assia adivano il giudice del rinvio, la Corte dello stesso Land, adducendo la presunta illegittimità della normativa sulla parità di trattamento¹⁹¹ in quanto in contrasto con i principi della

¹⁸⁸ Della questione della differenza tra parità dei punti di partenza e parità nel risultato finale si è occupata, come si vedrà oltre anche la Corte Costituzionale, non sempre facendo proprie le novità introdotte a livello comunitario.

¹⁸⁹ Espressione fortemente voluta dalla Svezia e dalla Finlandia e osteggiata dall'Olanda che, invece, voleva un richiamo espresso alle donne.

¹⁹⁰ Op. cit.

¹⁹¹ C-158/97; la legge dell'Assia sulla parità di trattamento e sulla rimozione delle discriminazioni nei confronti della donna nel pubblico impiego (si propone di realizzare l'uguale accesso di donne e uomini ai pubblici uffici, attraverso l'adozione di piani di promozione relativi alle condizioni di accesso, di lavoro e di carriera per le donne, dotati di obiettivi vincolanti).

L'art. 3 prevedeva per ciascun servizio l'obbligo di attivarsi, mediante piani di promozione della donna ed altre misure di promozione per la parificazione di donne e uomini nel servizio pubblico e per rimuovere le situazioni di insufficiente rappresentanza femminile e le discriminazioni fondate sul sesso e sullo stato di famiglia specificando che le donne si considerano sottorappresentate quando, nell'ambito di applicazione di un piano per la promozione della donna, per ogni fascia di stipendi, retribuzioni e salari di una determinata carriera sono impiegate meno donne che uomini, mentre nei ruoli di ingresso di ogni carriera le donne si considerano sottorappresentate quando in tutti i gradi della carriera sono impiegate meno donne che uomini.

carta costituzionale del Land, in particolare con il principio costituzionale di favor nella selezione dei candidati più capaci, in quanto la norma, al vaglio di legittimità, avrebbe comportato invece l'introduzione di una selezione basata sul sesso, ed in contrasto con il principio della parità di trattamento in quanto la normativa *de quo* avrebbe riconosciuto privilegi ad un gruppo specifico.

Ulteriore motivo di doglianza dei ricorrenti era che la norma impugnata era in contrasto con la dir. 76/207. La Corte tedesca investita della questione, prima di pronunciarsi riteneva di sottoporre alla Corte di Giustizia la questione pregiudiziale circa il contrasto della normativa interna con quella comunitaria.

L'Avvocato Generale Saggio fin dall'esordio delle sue conclusioni rileva come il contesto in cui la Corte è chiamata a decidere sia notevolmente mutato rispetto a quello in cui è stata presentata l'ordinanza di rinvio; nelle more del giudizio, infatti, è entrato in vigore l'art. 141 c. 4 del Trattato di Amsterdam.

L'art. 5 invece dispone che il piano di promozione femminile deve contenere, per ogni due anni, obiettivi vincolanti relativi alla quota femminile nelle assunzioni e promozioni per aumentare la presenza femminile in settori nei quali le donne sono sottorappresentate, e per ogni piano di promozione deve essere prevista, per ciascun settore nel quale le donne siano sottorappresentate, l'assegnazione a donne di più della metà degli effettivi. La norma tedesca individuava un'eccezione nel caso in cui il sesso sia una condizione imprescindibile di una determinata attività ovvero qualora venga dimostrato attendibilmente che non è possibile raggiungere un numero sufficiente di donne con le qualifiche necessarie o nel caso di promozioni senza assegnazione di posti in settori nei quali le donne sono sottorappresentate dev'essere prevista una quota di presenza femminile pari almeno a quella della fascia retributiva immediatamente inferiore, salvo quanto previsto alla terza frase. Da ultimo allorché siano previste misure economiche relative al personale che bloccano o sopprimono determinati posti, il piano di promozione deve garantire che la quota di presenza femminile nei settori interessati resti quanto meno inalterata.

Attenzione viene data ai posti nel settore scientifico che vengono assegnati temporaneamente; essi devono essere ricoperti da una quota di personale femminile pari almeno a quella rappresentata dalle donne tra i laureati o i dottori di ricerca per ciascun settore di studi.

Ulteriore settore oggetto di interesse del legislatore è la riserva di posti nei programmi di formazione, predisponendo misure di incoraggiamento della partecipazione della componente femminile. Nel caso in cui, nonostante tale esortazione, non si raggiunga un numero sufficiente di candidature femminili, più della metà dei posti disponibili possono essere assegnati ad uomini.

Il legislatore tedesco dispone inoltre che "l'idoneità, la capacità e il rendimento specifico (qualifica) devono essere valutati in conformità alle esigenze del posto da occupare o dell'ufficio da ricoprire; le competenze e l'esperienza acquisite nell'assistenza di bambini o soggetti bisognosi di cure in ambito domestico (lavoro familiare) devono essere prese in considerazione, in quanto rilevino nella valutazione dell'idoneità, preparazione e capacità dei candidati di entrambi i sessi. Ciò vale anche quando il lavoro familiare è stato prestato al di fuori dell'ambito del lavoro remunerato. Non possono venire presi in considerazione lo stato di famiglia o il reddito del partner. Un'occupazione a tempo parziale, congedi e ritardi nella conclusione della formazione che siano dovuti alla cura di bambini o di familiari bisognosi di cure secondo attestazione medica non possono avere effetti svantaggiosi sulla valutazione, né possono pregiudicare l'avanzamento professionale. L'anzianità di servizio, l'età e la data dell'ultima promozione possono essere considerate solo in quanto rilevino ai fini della valutazione dell'idoneità, rendimento e capacità dei candidati di entrambi i sessi».

L'art. 14, infine, stabilisce che, "nella composizione di commissioni, consigli, organismi di amministrazione e controllo e di collegi di altro tipo, almeno la metà dei membri deve essere costituita da donne".

L'Avvocato Generale affronta la questione delle misure preferenziali di risultato, compiendo una revisione critica dei precedenti, in particolare sulla pronuncia *Kalanke* giungendo ad affermare che “ tenuto conto dell'oggetto che hanno assunto oggi in vari ordinamenti nazionali le c.d. azioni positive in favore delle donne, non si possono, in via di principio, ritenere esclusi dal diritto comunitario quei provvedimenti nazionali che comportano l'effettiva assunzione o promozione dei candidati di sesso femminile”¹⁹².

Egli pone l'attenzione su due criteri, quello di proporzionalità e quello di congruità della misura, criteri che devono essere di parametro per la valutazione della congruità stessa della misura in relazione al singolo caso.

Per la Corte il caso *Badeck* costituisce la prima possibilità di pronuncia dopo l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam. Essa, pertanto, poteva riprendere la strada aperta con il caso *Marschall* che timidamente portava il trattamento preferenziale da deroga al principio di uguaglianza a una concreta applicazione del principio stesso, ovvero poteva riprendere il cammino intrapreso con la sentenza *Kalanke* e dichiarare di conseguenza la normativa tedesca non conforme alla normativa europea.

La Corte sceglie di non seguire né l'una né l'altra via. Rileva, invece, come il legislatore del Land dell'Assia abbia optato per ciò che viene comunemente definita una “quota finale flessibile” le cui caratteristiche consistono, da un lato, nel fatto che la norma non stabilisce unitariamente le quote valide per tutti i settori e i servizi interessati ma ritiene degne di rilevanza le particolarità di essi ai fini della fissazione degli obiettivi vincolanti. Osserva, inoltre, che la norma tedesca non prevede necessariamente dall'inizio, in maniera automatica, che il risultato di ogni singola procedura di selezione, in una situazione di stallo a causa della parità di qualifiche dei candidati, debba obbligatoriamente essere a favore del candidato di sesso femminile¹⁹³. Pertanto alla luce di siffatte considerazioni dichiara la legittimità delle misure preferenziali in quanto vocate a realizzare una parità sostanziale anziché formale, riducendo le disuguaglianze di fatto che possono sopraggiungere nella vita sociale.

¹⁹² P.to 26 conclusioni A.G. Per la prima volta emerge la posizione di favore verso le misure che abbandonando l'impostazione di creazione dei medesimi punti di partenza, individuano meccanismi effettivi di preferenza in favore delle donne.

¹⁹³ P.to 28 della sentenza della Corte.

Qui la Corte compie una rilettura del caso *Kalanke* e del caso *Marschall* giungendo a ritenere compatibili con il dettato europeo la normativa tedesca purchè le misure che individuavano una preferenza per i candidati di sesso femminile aventi una qualificazione pari a quella dei loro concorrenti di sesso maschile siano tali da non accordare la preferenza in modo automatico ed incondizionato, e consentano un esame obbiettivo delle candidature che tenga conto della situazione personale di tutti i candidati¹⁹⁴.

Pertanto, la Corte giungeva ad ammettere la legittimità della normativa tedesca; in particolare riconoscendo la legittimità della misura che riservava alle donne la metà dei posti di formazione per le quali lo Stato non aveva il monopolio della formazione al fine di consentire l'accesso a professioni qualificate in cui le stesse non erano sufficientemente rappresentate. Infatti la Corte dichiara che l'art. 2 c. 4 della dir. 76/207 "avendo lo scopo, preciso e limitato, di autorizzare provvedimenti che, pur apparendo discriminatori, mirano effettivamente a eliminare o a ridurre le disparità di fatto che possono esistere nella realtà della vita sociale, autorizza misure nazionali in materia di accesso al lavoro, ivi compresa la promozione, le quali, favorendo in special modo le donne, perseguono lo scopo di migliorare la loro capacità di competere sul mercato del lavoro e di effettuare una carriera in posizione di parità rispetto agli uomini"¹⁹⁵.

Con il caso *Abrahamsson*¹⁹⁶ la Corte è chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità con il diritto comunitario del regime nazionale svedese finalizzato a

¹⁹⁴ La Corte dichiara, inoltre "che spetta al giudice nazionale valutare, alla luce di quanto precede, se la normativa controversa nella causa principale garantisca che le candidature siano oggetto di una valutazione obbiettiva che tenga conto della situazione personale particolare di tutti i candidati"; p.to 37.

¹⁹⁵ P.to 19 della sentenza.

¹⁹⁶ C-407/98. Premesso che l'ordinamento svedese prevede che ai fini dell'assunzione nella pubblica amministrazione, possono essere presi in considerazione esclusivamente criteri oggettivi di giudizio quali il merito e la competenza ed i candidati devono essere selezionati in base alla loro competenza, a meno che "motivi particolari" non giustifichino il ricorso a criteri alternativi; inoltre la legge svedese sull'eguaglianza uomo-donna ammette l'adozione di misure di discriminazione positiva, ed in particolare l'art. 16, c.2. p. 2, dispone che non vi è discriminazione tra i sessi qualora la decisione rientri nel quadro degli sforzi in favore dell'uguaglianza uomo-donna nella vita professionale. In particolare il settore dell'insegnamento negli istituti superiori disciplinato dal reg. 100/93 disponeva che i criteri per l'assegnazione di un posto di insegnamento devono consistere nei meriti di natura scientifica, artistica, pedagogica, amministrativa o altra riguardante in particolare la disciplina di insegnamento relativa al posto da assegnare e la natura del medesimo. Deve essere tenuta ugualmente in conto la capacità del candidato di dare informazioni sulla sua ricerca e sul suo lavoro, nonché devono essere altresì prese in considerazione, al momento dell'assegnazione del posto, le ragioni oggettive che coincidono con gli scopi generali della politica del mercato del lavoro,

favorire l'assunzione delle donne negli istituti superiori e nelle università il quale prevede la possibilità - e in alcuni casi l'obbligo - dell'amministrazione di assumere il candidato del sesso sottorappresentato anche nel caso in cui non sia risultato il più idoneo in base ai suoi meriti e alle sue qualifiche.

Il caso riguarda il bando pubblicato dall'Università di Göteborg per l'assegnazione di un posto di professore; il bando conteneva la precisazione che il posto doveva considerarsi parte del programma adottato dall'Università volto a promuovere le pari opportunità. Al momento della selezione la Commissione esaminatrice seleziona i candidati con due scrutini diversi, il primo si basa solo su meriti scientifici, il secondo prendeva in considerazione i criteri indicati per promuovere le azioni positive ai sensi del reg. 100/95. La vincitrice del concorso rinuncia e quindi la valutazione circa i requisiti degli altri candidati in graduatoria viene rimessa alla valutazione della commissione esaminatrice la quale dichiarava che la differenza di qualifiche tra il secondo candidato e la terza candidata in graduatoria era rilevante e mostrava perplessità circa l'assegnazione del posto alla candidata terza in graduatoria.

Tuttavia il posto viene assegnato, appunto, alla terza classificata ritenendo che la differenza di qualifiche non fosse tale da rendere l'azione correttiva in contrasto con il criterio di oggettività di selezione dei candidati. Pertanto veniva presentato ricorso dai candidati non vincitori adducendo quale motivazione che l'assegnazione del posto è stata posta in essere in violazione del regolamento 100/95 della legislazione svedese e delle norme comunitarie, nonché dell'indirizzo espresso dalla giurisprudenza comunitaria con il caso Kalanke.

dell'uguaglianza, della politica sociale e della politica del lavoro. L'art. 15 bis introduce una sorta di trattamento preferenziale nel caso in cui un istituto di insegnamento superiore abbia deciso di applicare la discriminazione positiva nell'assegnazione di un posto e nel quadro del programma di azioni finalizzate a favorire la parità dei sessi nella vita professionale. Al momento dell'assegnazione, una persona appartenente al sesso sottorappresentato che possieda dei meriti sufficienti quali quelli previsti dall'art. 15, primo comma, può essere designata al posto di un candidato dell'altro sesso che avrebbe altrimenti ottenuto il medesimo posto.

La discriminazione positiva non può comunque applicarsi se la differenza tra le qualifiche è talmente rilevante che una tale applicazione comporterebbe l'inosservanza dell'esigenza di oggettività nell'assegnazione dei posti”.

L'Avvocato Generale, lo stesso del caso *Badeck*, ha rilevato nelle proprie conclusioni che il regime svedese consentiva, e in taluni casi imponeva di dare la preferenza al candidato sottorappresentato anche nel caso in cui le qualifiche e i meriti risultassero inferiori a quelli del candidato all'apice della graduatoria, e non era previsto in capo all'amministrazione che procedeva alla selezione di prendere in considerazione situazioni di ordine personale.

La Corte, quindi, censurava il criterio svedese con cui veniva fornita la preferenza alle donne, anche se con qualifiche inferiori rispetto agli uomini, in quanto introduceva un metodo di selezione basato esclusivamente sull'appartenenza al sesso femminile.

C A P I T O L O T E R Z O

**Dalle tecniche di normazione hard law a quelle di
soft law**

* * *

SOMMARIO: 1. 1. La discriminazione diretta 1.1. La posizione della Corte di Giustizia 2. La discriminazione indiretta 3. Le azioni positive 3.1. Le azioni positive nel sistema statunitense 3.2. Le azioni positive nella giurisprudenza della Corte di Giustizia 3.3. Le azioni positive nel diritto comunitario 4. Il gender mainstreaming 5. Il dialogo sociale 6. Il Metodo Aperto di Coordinamento 6.1. Dal metodo comunitario alla Strategia per l'occupazione 6.2. Strumenti di soft law e SEO 6.3. La Strategia di Lisbona e il Metodo Aperto di Coordinamento

1. La discriminazione diretta

Normalmente per discriminazione diretta si intende un comportamento discriminatorio posto in essere allorché un soggetto, a causa di determinate caratteristiche soggettive, è trattato in modo meno favorevole di quanto lo sia un altro soggetto in situazione analoga.

Tale concezione presuppone, perché si possa parlare di discriminazione diretta, la sussistenza di un comportamento intenzionalmente discriminatorio. L'attenzione, inoltre, viene rivolta al soggetto che discrimina e sulla dimostrazione della sussistenza di un intento discriminatorio¹⁹⁷.

Nell'individuazione della discriminazione diretta non interessa tanto che le situazioni siano regolate bene o male, non interessa l'allocazione delle risorse, quanto che le situazioni simili non siano trattate diversamente provocando uno svantaggio.

Tecnicamente, dunque, si può parlare di discriminazione solo quando la differenza è prodotta rispetto a situazioni comparabili e giuridicamente simili, oppure quando a situazioni oggettivamente diverse è praticato un trattamento identico¹⁹⁸.

Pertanto, il giudizio volto all'accertamento della sussistenza di una discriminazione diretta dipende dalla preliminare assunzione di uguaglianza delle fattispecie poste a confronto e rispetto alle quali un individuo lamenti di aver subito un trattamento meno favorevole¹⁹⁹.

¹⁹⁷ Strazzari D., op. cit., rileva come l'elemento intenzionale costituisce elemento centrale, nel sistema statunitense, per valutare quando si sia di fronte ad una discriminazione diretta piuttosto che indiretta, così come in Francia, sebbene la ricerca dell'elemento intenzionale poggia su norme di diritto penale, p.58

¹⁹⁸ De Marzo G., a cura di, *"Il codice delle pari opportunità"*, Giuffrè 2007, p.138, l'A. sostiene che si è di fronte all'applicazione della massima aristotelica secondo cui l'uguaglianza deve essere intesa come trattamento uguale in situazioni uguali e disuguale di situazioni disuguali.

¹⁹⁹ Nella causa C-148/02, *Garcia Avello*.

La Corte era stata chiamata a pronunciarsi circa la domanda di cambiamento del cognome dei figli presentata dal padre signor Garcia, cittadino spagnolo residente in Belgio. Il padre era un cittadino spagnolo e la madre una cittadina belga, mentre i loro figli avevano doppia cittadinanza. All'atto della registrazione della loro nascita in Belgio, ai figli era stato attribuito il doppio cognome portato dal padre - Garcia Avello - composto, in conformità alla legge e all'uso spagnoli, dal primo elemento del cognome del padre e dal primo elemento del cognome della madre di quest'ultimo.

In seguito i genitori chiedevano alle autorità belghe di ottenere il cambiamento del cognome dei figli in Garcia Weber, di modo che il cognome di questi rispecchiasse il modello spagnolo e comprendesse il primo elemento del nome del padre seguito dal cognome (da nubile) della madre degli stessi. Tale domanda veniva respinta in quanto contraria alla prassi vigente in Belgio. Il Conseil d'État adiva la Corte di Giustizia per sapere se principi di diritto comunitario come

Tradizionalmente le origini della regolamentazione dell'istituto della discriminazione diretta si è soliti ricondurle alla legislazione statunitense²⁰⁰, e ai primi atti normativi britannici, legislazioni entrambe tese a regolamentare la discriminazione sulla base della razza e dell'origine etnica e che individuano la discriminazione diretta come un comportamento intenzionalmente discriminatorio²⁰¹, la cui sussistenza può essere provata ricorrendo a presunzioni e dove comunque per intento discriminatorio non si deve intendere l'*animus nocendo*, in quanto la dimostrazione della sussistenza di questo elemento assume rilievo solo al fine dell'ottenimento di una maggiorazione del riconoscimento del risarcimento del danno²⁰².

A livello comunitario la definizione di discriminazione diretta resta estranea al quadro normativo disegnato dal legislatore europeo dagli anni '70 agli anni '90, e neppure il progetto di riforma²⁰³ della direttiva 76/207 evidenziava l'esigenza di codificare la definizione della nozione di discriminazione.

A ben vedere la direttiva 76/207 non definiva in alcun punto il concetto di discriminazione, gli unici richiami riguardavano all'art. 2 c. 1 in riferimento al principio della parità di trattamento come assenza di qualsiasi discriminazione fondata sul sesso, direttamente o indirettamente, in particolare mediante riferimento allo stato matrimoniale o di famiglia. L'indicazione all'art. 3 c. 1 secondo cui l'applicazione del principio della parità di trattamento implica l'

quelli in materia di cittadinanza dell'Unione europea e di libera circolazione delle persone ostino ad un tale rifiuto.

L'Avvocato Generale, nelle proprie conclusioni, ritiene di indagare se il rifiuto da parte dell'autorità belga configuri una discriminazione sulla base della cittadinanza. Egli, quindi, afferma che nel diritto comunitario per discriminazione si intende il fatto di trattare diversamente situazioni oggettivamente simili o di trattare allo stesso modo situazioni oggettivamente diverse. Il governo belga, per parte sua, sosteneva che la prassi amministrativa su cui era basato il rifiuto si applicava ad una singola categoria di persone oggettivamente distinguibile dalle altre - quella dei figli aventi doppia cittadinanza belga e spagnola, nati in Belgio - e che pertanto non è discriminatoria.

L'Avvocato Generale non condivide la posizione del governo belga ed afferma che nel diritto comunitario per discriminazione si intende il fatto di trattare diversamente situazioni oggettivamente simili o di trattare allo stesso modo situazioni oggettivamente diverse, p.to 62, e prosegue sostenendo che trattamento discriminatorio può essere giustificato se è basato su considerazioni oggettive e commisurate allo scopo legittimamente perseguito dall'ordinamento nazionale, p.to 67; vedasi sul punto Iliopoulou A. *"What's in a name? Cityenneté, égalité et dorit au nom; à propos de l'arrêt Garcia-Avello"*, RTD eur. 40 (3) juill.-sept. 2004, p. 565 ss.

²⁰⁰ Civil Rights Act (CRA) del 1964.

²⁰¹ Strazzari D., op. cit. 56. Secondo l'A. "l'intento discriminatorio equivale alla consapevolezza da parte del convenuto che la propria decisione è stata assunta in base a considerazioni relative a caratteristiche soggettive" p. 77.

²⁰² Diversamente sia nell'ordinamento europeo che nell'ordinamento italiano si è partiti dalla necessità di normare la parità di trattamento tra uomini e donne

²⁰³ COM 2000-334 del 07.06.2000.

assenza di qualsiasi discriminazione fondata sul sesso per quanto riguarda le condizioni di accesso , compresi i criteri di selezione , agli impieghi o posti di lavoro qualunque sia il settore o il ramo di attività , e a tutti i livelli della gerarchia professionale e da ultimo all'art. 4 lett. c) il legislatore comunitario dispone che l'orientamento, la formazione, il perfezionamento nonché l'aggiornamento professionali, fatta salva l'autonomia accordata in alcuni Stati membri a taluni istituti privati di formazione, siano accessibili secondo gli stessi criteri e agli stessi livelli senza discriminazione basate sul sesso. Non viene, dunque, data alcuna definizione circa il concetto di discriminazione, rimettendo da un lato agli Stati membri in occasione del recepimento della direttiva, il compito di provvedervi, e dall'altro alla Corte di Giustizia il compito di definire i contenuti.

Con l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam e il nuovo art. 141 e art. 13, il concetto di discriminazione diretta assume contorni ben delineati. Successivamente con l'adozione della direttiva 2000/43 in tema di parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica²⁰⁴ non viene riportato il modello tradizionale di discriminazione diretta fondato sul necessario e preventivo accertamento di un effettivo trattamento più sfavorevole della vittima rispetto ad un soggetto terzo la cui situazione viene ad essere utilizzata quale parametro di comparazione, ma viene individuata una nuova definizione di discriminazione che richiama non solo un giudizio sul trattamento attuale o passato di una persona nella stessa situazione, ma anche in relazione alla valutazione di quello che sarebbe stato il trattamento eventuale di un soggetto, uomo o donna, solo ipotetico, che si fosse trovato nella stessa situazione²⁰⁵. E proprio l'utilizzazione, per la prima volta, del condizionale da parte del legislatore comunitario, ad esprimere la riconosciuta ammissibilità di comparazioni anche soltanto virtuali con riguardo cioè a termini di riferimento non reali ma ipotetici²⁰⁶.

²⁰⁴ Direttiva 2000/43/CE del Consiglio del 29 giugno 2000 che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica. Questa direttiva ha avuto il pregio di andare oltre l'ambito di applicazione, peraltro ridotto, della direttiva 76/207, andando a disciplinare ulteriori settori quali la protezione civile, compresa la sicurezza sociale, l'assistenza sanitaria, le prestazioni sociali, l'istruzione, l'accesso ai venni e servizi e loro fornitura.

²⁰⁵ Par. 2 lett. a) sussiste discriminazione diretta quando, a causa della sua razza od origine etnica, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga. La direttiva 2000/78/CE al par. 2 lett. a) riporta la medesima definizione.

²⁰⁶ Izzi D., in *"Discriminazione senza comparazione? Appunti sulle direttive comunitarie di "seconda generazione"*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2003, 424

Questa nuova definizione di discriminazione diretta adottata proprio dalla direttiva 2002/43²⁰⁷, viene ripresa anche dalla direttiva 2000/78²⁰⁸ prima e dalla direttiva 2006/54²⁰⁹ poi; si assiste ad una metamorfosi del principio di non discriminazione da un'ottica esclusivamente economica tesa alla realizzazione del mercato unico in un'ottica che supera i confini giuslavoristici e si fa carico di ambiti quali istruzione, protezione sociale, assistenza sanitaria²¹⁰.

1.1 La posizione della Corte di Giustizia: il termine di paragone adottato.

La Corte di Giustizia è stata chiamata ben presto ad esprimersi circa l'identificazione e la sussistenza di una discriminazione diretta. Nel caso *Dekker*²¹¹ la Corte per individuare l'esistenza della discriminazione ha ritenuto di

²⁰⁷ 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.

²⁰⁸ Relativa alla parità di trattamento in relazione a religione, convinzioni personali, handicap, età e tendenze sessuali.

²⁰⁹ In precedenza contenuta nella direttiva 2002/73.

²¹⁰ A testimonianza di questo cambio di ottica la direttiva 2000/43 dichiara che le discriminazioni basate sulla razza o sull'origine etnica possono pregiudicare il conseguimento degli obiettivi del trattato CE, in particolare il raggiungimento di un elevato livello di occupazione e di protezione sociale, il miglioramento del tenore e della qualità della vita, la coesione economica e sociale e la solidarietà; esse possono anche compromettere l'obiettivo di sviluppare l'Unione europea in direzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia. (Considerando 9), e prosegue dichiarando che per assicurare lo sviluppo di società democratiche e tolleranti che consentono la partecipazione di tutte le persone a prescindere dalla razza o dall'origine etnica, le azioni specifiche nel campo della lotta contro le discriminazioni basate sulla razza o l'origine etnica dovrebbero andare al di là dell'accesso alle attività di lavoro dipendente e autonomo e coprire ambiti quali l'istruzione, la protezione sociale, compresa la sicurezza sociale e l'assistenza sanitaria, le prestazioni sociali, l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura, (Considerando 12).

²¹¹ C-177/88; vedasi anche Crudden C., "L'efficacit  des normes communautaires relatives   l' galit  entre les hommes et les femmes" in *Droit social*, 6/1994 p. 604 ss. Martin D., "Discriminations", "entraves" et "raison imperieuses dans le Trait  CE: trois concepts et qu te d'identit ", in *Cahiers de droit europ en*, 2008, p. 311.

Nel caso in esame la Corte era stata chiamata a pronunciarsi, dalla Corte olandese, in relazione agli artt. 2 e 3 della direttiva 76/20 circa la liceit  di un rifiuto d'assunzione per causa di gravidanza in relazione al principio della parit  di trattamento in materia d'accesso all'impiego e, d'altro canto, circa le conseguenze di un'eventuale infrazione al principio comunitario sotto il profilo delle norme di diritto nazionale in materia di responsabilit  civile.

Nel giugno 1981 la sig.ra Dekker si candidava ad un posto di educatore presso il centro di formazione per giovani Plus di Wormer nei Paesi Bassi ed il 15 giugno 1981 provvedeva ad informare la commissione esaminatrice di essere incinta di tre mesi.

La stessa commissione proponeva la sig.ra Dekker alla direzione del centro come la candidata pi  idonea a svolgere le mansioni in questione. Tuttavia il 10 luglio 1981, la sig.ra Dekker riceveva una lettera del centro con cui l'amministrazione la avvisava di aver deciso di soprassedere all'assunzione in quanto, dopo aver consultato il fondo d'assicurazione contro i rischi inerenti alle

ricorre come criterio di riferimento alla valutazione se la persona avrebbe subito un trattamento meno favorevole se non fosse stato per il sesso, consentendo di valutare se il sesso è l'unica causa della differenza di trattamento e, in caso di esito affermativo, può essere qualificata come discriminatoria.

La Corte, nel caso *Dekker*, era stata chiamata a decidere nel caso di rifiuto di assunzione di una donna in stato di gravidanza circa la sussistenza o meno di una discriminazione. La Corte ha, qui, applicato il cosiddetto "but for test" cioè ha provveduto a verificare se la donna in gravidanza avesse subito un certo trattamento solo in virtù del suo status, e se tale trattamento, risultasse essere sfavorevole se comparato con quello di un'altra donna, di un uomo o della ricorrente stessa se non fosse in gravidanza.

Nel caso di specie la Corte ha utilizzato come termine di paragone lo stato di malattia, in particolare lo status dell'uomo malato, giungendo ad affermare che il rifiuto di assumere una donna in gravidanza costituisce una discriminazione diretta a motivo del sesso, in quanto la gravidanza è uno status esclusivamente femminile, indipendentemente dall'aggravio economico a carico del datore di lavoro²¹², e che comunque lo stato di gravidanza in nessun caso può essere assimilato allo stato di malattia²¹³.

prestazioni sociali dell' insegnamento speciale era stata informata che non le sarebbero state rimborsate le indennità giornaliere da corrispondersi in caso di maternità e che non avrebbe quindi potuto assumere un supplente durante il congedo di maternità. Gli impiegati del centro di formazione non sono soggetti alla legge generale sull' assicurazione contro le malattie in quanto il loro rapporto è disciplinato contemporaneamente da un decreto reale del 19 dicembre 1967 e da un regolamento in materia d' indennità giornaliera di malattia che può contemplare disposizioni derogatorie. Resta inteso che i diritti conferiti ai lavoratori da questa disciplina non devono essere minori di quelli che scaturirebbero a loro vantaggio dall' applicazione del decreto.

Orbene l' art . 3 c.1 del decreto in oggetto assimila la gravidanza ed il puerperio ad un impedimento a svolgere un' attività lavorativa per causa di malattia. Inoltre l'art. 6 del regolamento dispone che "la direzione (del Risicofonds) ha facoltà di rifiutare integralmente o parzialmente il versamento delle indennità giornaliera di malattia ad un affiliato nel caso in cui un assicurato venga colpito da incapacità di svolgere le proprie mansioni nei sei mesi successivi all' entrata in vigore dell' assicurazione, se al momento di detta entrata in vigore lo stato di salute dell' interessato lasciava chiaramente prevedere il verificarsi di detta incapacità nei sei mesi successivi ". In questo caso il datore di lavoro, che deve versare le indennità giornaliera ai dipendenti durante il congedo di malattia, fatta salva la facoltà di chiedere un rimborso al Risicofonds, non ottiene alcun rimborso da parte di quest' ultimo e il versamento delle indennità va interamente a suo carico. I giudici di merito, investiti della questione, avevano ritenuto che il rifiuto d' assunzione opposto dal centro di formazione fosse incompatibile con la legge olandese sulla parità di trattamento tra i due sessi in quanto norma di recepimento della direttiva del Consiglio 76/207/C.E.E., riconoscendo, tuttavia, che le difficoltà finanziarie che avrebbe incontrato il centro di formazione assumendo la sig.ra Dekker rappresentavano un motivo di deroga che privava il rifiuto d' assunzione di qualsiasi carattere illecito .

²¹² P.to 32 delle conclusioni dell'Avvocato Generale Darmon.

²¹³ Già con la sentenza *Hertz, C- 179-88*, la Corte affermava che le assenze per malattia non possono essere equiparate alle assenze dovute al congedo di maternità; vedasi Masselot A., Berthou

Nel caso *Webb*²¹⁴ la Corte è chiamata a pronunciarsi circa la sussistenza di una discriminazione diretta fondata sul sesso in caso di una lavoratrice licenziata a causa dello stato di gravidanza, per individuare l'indice di confronto si chiede la Corte se il licenziamento, in un caso quale quello controverso nella causa principale, costituisca una discriminazione fondata direttamente sul sesso ai sensi della direttiva, a tal fine occorre accertare se la causa essenziale del licenziamento valga indistintamente per i lavoratori dei due sessi ovvero, al contrario, esclusivamente per uno di essi.

La Corte conclude affermando che “è fin troppo evidente che la cessazione di un contratto di lavoro a causa dello stato di gravidanza riguarda unicamente le donne e costituisce pertanto una discriminazione diretta fondata sul sesso. La Corte ha già avuto modo di pronunciarsi in tal senso sia nella sentenza *Dekker*, con riguardo al rifiuto di assumere una donna incinta, sia nella sentenza *Hertz*, in relazione al suo licenziamento, statuendo che il licenziamento di una lavoratrice a motivo della sua gravidanza rappresenta, non diversamente dal rifiuto di assumere una donna incinta, una discriminazione diretta fondata sul sesso.

K., “*La CJCE, le droit de la maternità et le principe de non discrimination – vers une clarification*”, in *Cahier de droit européen*, 2002, p. 650 ss.

E l'Avvocato Generale Tesauro, nelle conclusioni del caso *Webb*, C-32/93 afferma che “lo stato di gravidanza non può essere equiparato ad una malattia...Ciò che invece può rilevarsi, per quanto possa essere un rilievo banale, è che una donna malata è trattata allo stesso modo di un uomo malato, quale che sia l'origine della sua malattia. Una donna in stato di gravidanza, invece, non può, per questo solo fatto, essere svantaggiata fino al punto di essere esclusa dal mondo del lavoro”; p.to 14.

²¹⁴ Causa C-32/93 la Corte dalla House of Lords investiva la Corte di Giustizia dell'interpretazione della 76/207/C.E.E., chiedendo in particolare se il principio della parità di trattamento uomo-donna, quale esplicitato nella direttiva, si opponga al licenziamento di una donna in stato di gravidanza, assunta sulla base di un contratto a tempo indeterminato ma al fine specifico di sostituire nell'immediato un'altra dipendente nel corso del congedo di maternità di quest'ultima.

La ditta EMO occupava all'epoca dei fatti 16 lavoratori, nel giugno 1987, una delle quattro persone addette alle operazioni di importazione, la signora Stewart comunicava lo stato di gravidanza, e l'azienda decideva di non attendere l'inizio del congedo di maternità dell'interessata per assumere una sostituta, di modo che la signora Stewart potesse formare quest'ultima nei sei mesi precedenti il congedo. Pertanto si provvedeva all'assunzione della signora Webb al fine, in un primo tempo, di assicurare la sostituzione della signora Stewart dopo un periodo di formazione, pervedendo anche che signora Webb continuasse a lavorare presso la EMO anche dopo il rientro della signora Stewart.

Iniziato a lavorare, la signora Webb sopra lo stato di gravidanza e di lì a poco riceve la lettera di licenziamento. La signora Webb proponeva quindi ricorso presso l'Industrial Tribunal, adducendo una discriminazione diretta fondata sul sesso e, in via subordinata, una discriminazione indiretta. Le doglianze della signora Webb non trovavano accoglimento, pertanto la stessa presentava appello innanzi la Court of Appeal che autorizzava la signora Webb a proporre ricorso dinanzi alla House of Lords. Investita della questione la House of Lords presentava domanda pregiudiziale alla Corte di Giustizia.

Pertanto il licenziamento di una lavoratrice per il solo fatto che sia in stato di gravidanza costituisce una discriminazione diretta basata sul sesso, è contrario all' art. 5, n. 1, della direttiva 76/207²¹⁵.

La Corte sempre nella causa *Webb* non risponde all'invito, presentato dal giudice a quo, di esaminare se la situazione di una donna che non è in grado di svolgere i compiti per i quali è stata assunta, a motivo di una gravidanza resa nota poco dopo la stipulazione del contratto di lavoro, possa raffrontarsi a quella di un uomo che è colpito dalla stessa incapacità per motivi di salute o di altro genere, in quanto “lo stato di gravidanza non è in alcun modo assimilabile ad uno stato patologico, a *fortiori*, a un' indisponibilità non derivante da ragioni di salute”.

E ancora la Corte, nella sentenza *Thibault*²¹⁶, ribadisce, facendo proprie le osservazioni espresse dalla Commissione, nel proprio intervento, che la

²¹⁵ P.ti 8 e 9 della sentenza *Webb*.

²¹⁶ *C-136-95*; Masselot A., Berthou K., “*La CJCE, le droit de la maternité et le principe de non discrimination – vers une clarification*”, in *Cahier de droit européen*, 2002, p. 640. Qui la Cour de cassation francese sottoponeva alla Corte di Giustizia, ex art. 177 del Trattato CE la questione pregiudiziale sull'interpretazione della direttiva 76/207/C.E.E., questione è sollevata nell'ambito di una controversia tra la Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés e la signora Thibault, vertente sul diniego opposto dalla CNAVTS di procedere alla redazione delle note di qualifica della signora Thibault per l'anno 1983.

La signora Thibault veniva assunta in qualità di dipendente del ruolo tecnico nel 1973 dalla CNAVTS e successivamente nel 1983 promossa al posto di redattore giuridico. Nello stesso anno si assentava per malattia, per poi fruire di un congedo di maternità dal 13 giugno al 1 ottobre 1983, in base all'art. 45 del contratto collettivo, e poi di un congedo di maternità col cinquanta per cento della retribuzione dal 3 ottobre al 16 novembre 1983, conformemente all'art. 46 del medesimo contratto.

Tuttavia la Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés si rifiutava di redigere il rapporto informativo della signora Thibault per l'anno 1983, documento valido per l'avanzamento di carriera, adducendo che la signora non aveva il minimo di presenze previste dal contratto collettivo, e pari a mesi sei, che le dessero diritto ad avere il rapporto informativo.

La signora Thibault pertanto adiva il Conseil de prud'hommes di Parigi, sostenendo che la mancata compilazione del rapporto informativo, dovuta alla sua assenza per maternità, costituiva un provvedimento discriminatorio che la privava di una possibilità di promozione; la sua doglianza trovava pieno avvolgimento. Tuttavia la Cour de cassation cassava la sentenza in quanto l'art. 31 del contratto collettivo non prevede l'iscrizione ipso iure nella tabella di avanzamento di carriera dei dipendenti della CNAVTS rinviando le parti dinanzi al Conseil de prud'hommes di Melun.

L' Autorità Giudiziaria adita accoglieva la doglianza della signora Thibault ritenendo che la mancata predisposizione del suo rapporto informativo la privava di una possibilità di promozione e che l'assenza per maternità doveva essere presa in considerazione alla stessa stregua di un periodo di presenza effettiva e l'inosservanza di tale obbligo costituiva una discriminazione vietata dall'art. L 123-1, lett. c), del Code du travail. La soccombente impugnava tale sentenza sostenendo che l'art. 31 del contratto collettivo non prevede l'iscrizione ipso iure nella cosiddetta «tabella di avanzamento per merito» dei dipendenti in possesso dei necessari requisiti, e che il periodo di “pratica professionale” previsto dal contratto andava tenuto distinto dalle presenze effettive sul posto di lavoro computate ai fini dell'elaborazione del rapporto informativo di un dipendente e che la mancata compilazione del rapporto informativo della signora Thibault non era fondata su considerazioni legate al sesso, poiché il principio dell'uguaglianza professionale può applicarsi soltanto a diritti potenzialmente riconosciuti ai lavoratori di entrambi i sessi, conformemente all'art. L 123-1, lett. c), del Code du travail. Essendo la norma in oggetto frutto del recepimento di direttive comunitarie la Cour de cassation decideva di sospendere il procedimento e di investire della questione la Corte.

gestazione è una situazione che riguarda solo le donne e quindi assimilare puramente e semplicemente le ferie di maternità ad un'assenza per malattia – mentre sono due situazioni ben diverse – costituisce una discriminazione diretta, nonostante l'obiettività del criterio che determina l'applicazione della norma, cioè l'assenza del posto di lavoro per più di sei mesi nel corso di un anno. La Corte, qui, fa proprio il criterio adottato dall'Avvocato Generale volto ad accertare la sussistenza o meno della discriminazione diretta, valutando se la norma contestata, che vale indistintamente per i due sessi, in quanto pone sullo stesso piano le ferie di maternità e l'assenza per malattia, garantisce la parità di trattamento in quanto le due situazioni risultano analoghe o se, diversamente, instaura una discriminazione diretta a motivo del sesso in quanto si applica lo stesso metro a situazioni diverse tenendo conto, per il calcolo della presenza nel posto di lavoro, di una licenza concessa solo alle donne²¹⁷.

Si afferma, dunque, un indirizzo della Corte secondo cui quando la decisione di un datore di lavoro di negare alla donna il posto di lavoro, di licenziarla, o di danneggiarla è collegato allo stato di gravidanza diviene superfluo procedere ad una puntuale comparazione, comparazione che resta indispensabile, invece in ogni altra ipotesi, per far emergere la valenza discriminatoria, sulla base del sesso, in relazione alla decisione assunta.

Nel caso *P. v. S.*, la Corte per decidere se si fosse o meno in presenza di una discriminazione diretta sulla base del sesso utilizza come termine di paragone la persona stessa prima e dopo l'evento.

Nel caso in esame la Corte viene chiamata a decidere se la discriminazione nei confronti dei transessuali rientra o meno nell'ambito di applicazione del divieto di discriminazione sulla base del sesso di cui alla direttiva 76/207²¹⁸. Il

²¹⁷ P.to 20 delle conclusioni.

²¹⁸ Il ricorrente, il signor P., lavorava in qualità di amministratore presso un istituto di insegnamento, che dipendeva dal Cornwall County Council; all'inizio dell'aprile 1992, P. informava S., direttore didattico e direttore incaricato della gestione e delle finanze del suddetto istituto, della sua intenzione di sottoporsi ad un ciclo di trattamenti per il mutamento di sesso. Tale ciclo s'iniziava con un periodo detto di "life test", durante il quale P. si vestiva e si comportava come una donna, periodo seguito da operazioni chirurgiche volte a dare a P. le caratteristiche fisiche di una donna. All'inizio del settembre 1992 P. riceveva un preavviso di licenziamento che scadeva il 31 dicembre 1992..

P. presentava ricorso contro S. e il Cornwall County Council innanzi all'Industrial Tribunal lamentando di essere stata vittima di una discriminazione fondata sul sesso, i resistenti sostenevano che il licenziamento di P. era dovuto all'esubero di personale. Il Tribunale adito, l'Industrial Tribunal, riconosceva che il licenziamento era dovuto all'intenzione di P. di cambiare sesso, benché vi fosse effettivamente esubero di personale, nonché che tale situazione non era contemplata dal Sex Discrimination Act del 1975 (legge relativa alle discriminazioni fondate sul sesso), in quanto il

Governo britannico, intervenuto nel procedimento, sosteneva, che nel caso di specie non si era di fronte ad alcuna discriminazione in quanto il datore di lavoro avrebbe parimenti licenziato un transessuale, se questi in una situazione analoga, fosse stato in precedenza di sesso femminile, e si fosse sottoposto ad intervento chirurgico, richiamandosi, quindi al noto principio di uguaglianza aristotelico.

La Corte, sebbene conscia che la direttiva 76/207 non fosse volta a a tutelare la posizione dei transessuali tiene in debita considerazione le osservazioni dell'Avvocato Generale laddove afferma che i transessuali non potevano non rientrare nell'ambito dell'applicazione della direttiva sia perché non possono essere considerati il terzo sesso²¹⁹, sia perché doveva essere riconosciuto loro un autonomo diritto all'identità sessuale. Pertanto, per riconoscere la sussistenza di una discriminazione diretta fondata sul sesso giunge ad affermare che le discriminazioni nei confronti dei transessuali si basano sostanzialmente sul sesso dell'interessato, sicché una persona, se licenziata in quanto ha l'intenzione di subire o ha subito un cambiamento di sesso, riceve un trattamento sfavorevole rispetto alle persone del sesso al quale era considerata appartenere prima di detta operazione²²⁰. Ecco dunque che il parametro valutativo di riferimento è da individuarsi nella comparazione tra la condizione della stessa persona prima e dopo l'intervento chirurgico di cambiamento di sesso.

La Corte, inoltre compie un richiamo espresso ai diritti fondamentali²²¹ laddove dichiara che il diritto di non essere discriminato in ragione del proprio

diritto inglese riguarda unicamente le situazioni nelle quali una donna o un uomo sono trattati in modo diverso in ragione della loro appartenenza a uno dei sessi. Secondo il diritto inglese si ritiene che P. sia sempre di sesso maschile.

Orbene, se P. fosse stata di sesso femminile prima della sua operazione per il cambiamento di sesso, il datore di lavoro l'avrebbe del pari licenziata in ragione di tale operazione. Il giudice a quo chiedeva se il caso di specie non rientrasse nella tale sfera di applicazione della direttiva.

Interessante la pronuncia della House of Lords, 06.05.2004, caso A. v. Chief Constable of West Yorkshire Police and another, in Saulnier-Cassia E. *"L'application du droit communautaire par les juridictions britanniques"*, in RTDeur. 41 (1) janv.-mars. 2005, p. 116.

²¹⁹ Nella sentenza al considerando 16, la Corte richiama la giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'Uomo secondo cui i transessuali sono persone che, pur appartenendo fisicamente ad un sesso, hanno la sensazione di appartenere all'altro sesso; esse cercano spesso di accedere ad un'identità più coerente e meno ambigua sottoponendosi a cure mediche e ad interventi chirurgici allo scopo di adeguare le loro caratteristiche fisiche al loro psichismo; I transessuali così operati formano un gruppo sufficientemente determinato e definibile" (sent. Rees, 17 ottobre 1986).

²²⁰ P.to 21 della motivazione della sentenza.

²²¹ P.to 19.

nesso costituisce uno dei diritti fondamentali della persona umana, di cui la Corte deve garantire l'osservanza²²².

Tuttavia Martin è assai critico nei confronti della posizione espressa dalla Corte nei casi *Defrenne* alla laddove afferma che l'art. 119 proibisce sia le "discriminations ouvertes" che le "discriminations déguisées" in quanto secondo l'Autore la distinzione operata ha come reale scopo quello di risolvere la questione circa l'effetto diretto di una disposizione del Trattato²²³

Di conseguenza, la sfera d'applicazione della direttiva 76/207 non può essere ridotta soltanto alle discriminazioni dovute all'appartenenza all'uno o all'altro sesso; tenuto conto del suo scopo e della natura dei diritti che mira a proteggere, la direttiva può applicarsi anche alle discriminazioni che hanno origine, come nella fattispecie, nel mutamento di sesso dell'interessata.

Infatti, siffatte discriminazioni si basano essenzialmente, se non esclusivamente, sul sesso dell'interessato. Così, una persona, se licenziata in quanto ha l'intenzione di subire o ha subito un cambiamento di sesso, riceve un trattamento sfavorevole rispetto alle persone del sesso al quale era considerata appartenere prima di detta operazione.

Sicché la Corte si è discostata in modo decisivo da un'interpretazione del principio della parità di trattamento fondata sul tradizionale confronto tra un dipendente di sesso maschile e un lavoratore di sesso femminile. Infatti la Corte non ha ritenuto rilevante il fatto che non vi fossero motivi per credere che una donna che intendesse mutare di sesso verrebbe trattata in modo più favorevole di un uomo che intendesse cambiare sesso. La Corte non ha limitato il principio della parità di trattamento unicamente ai casi di discriminazione derivante dall'appartenenza all'uno o all'altro sesso; la questione fondamentale consisteva

²²² In tal senso la *causa C-149/77, Defrenne*, e cause riunite 75/82 e 117/82, *Razzouk e Beydoun/Commissione*, al punto 17 la Corte afferma che "dans le relations entre les institutions communautaires, d'une part, et leurs employés et les ayants droit de ceux-ci, d'autres part, les exigences qu'impose ce principe ne sont nullement limitées à celles découlant de l'art. 119 du Traité C.E.E. ou des directives communautaires adoptées dans ce domaine". Diversamente si esprime nella sentenza *Grant* affermando che benché il rispetto dei diritti fondamentali che fanno parte integrante dei detti principi generali costituisca un presupposto della legittimità degli atti comunitari, tali diritti non possono di per sé comportare un ampliamento dell'ambito di applicazione delle disposizioni del Trattato oltre i poteri della Comunità (p.to 45).

²²³ Martin D., "Discriminations", "entraves" et "raison imperieuses dans le Traité CE: trois concepts et quête d'identité", in *Cahiers de droit européen*, 2008, p. 306; l'A. rileva per discriminazioni dirette et ouvertes si intendano quelle suscettibili di essere "constatées à l'aide des seuls critères d'identité de travail et d'égalité de rémunération retenus par l'art. 119" "mentre le discriminazioni indirette "ne peuvent être identifiées qu'en fonctions de dispositions d'application plus explicites, de caractère communautaire ou national, et l'art. 119 ne produit un effet direct qu'à l'égard des premières"

nel fatto che il licenziamento era fondato esclusivamente o essenzialmente sul sesso. Così facendo la Corte ha interpretato il principio comunitario della parità di trattamento in modo che quest'ultimo possa applicarsi ai casi di discriminazione fondata sul sesso che si riscontrano nella vita relazionale attuale.

In senso negativo rispetto al caso P., invece, si è espressa la Corte nel caso *Grant*²²⁴. Qui l'Avvocato Generale afferma che nulla si rinviene del resto nel Trattato sull'Unione europea né nel Trattato che istituisce la Comunità europea da cui risulti che i diritti e obblighi derivanti dal Trattato CE, ivi compreso il

²²⁴ *C-249/96*; qui la signora Grant veniva assunta nel giugno 1983 come impiegata presso la British Railways Board; nel marzo del 1995 il suo rapporto di lavoro veniva trasferito alla South-West Trains Ltd, consociata detenuta al 100% dalla British Railways, privatizzata l'anno seguente. Il contratto di lavoro prevedeva all'art. 8 una disposizione relativa alle "agevolazioni di trasporto" del secondo cui "il dipendente potrà fruire dei viaggi gratuiti o a prezzo ridotto spettanti ai dipendenti della sua categoria. I coniugi e le persone a carico fruiranno anch'essi di agevolazioni di viaggio. La concessione delle condizioni speciali di viaggio rientra nella discrezionalità del (datore di lavoro) e sarà revocata in caso di abuso...Le agevolazioni di viaggio sono concesse per il 'common law opposite sex spouse' del dipendente (...) su presentazione di una dichiarazione solenne che attesti l'esistenza di una relazione significativa da almeno due anni (...)". Ai sensi degli artt. 10 e 11 delle Ticket Regulations il lavoratore ha altresì diritto ad agevolazioni di trasporto a favore dei figli non coniugati conviventi con il dipendente. Inoltre l'art. 12 prevedeva che "i biglietti a tariffa ridotta possono essere concessi (...) per una collaboratrice domestica residente in via permanente con il richiedente e interamente a carico di quest'ultimo (...)» purché il lavoratore viva solo o con un coniuge invalido. La nozione di parentela ricomprende, stando a questa disposizione, la madre, il padre, il fratello, la sorella, la figlia o il figlio. Il signor Potter, che occupava precedentemente il posto di lavoro della signora Grant, aveva a suo tempo presentato una dichiarazione attestante che egli viveva con la convivente da più di due anni e pertanto aveva ottenuto le agevolazioni di viaggio a favore della convivente.

Nel gennaio del 1995 la signora Grant chiedeva analogamente le agevolazioni di trasporto a favore della convivente, la signora Jillian Percy, sottoscrivendo contestualmente una dichiarazione di vita comune con "la persona descritta come "common law spouse" nella sua domanda di concessione delle agevolazioni di trasporto, nell'ambito di una "common law relationship" e che ciò si è protratto per un periodo continuo di almeno due anni (...)". La domanda della signora Grant veniva respinta in quanto le agevolazioni ex art. 8 delle Ticket Regulations non venivano concesse a favore dei conviventi dello stesso sesso.

La signora Grant presentava ricorso contro la South-West Trains dinanzi all'Industrial Tribunal di Southampton, nel Regno Unito, assumendo che l'art. 119 del Trattato osta al diniego di concederle le agevolazioni di trasporto in quanto parte della sua retribuzione, a favore della convivente, mentre un dipendente di sesso maschile riceve in circostanze analoghe le agevolazioni di trasporto a favore della convivente.

Il Tribunale inglese investiva della questione la Corte di Giustizia, in particolare, chiedendo se "discriminazione fondata sul sesso", di cui all'art. 119 TCE, ricomprenda la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale del dipendente.

La signora Grant sosteneva innanzi alla Corte di Giustizia che il diniego ricevuto costituiva una discriminazione direttamente fondata sul sesso, ritenendo che il che il datore di lavoro avrebbe preso una decisione diversa se le agevolazioni controverse nel processo a quo fossero state richieste da un uomo convivente con una donna e non da una donna convivente con una donna. A supporto di ciò richiamava il fatto che il lavoratore di sesso maschile che occupava in precedenza il suo posto di lavoro aveva ottenuto agevolazioni di viaggio per la sua compagna, senza essere coniugato con quest'ultima, è sufficiente a configurare una discriminazione diretta fondata sul sesso. A suo parere, quindi, se un lavoratore di sesso femminile non fruisce degli stessi vantaggi di un lavoratore di sesso maschile, a parità delle altre condizioni, è vittima di una discriminazione fondata sul sesso (ricorre qui al cosiddetto metodo del but for test - criterio dell'elemento distintivo unico).

diritto di non essere oggetto di discriminazioni fondate sul sesso, non dovrebbero applicarsi agli omosessuali, agli handicappati, alle persone di una determinata origine etnica e alle persone di una determinata professione religiosa. L'uguaglianza dinanzi alla legge è un principio fondamentale di qualunque società retta dal diritto e quindi anche nella Comunità. I diritti ed obblighi derivanti dal diritto comunitario si applicano a tutti senza discriminazioni e quindi anche a coloro che sono omosessuali²²⁵.

Di diverso avviso è la Commissione secondo cui il diniego opposto alla signora Grant non è contrario all'art. 119 del Trattato né alla direttiva 75/117; prosegue affermando che la discriminazione lamentata dalla signora Grant non è fondata sul suo orientamento sessuale bensì sul fatto che non conduce una vita di "coppia" o con un "coniuge" nel senso in cui tali nozioni vengono intese dall'ordinamento giuridico della maggior parte degli Stati membri, dal diritto comunitario e dal diritto derivato dalla Convenzione. La Commissione ritiene, quindi, che la disparità di trattamento derivante dall'applicazione della normativa vigente nell'impresa in cui lavora la signora Grant non sia in contrasto con l'art. 119 del Trattato. La Corte, quindi, fa proprie le osservazioni della Commissione, richiamando il requisito della "convivenza stabile" che trova applicazione nei confronti degli uomini e delle donne e osserva che la signora Grant non può essere considerata vittima di una discriminazione direttamente fondata sul sesso, evidenziando, peraltro, che la possibilità di equiparare le relazioni stabili tra le persone dello stesso sesso e quelle tra persone di sesso opposto non trova riscontro nella normativa comunitaria. Tuttavia sebbene la Corte appare chiudere qualsiasi tipo di valutazione in merito, si affretta subito dopo ad affermare che, come rivela la Greco²²⁶, con l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam sarà possibile adottare provvedimenti volti ad eliminare diverse forme di discriminazione.

²²⁵ P.to 42.

²²⁶ Greco S. "Nuovi sviluppi in materia di tutela dei diritti fondamentali" in Riv.it.dir.pubbl. comun., 1998, p. 1378; Hoppe T., evidenzia come la direttiva 206/77 sia stata oggetto di un'interpretazione favorevole nei confronti dei transessuali, mentre la stessa direttiva è stata oggetto, proprio nel caso Grant, di un'interpretazione restrittiva nei confronti degli omosessuali; in "La protection contre la discrimination sexuelle à l'embauche en Europe" in Revue de droit international t droit comparé, Bruyant, 2002, p. 35.

2. La discriminazione indiretta.

La Corte di Giustizia quindi, come è stato osservato nel paragrafo che precede, ha sviluppato un concetto di discriminazione, sia sulla base della nazionalità che del sesso, che si caratterizza per l'applicazione di regole differenti a situazioni comparabili, o per l'applicazione della stessa regola a situazioni differenti.

Tuttavia tale approccio risulta del tutto privo di efficacia per quelle situazioni discriminatorie conseguenza di una legislazione che in apparenza, in virtù della formulazione linguistica neutrale si indirizza senza distinzione nei confronti di uomini e donne.

Nasce, quindi, l'esigenza di fornire una tutela anche per queste situazioni, facendo ricorso al concetto di discriminazione indiretta, le cui origini si possono ritrovare, ancora una volta, nelle pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti, che hanno influenzato prima le decisioni inglesi, e poi la stessa Corte di Giustizia.

La Corte americana nel caso *Griggs*²²⁷ richiede che la misura assunta e determinante un impatto discriminatorio dovesse essere *job related*, e potesse essere ammissibile, sotto il profilo discriminatorio, se legata al *business* necessità, individuando così un preciso legame tra la misura discriminatoria e le esigenze organizzative e di produzione aziendale.

Correttamente, a tal proposito, rileva la Nani²²⁸ che "tutte le volte in cui scelte e decisioni attinenti al mercato e al rapporto di lavoro producano effetti

²²⁷ *Griggs v. Duke Power*, il caso riguardava l'impresa convenuta la quale aveva mantenuto segregato il luogo di lavoro, e le mansioni più dure e meno qualificanti erano assegnate a persone di colore. A seguito dell'approvazione del Civil Rights Act del 1964, l'azienda si era vista costretta a modificare il proprio approccio, sicché aveva previsto come requisito per accedere alle qualifiche superiori il possesso del diploma di scuola superiore; tale decisione apparentemente neutra, nei fatti impediva qualsiasi avanzamento di carriera per la minoranza di colore. L'azienda sosteneva, in virtù della buona fede del proprio comportamento, che non si incorreva in una violazione del CRA, titolo VII, in quanto questo vietava condotte che esplicitamente distinguevano sulla base del parametro tutelato e rispetto le quali era predicabile un intendo discriminatorio, e la richiesta del titolo di studio era conforme al criterio meritocratico.

Tuttavia la Corte non condivide la tesi della convenuta ed afferma che CRA proibisce non solo i comportamenti manifestamente discriminatori, ma anche le prassi che sebbene apparentemente neutrali risultano di fatto discriminatorie; in questa circostanza non assume rilevanza l'intento discriminatorio, e la misura dovrà essere considerata discriminatoria se non giustificata da ragioni di business necessità.

Secondo la Suprema Corte dunque le finalità CRA consistono nell'effettivo raggiungimento di un'uguaglianza di opportunità, attraverso una rimozione di quegli ostacoli che ne impediscono il raggiungimento, concependo quindi la nozione di discriminazione indiretta quale strumento tipico di uguaglianza sostanziale.

²²⁸ Op. cit. pp. 376 -377.

proporzionalmente più vantaggiosi per uno dei due sessi, si deve procedere ad una correzione di tali effetti mediante la diretta attribuzione di vantaggi alla categoria svantaggiata; al contempo si deve riconoscere che la diretta attribuzione del bene o vantaggio non debba aver luogo laddove vi siano interessi dei lavoratori dell'altro sesso da tutelare o essenziali interessi aziendali". Si ritiene quindi che il diritto alla parità di trattamento comunque si trovi a dover essere oggetto di costante bilanciamento da un lato con i lavoratori dell'altro sesso, e dall'altro con gli interessi dell'impresa, sicchè pare che il diritto alla parità resti comunque un "diritto debole", e che il carattere di discriminarietà debba essere di volta in volta individuato sulla base di criteri di ponderazione degli interessi in gioco.

Nel caso *Jenkins*²²⁹, infatti, l'Avvocato Generale fa proprio l'indirizzo della Corte americana laddove afferma che la soluzione d'oltreoceano è l'unica che "permette di tenere conto dell'esigenza di impedire discriminazioni nei confronti delle donne, mascherate come differenziazioni tra lavoratori a tempo pieno e a tempo ridotto, e dall'esigenza di risparmiare ingiustizie a danno di un datore di lavoro che opera la differenza tra lavoratori a tempo pieno e lavoratori ad orario ridotto per valide ragioni che nulla hanno a che vedere con il sesso".

L'Avvocato Generale prosegue sottolineando come non sia sua intenzione cogliere le perplessità dell'adozione di una tale soluzione che potrebbe portare ad un sistema difficilmente controllabile, in quanto "spetta ai giudici nazionali effettuare tale sindacato". Viene, quindi, colto il profilo della pericolosità di indicazioni normative formalmente neutre, ma al contempo si rimette alla competenza del giudice interno l'individuazione dei contenuti.

²²⁹ C-96/80. La Corte di Giustizia veniva investita della questione con l'ordinanza dell'Employment Appeal Tribunal del Regno Unito circa l'interpretazione dell'art. 119 Trattato C.E.E. e l'art. 1 della direttiva 75/117 per il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative all'applicazione del principio della parità delle retribuzioni tra i lavoratori di sesso maschie e quelli di sesso femminile.

La questione riguardava una lavoratrice che lavorava ad orario ridotto in un'impresa del settore confezioni la quale lamentava di ricevere una retribuzione oraria inferiore a quella corrisposta ad un suo collega che prestava servizio a tempo pieno e svolgeva lo stesso lavoro. La lavoratrice lamentava, quindi, una violazione della clausola di parità inclusa nel suo contratto di lavoro ai sensi dell'Equal Pay Act del 1970 ai sensi del quale vi deve essere parità di retribuzione tra uomini e donne in qualsiasi caso in cui una donna venga assunta per effettuare un lavoro analogo a quello svolto da un uomo che occupa un posto identico.

Il Tribunale di primo grado rilevava che la clausola di parità non trovava applicazione qualora il datore di lavoro fosse in grado di dimostrare che la diversità esistente tra il contratto di lavoro di una donna e di un uomo fosse dovuta ad una differenza sostanziale diversa dalla differenza di sesso. Il giudice dell'appello investiva la Corte di Giustizia della questione. Martin D., "Discriminations", "entraves" et "raion imperieuses dans le Traitè CE: trois concepts et quête d'identité", in Cahiers de droit européen, 2008, p. 307.

A livello comunitario, è sempre il ruolo promotore della Corte di Giustizia che porta a sviluppare il concetto di discriminazione indiretta, nato dall'esame dei contenziosi in tema di parità di retribuzione ex art. 119 per poi giungere, come si vedrà oltre, all'elaborazione del concetto com'è individuato nelle direttive 2000/43 e 2000/78 e 2006/54.

Nella sentenza *Bilka*²³⁰ la Corte ha ritenuto che sussistesse una situazione discriminatoria quando l'applicazione di una misura nazionale, sia pur formulata in termini neutri, svantaggia una proporzione più ampia, o numericamente o in percentuale le donne rispetto agli uomini o in ogni caso un sesso rispetto all'altro salvo che l'adozione della misura non trovi una giustificazione in elementi obbiettivi non legati al sesso.

Pertanto, il datore di lavoro deve dimostrare che la politica intrapresa corrisponde ad un reale bisogno dell'impresa, ed è idonea al raggiungimento degli obbiettivi stabiliti e necessaria a tal fine²³¹. In tal senso i giudici di Lussemburgo hanno confermato l'indirizzo espresso nel caso *Danfoss*²³² in tema di prova della sussistenza della discriminazione indiretta. Essa, per la Corte, si configura sotto due profili: il primo relativo al richiedente che deve fornire la dimostrazione che la situazione in cui si trova colpisce un numero maggiore di donne rispetto agli uomini; il secondo profilo è in capo al datore di lavoro o allo Stato membro cui

²³⁰ C-170/84 La Corte Tedesca adiva la Corte di Giustizia per conoscere dell'interpretazione dell'art. 119 del Trattato in relazione alla controversia insorta tra l'impresa Bilka-Kaufhaus GmbH, e la dipendente Weber, la quale chiedeva di essere ammessa al beneficio della pensione di anzianità a carico del regime pensionistico complementare istituito dall'azienda in favore dei propri dipendenti, e che veniva riconosciuto anche in favore dei dipendenti con contratto a orario ridotto purchè avessero lavorato almeno 15 anni a tempo pieno su un periodo complessivo di 20 anni.

La signora Weber si vedeva rifiutare l'accesso al godimento del regime pensionistico non avendo raggiunto il periodo minimo richiesto; pertanto adiva il Tribunale del lavoro tedesco lamentando che detto regime era in violazione del principio della parità di retribuzioni di cui all'art. 119 Trattato C.E.E., e che il requisito del periodo minimo, di fatto, era in pregiudizio delle donne in quanto soggetti che maggiormente ricorrevano al lavoro ad orario ridotto per poter farsi carico degli impegni domestici.

Secondo l'azienda, invece, la doglianza non poteva trovare accoglimento in quanto la decisione di escludere tali lavoratori dal regime delle pensioni aziendali trovava una giustificazione di tipo economico, in quanto l'utilizzo di lavoratori a tempo pieno riduceva le spese accessorie e permetteva di far lavorare il personale per l'intero orario di apertura dei negozi. La Corte tedesca quindi chiedeva alla Corte di giustizia se era ravvisabile una violazione dell'art. 119 del Trattato C.E.E., se si fosse di fronte ad una discriminazione indiretta costituita dal fatto che l'impresa, con personale prevalentemente femminile, esclude coloro che prestano servizio ad orario ridotto dal regime pensionistico, nonostante detta esclusione colpisca in prevalenza personale femminile. Ed in caso di risposta affermativa, la Corte tedesca chiedeva se poteva trovare giustificazione tale scelta aziendale volta a ridurre il personale a tempo ridotto, e da ultimo se l'azienda debba organizzare il proprio regime pensionistico tenendo conto dei dipendenti con carichi familiari.

²³¹ In tal senso vedasi Lanquentin M.T. "*La preuve de la discrimination: l'apport du droit communautaire*", Droit social, 5/1995, p. 436 ss, e Garrone P., "*La discrimination indirecte en droit communautaire: vers une théorie générale*", in RTD eur. 30 (3) juill.-sept. 1994, p. 425 ss.

²³² C-109/88.

spetta di fornire la prova che giustifica la misura o la situazione de quo. Secondo Crudden²³³ la prova fornita dal richiedente è priva di rilievo se essa non ha come conseguenza quella di imporre al datore di lavoro l'onere di provare che il comportamento, nella circostanza de quo, non è discriminatorio.

Infatti la Corte fa proprie le osservazioni della Commissione, rese in corso di causa, secondo cui il fatto di dimostrare che il datore adottando una certa prassi salariale che discrimina di fatto le lavoratrici persegue scopi diversi dalla discriminazione delle donne non è sufficiente per escludere una violazione dell'art. 119. Per giustificare tale prassi incombe sul datore l'onere di addurre i motivi economici obbiettivi attinenti alla gestione dell'impresa, nonché dimostrare che tale prassi sia necessaria e proporzionata agli scopi perseguiti dal datore di lavoro, mentre compito del giudice nazionale stabilire se ed in quale misura i motivi adottati dal datore di lavoro possano essere considerati motivi economici direttamente giustificati²³⁴.

La Corte, dunque, passa dal parametro del pregiudizio arrecato al singolo individuo, così come indicato nella sentenza *Defrenne II*, relativo alla discriminazione diretta, ad una dimensione di gruppo nel quale emerge il fenomeno discriminatorio. Infatti l'individuazione della discriminazione indiretta passa per la comparazione tra gruppi, e non più tra individui e alla rilevanza che assume all'ineguaglianza sostanziale.

Ulteriore elemento di distinzione tra la discriminazione diretta ed indiretta è che la prima si caratterizza per una disparità di trattamento da ricondurre ad uno dei fattori di discriminazione, quali sesso, razza, mentre nella seconda il fattore che causa la discriminazione è formalmente neutro.

Si è soliti parlare di discriminazione indiretta, invece, allorché un criterio o una disposizione, apparentemente neutri, mettono le persone di un determinato gruppo sociale di minoranza in una posizione di particolare

²³³ Crudden C., "*L'efficacité des normes communautaires relatives à l'égalité entre les homme et les femmes*" in *Droit social*, 6/1994 p. 608.

²³⁴ Considerando 35-36; nella causa Parliamentary Commissioner for Administration and the Health Service Commissioners . Fernandez – Employment appeal Tribunal, 5, 09.03, il giudice inglese ha ritenuto che il datore di lavoro debba fornire la prova dell'assenza di una discriminazione indiretta seguendo un percorso che deve poggiare su alcune tappe. In primo luogo deve fornire la prova che esiste una reale giustificazione – nel caso di specie relativa alla differenza salariale -, e di conseguenza deve dimostrare che la retribuzione meno favorevole ha il proprio fondamento nella valida giustificazione; deve, poi, fornire la prova che la giustificazione non poggia su una differenza sulla base del sesso; in Saulnier-Cassia E. "*L'application du droit communautaire par les juridictions britanniques*", in *RTDeur*. 41 (1) janv.-mars. 2005, p. 114 ss.

svantaggio rispetto ad altre persone²³⁵. Il fenomeno discriminatorio, in questo caso, viene individuato sulla base dell'effetto prodotto da una determinata misura, piuttosto che sull'intento del discriminante²³⁶.

Il legislatore europeo tiene conto dell'elaborazione giurisprudenziale e se nella direttiva 76/207 non compariva alcuna definizione di discriminazione, già nella direttiva 97/80/CE²³⁷ in tema di onere della prova nei casi di discriminazione basata sul sesso, provvede ad individuare quale discriminazione indiretta "una posizione, un criterio, o una prassi apparentemente neutri che colpiscono una quota nettamente più elevata di individui d'uno dei due sessi a meno che tale disposizione, criterio o prassi siano adeguati e necessari e possano essere giustificati da ragioni obbiettive non basate sul sesso"²³⁸. Si osserva come la nozione coniata con la direttiva 97/80 abbandona il requisito, perché si possa parlare di discriminazione indiretta, di effetti svantaggiosi prodotti da prassi neutre che colpiscano in modo proporzionalmente maggiore uno dei due generi per abbracciare il requisito della quota nettamente più elevata di individui di uno stesso sesso, cui accompagna il criterio delle "ragioni necessarie" a giustificare il *disparate impact*.

In relazione al criterio di giustificazione chiesto per legittimare l'adozione di criteri più svantaggiosi per uno dei due sessi, la Corte, sino all'adozione della direttiva 97/90 aveva richiesto talvolta l'indicazione di cause di giustificazione diverse dal sesso, l'imposizione di cause di giustificazione poggianti sul carattere

²³⁵ A meno che tale disposizione, criterio o prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo perseguimento siano appropriati e necessari.

²³⁶ Questa nozione è stata ampiamente elaborata dalla Corte Suprema degli Stati Uniti, partendo dalla causa *Griggs v. Duke Power*, e interpretando il Civil Rights Act del 1964, sostenendo che lo scopo della legislazione antidiscriminatoria è quello di perseguire un'effettiva eguaglianza di opportunità attraverso una rimozione degli ostacoli che ne impediscono il perseguimento. La Corte Suprema si è spinta oltre individuando comportamenti che anche se formalmente neutri possono costituire impedimenti per i membri di alcuni gruppi di minoranza nel raggiungimento di una effettiva uguaglianza di opportunità. La posizione della Corte americana ha ampiamente influenzato il sistema inglese, che a sua volta ha influenzato il sistema americano.

²³⁷ Oggi confluita nella direttiva 2006/54.

²³⁸ Art. 2, par. 2; la dottrina correttamente evidenzia come la nozione di discriminazione indiretta cui il Legislatore europeo giunge è frutto di un iter lungo e faticoso, proprio per la difficoltà di dissarin in una fonte normativa comunitaria detta definizione; vedasi in tal senso Nanì L., "Uguaglianza tra lavoratori e lavoratrici nel rapporto di lavoro", in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 78, 1998, 2., pp. 360-361. Infatti l'approvazione della direttiva 97/80 era stata preceduta da quattro proposte di direttiva presentate nel corso di nove anni.

necessario²³⁹ dell'attività produttiva, ovvero sull'inevitabilità dell'impatto più svantaggioso, o a ragioni di mercato.

Successivamente la direttiva 2000/43 definisce discriminazione indiretta “una posizione, un criterio, o una prassi apparentemente neutri che possono mettere persone di una determinata razza o etnia in una posizione di particolare svantaggio²⁴⁰”. Una definizione analoga viene riportata nella direttiva 2006/54 laddove individua come discriminazione indiretta una “situazione, un criterio o una prassi apparentemente neutri posso non mettere in una posizione 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”²⁴¹.

Scompare, dunque, nelle direttive di seconda generazione il riferimento alla “quota nettamente più elevata di individui appartenenti ad uno dei due sessi”, e viene posto in evidenza la rilevanza non tanto della dimensione quantitativa del fenomeno²⁴² quanto della produzione di un particolare svantaggio a carico delle persone di un determinato sesso rispetto a quelle dell'altro sesso.

Nella definizione fornita dalla direttiva 97/80 è l'elemento quantitativo ad essere determinante quasi indipendentemente dalla circostanza della qualità di trattamento riservato, mentre nelle direttive di seconda generazione assume rilevanza la produzione di un particolare svantaggio rispetto alle persone di un altro sesso indipendentemente dalla quantità delle persone coinvolte.

L'abbandono dell'approccio quantitativo fa venire meno la necessità del raggiungimento della prova tramite l'allegazione di dati statistici. Il ricorso alla prova statistica è sempre risultato particolarmente problematico specie in quei Paesi, come l'Italia in cui non vi è una sistematica rilevazione dei dati statistici, manca una conoscenza diffusa di questi strumenti per monitorare la realtà

²³⁹ Nel contesto normativo italiano tale riferimento era già stato inserito con la legge 125/91 in tema di azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro, sebbene non risulta, a livello di giurisprudenza interna, che si sia fatto largo uso di questo criterio.

²⁴⁰ Art. 2 par. 2 lett b).

²⁴¹ Art. 2, par. 1 lett b).

²⁴² L'approccio quantitativo alla nozione di discriminazione diretta era l'elemento caratterizzante la direttiva sull'onere probatorio.

sociale²⁴³. A ciò aggiungasi che neppure le istituzioni comunitarie né la Corte hanno mai dato indicazioni sufficientemente precise al riguardo.

Correttamente Veneziani B. osserva che affinché si possa ricorrere all'azione positiva quale la quota o la percentuale riservata è necessario che la strategia di predisposizione della stessa sia supportata da dati quali l'organico aziendale esistente, il settore economico, il mercato d' lavoro esterno rispetto all'insediamento produttivo, la mobilità in uscita, il carattere temporaneo della quota, e la sua idoneità a porsi come strumento di riequilibrio; nonché elementi quali il livello culturale e la professionalità richiesta.

Nella sentenza *Enderby*²⁴⁴, la Corte, per bocca dell'Avvocato Generale, in relazione alla discriminazione indiretta afferma che “la figura giuridica della

²⁴³ Diversamente il Canada fa ampio uso dell'indagine statistica per rilevare la presenza di discriminazioni indirette. In tal senso vedasi *“Etude comparative de la collecte des données visant à mesurer l'étendue et l'impact de la discrimination dans certains pays”* – Projet Medis – Commission Européenne – DG Emploi et Affaires Sociales – mai 2004.

Nel documento *“Lutte contre la discrimination multiple: pratiques, politiques et lois”* Commission européenne D.G. emploi, affaires sociales et égalité des chances - Unité G.4 – septembre 2007 si afferma che “ La collecte des données permet aux décideurs et autres parties prenantes dans le domaine de la lutte contre la discrimination et en faveur de l'égalité de traitement, de cibler leurs efforts afin de protéger efficacement les groupes vulnérables formés d'individus victimes de discrimination. L'absence de données concernant des groupes particulièrement vulnérables rend invisible la situation de personnes dont l'identité se situe à l'intersection de différents groupes et renforce l'idée selon laquelle cette forme de discrimination ne se produit pas. Il s'agit en outre d'un obstacle à l'identification de solutions adéquates à la discrimination multiple”.

La Commissione, DG lavoro, affari sociali e pari opportunità, ritorna sull'importanza del dato statistico nel lavoro pubblicato nel marzo 2007, *“Mantenere in pratica la parità – Il ruolo dell'azione positiva”*, p.23-24, laddove afferma che “Pregiudizi impliciti o procedure apparentemente neutre hanno rivelato la loro natura discriminatoria solo tramite il loro impatto sui gruppi. Le statistiche su processi, selezioni e casi giudiziari rendono possibile a una terza parte il monitoraggio dei risultati. Uno svantaggio “proporzionalmente maggiore” è considerato discriminatorio solo se è significativo, ossia se non può essere spiegato con normali variazioni o giustificato con criteri pertinenti. Lo sviluppo di indicatori permette di valutare la rilevanza delle statistiche. Le prove statistiche possono svolgere un ruolo fondamentale per stabilire l'esistenza di discriminazione sistemica o indiretta. La ricerca e l'analisi da parte della scienza sociale dei casi di discriminazione creano un corpus di conoscenze che, evidenziando le differenze nei dati dei sondaggi e dei censimenti, dimostra la natura strutturale della discriminazione.

Anche la dottrina italiana si esprime sull'importanza del dato statistico e fattuale; al riguardo vedasi Cerri A., Veneziani B., *“Le azioni positive dopo la sentenza Marschall. Le opinioni di”*, in Dir. Lav. Rel. Ind., 78, 1998, 2, p 415.

²⁴⁴ C-127/92; la Court of Appeal dell' Inghilterra e del Galles sottoponeva alla Corte di Giustizia alcune questioni pregiudiziali vertenti sull' interpretazione dell' art. 119 del Trattato, che sancisce il principio della parità di retribuzione tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile, in quanto dr.ssa Pamela Enderby, logopedista, alle dipendenze della Frenchay Health Authority (FHA), riteneva vittima di una discriminazione salariale fondata sul sesso, in quanto, al suo livello d' inquadramento nell' ambito del Sistema Sanitario coloro che esercitano la sua professione, alla quale si dedicano prevalentemente donne, percepiscono una retribuzione notevolmente inferiore a quella di coloro che esercitano professioni analoghe in cui, ad un livello di carriera equivalente, gli uomini sono più numerosi delle donne.

Pertanto citava in giudizio il suo datore di lavoro dinanzi ad un Industrial Tribunal, facendo valere che la propria retribuzione annua era di sole 10 106 , mentre quelle relative alle

discriminazione indiretta consente di far rientrare nel divieto di discriminazione basata sul sesso anche disparità di trattamento per le quali esista una giustificazione obbiettiva, ma che, tuttavia, si risolvano in uno svantaggio per la donna”. La tesi secondo cui la discriminazione indiretta può configurarsi soltanto qualora esistano un presupposto o un ostacolo più difficili da soddisfare o da superare per le donne che per gli uomini, e quindi tali da determinare una situazione di svantaggio per le donne, coglie soltanto in parte l'essenza della discriminazione indiretta. Se l'applicazione di un criterio obiettivo giunge in definitiva a creare uno svantaggio per la donna, ciò implica che, volendo rimediare a tale svantaggio, il ricorso al criterio obiettivo va considerato parte integrante del comportamento illecito. Qualora sia accertato che il gruppo delle donne risulta sfavorito rispetto al gruppo comparabile dei lavoratori maschi (addetti allo stesso lavoro o ad un lavoro di uguale valore nella stessa azienda o impresa), non è necessario dimostrare l'esistenza di ulteriori elementi tramite i quali venga attuata la disparità di trattamento²⁴⁵.

funzioni di psicologo clinico principale e di farmacista principale di grado III, funzioni equivalenti alla sua, erano rispettivamente di 12 527 e di 14 106. La domanda veniva respinta dall'Industrial Tribunal in quanto le differenze di retribuzione derivavano dalla specifica organizzazione di ciascuna categoria professionale ed in particolare dal fatto che erano stati stipulati contratti collettivi distinti, non aventi carattere discriminatorio. Successivamente anche il giudice d'appello considerava che dette differenze non erano dovute ad un intento discriminatorio. Inoltre riteneva che era stato provato come la situazione del mercato del lavoro incidesse in parte sulla differenza di retribuzione fra logopedisti e farmacisti e che ciò era sufficiente per giustificare globalmente l'accertata differenza fra queste due categorie. La Court of Appeal, ritenendo, invece, che la definizione della controversia dipendeva dall'interpretazione dell'art. 119 del Trattato rinviava la causa innanzi alla Corte di Giustizia.

L'Avvocato Generale afferma che per comprendere se si è di fronte ad un'ipotesi di discriminazione salariale, è necessario compiere alcune osservazioni: “la giurisprudenza si serve delle nozioni tipiche di discriminazione diretta e discriminazione indiretta, ciò non significa affatto che le possibili forme di discriminazione in ragione del sesso siano stabilite tassativamente, il che viene confermato da uno sguardo alla classificazione ammessa nel diritto britannico, qual è stata illustrata nel presente procedimento: che si parli di discriminazione diretta volontaria o involontaria e di discriminazione indiretta volontaria o involontaria prova che per lo stesso fenomeno esistono quattro possibili categorie giuridiche. Scopo della classificazione è quello di individuare i vari modi in cui la donna può essere danneggiata nella vita professionale, non certo quello di creare ulteriori ostacoli quanto alla possibilità di far valere in giudizio discriminazioni salariali fondate sul sesso. Perciò, non si deve assumere un atteggiamento formalistico quando si tratta di classificare le forme concrete sotto le quali si presenta la discriminazione delle donne nella vita professionale; si deve, quindi, procedere pragmaticamente. Nei casi di discriminazione diretta è necessario e sufficiente effettuare un concreto raffronto tra la retribuzione di una lavoratrice e quella di un lavoratore che svolga lo stesso lavoro o un lavoro equivalente presso lo stesso datore di lavoro (p.to 19).

²⁴⁵ Duthiel de la Rochère J., Grief N. “*Application du droit communautaire et juridictions britanniques*”, in RTD eur., 31 (4), oct.-déc. 1995, p. 814: nel caso *Bhudi et autres v. IMI Refiners LTD. – Employment Appeal Tribunal (1994) 2 CMLR 296* sebbene il Tribunale del lavoro in seconda istanza ritiene invece di non poter interpretare la prima sezione del Sex Discrimination Act 1975 in senso conforme alla posizione espressa dalla giurisprudenza comunitaria nel caso *Enderby* in quanto secondo la legislazione inglese “il y a discrimination indirecte si on applique à une femme une exigence ou une condition également appliquée à un homme mais qui est telle que

Nei casi di discriminazione indiretta finora sottoposti al giudizio della Corte, la situazione sfavorevole dei lavoratori di sesso femminile era determinata dal riferimento ad un criterio obiettivo. Lo svantaggio derivava, in definitiva, dalla più forte incidenza del criterio sulle donne. Queste, secondo la Corte, possono essere discriminate per motivi connessi alla funzione sociale della donna. Ad esempio, tramite il collegamento al criterio del lavoro ad orario ridotto, "tenuto conto delle difficoltà incontrate dalle lavoratrici per poter lavorare a tempo pieno", la Corte riconosce che, normalmente, per le donne, dato il ruolo da loro svolto nella famiglia e nell'educazione dei figli, è molto difficile lavorare a tempo pieno. Stando così le cose, se in certi casi le donne sono costrette a lavorare ad orario ridotto, il riferimento al lavoro ad orario ridotto si ripercuote specificamente sulle donne"²⁴⁶.

L'importanza della sentenza *Enderby*, secondo la Lanquentin²⁴⁷ consiste nel riferimento "non più ad una discriminazione indiretta ma a quella di discriminazione apparente"²⁴⁸. Tale nozione è più ampia della precedente "mais elle permea de couvrir avec même mode de raisonnement relatif au droit de la preuve de situations de fait dans lesquelles la discrimination ne résulte pas d'une mesure prise par un employeur ou en État membre mais a pour origine des représentations, une histoire des identités professionnelles".

Nella sentenza viene dato rilievo, inoltre, ai dati statistici affermato che spetta al giudice nazionale valutare se possono essere presi in considerazione, cioè se riguardano una popolazione sufficiente, se non riflettono fenomeni puramente fortuiti o congiunturali e se, in generale appaiono significativi.

Nella sentenza *Seymour – Smith*²⁴⁹ le ricorrenti per comprovare di essere vittime di discriminazione indiretta producono davanti al giudice nazionale dati

la proportion de femmes qui peuvent s'y conformer est considérablement plus faible que la proportion d'hommes qui le peuvent et qui ne peut être justifiée, et qui se révèle être préjudiciable aux femmes qui ne peuvent s'y conformer. La jurisprudence *Enderby* pour sa part ne soumet pas le constat d'une situation de discrimination indirecte à l'identification d'exigences ou de conditions".

²⁴⁶ P.ti 27-30 delle conclusioni dell'Avvocato Generale.

²⁴⁷ Lanquentin M.T., "La preuve de la discrimination: l'apport du droit communautaire", *Droit social*, 5/1995, p. 436 ss.

²⁴⁸ Sul tema vedasi la sentenza *Sarl Usai Champignons c. Mme Fabienne Douarre* de la Chambre Sociale du 16.01.1965.

²⁴⁹ *C-167/97*; la House of Lords sottoponeva alla Corte, ai l'interpretazione dell'art. 119 del Trattato CE, nonché la direttiva 1976, 76/207/CEE, relativa all'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.

La questione concerneva due vicende: la prima relativa alla signora Nicole Seymour-Smith che nel 1990 aveva iniziato a lavorare come segretaria presso la C. & Co. Estate Agents. Dopo circa

statistici volti a dimostrare che la misura contestata colpiva maggiormente donne rispetto agli uomini dal momento che la percentuale di donne con meno di due anni di lavoro in relazione alla percentuale totale delle lavoratrici risulterebbe superiore alla percentuale di uomini che hanno compiuto un simile periodo di lavoro in relazione alla percentuale totale dei lavoratori uomini. Inoltre la misura contestata costituiva discriminazione indiretta dal momento che riguarda un numero relativamente maggiore di donne che di uomini e non è obiettivamente giustificata.

due mesi il suo datore di lavoro iniziò a trattarla in maniera umiliante, sottolineando che il datore di lavoro una volta licenziata la persona addetta alle pulizie, le chiese di pulire l'ufficio, sostenendo che ciò rientrava nelle sue mansioni di segretaria ed era un "lavoro da donna", inadeguato al personale maschile dell'ufficio; inoltre, le si rivolgeva con appellativi offensivi di fronte al resto del personale. L'anno successivo la signora Seymour-Smith veniva licenziata; decideva quindi di adire l'Industrial Tribunal chiedendo che il suo licenziamento fosse dichiarato illegittimo e che il datore di lavoro fosse condannato a indennizzarla.

Il ricorso è stato dichiarato irricevibile dal momento che la ricorrente non aveva completato il periodo di due anni di attività lavorativa ininterrotta presso il suo ex datore di lavoro, come stabilito dal decreto del 1985.

La seconda vicenda riguardava la signora Laura Perez la quale nel 1990 aveva iniziato a lavorare presso la M.S. Restoration Limited con la qualifica di office manager/personal assistant di uno dei direttori. Il direttore era soddisfatto delle sue prestazioni e le aveva ripetutamente promesso svariati benefici, fra cui quote di partecipazione nella società ed un posto di segretaria in una società che era in corso di costituzione. Tale società venne effettivamente costituita, ma la ricorrente non ebbe né il posto di segretaria né quote di partecipazione nella stessa e pertanto si lamentò presso il direttore. Qualche giorno dopo la ricorrente partì per le ferie ma, al suo ritorno, il 25 marzo 1991, il direttore le diede il preavviso di licenziamento.

La signora Perez decideva di adire l'Industrial Tribunal, lamentando l'illegittimità del suo licenziamento e chiedendo un indennizzo al suo ex datore di lavoro; il ricorso veniva dichiarato irricevibile dal momento che essa non aveva prestato attività di lavoro dipendente per un periodo superiore ai due anni come richiesto dal decreto del 1985.

Entrambe le donne si rivolsero alla High Court of Justice, Queen's Bench Division per essere autorizzate ad agire onde ottenere il controllo della legittimità («judicial review») del decreto del 1985, recante modifica dell'art. 64 della legge, a loro avviso incompatibile con la direttiva del Consiglio 76/207. Una volta autorizzate, di fronte alla Divisional Court, hanno sostenuto che la menzionata regola dei due anni costituiva una discriminazione indiretta nei confronti della donna e non era obiettivamente giustificata. A questo proposito, portarono all'evidenza dell'autorità giudiziaria dati statistici dai quali emergeva che nel periodo compreso fra il 1985 ed il 1990 la percentuale delle donne non conformi alla regola dei due anni era maggiore della percentuale degli uomini. Il Secretary of State non mise in discussione tali statistiche, ma affermò che queste non dimostravano la discriminatorietà della regola, la quale era comunque giustificata da motivi di politica sociale, consistenti nell'esigenza di agevolare i datori di lavoro nell'assumere più personale.

La Divisional Court rigettò la domanda, affermando che il decreto del 1985 non comportava trattamento discriminatorio nei confronti della donna vietato dalla direttiva 76/207 e che comunque, anche in caso affermativo, non erano stati forniti motivi oggettivi che dimostrassero la discriminazione.

Entrambe hanno proposto appello contro la decisione presso la Court of Appeal. E nel 1995 la Corte statui che il decreto del 1985 discriminava indirettamente le donne all'epoca di cui trattasi e costituiva una violazione della direttiva 76/207 non obiettivamente giustificata. Sicché autorizzò le ricorrenti a dedurre un nuovo argomento relativo alla contrarietà del decreto del 1985 all'art. 119 del Trattato. In sede di gravame contro la decisione della Court of Appeal, la House of Lords ha annullato in parte il provvedimento impugnato. Tuttavia, nutrendo dubbi quanto alla natura ed alla legittimità della misura nazionale in questione con riguardo al diritto comunitario, ha sottoposto alla Corte di giustizia l'esame della causa.

Tuttavia per la Corte non è sufficiente basarsi sul numero delle persone interessate in mancanza di un confronto con la popolazione attiva; i dati statistici devono dimostrare l'esistenza di un divario considerevole ovvero un divario meno consistente ma perdurante e relativamente costante nel corso di un lungo periodo. Anche qui spetta al giudice nazionale la valutazione circa la congruenza del dato statistico. La Corte precisa che "incombe sullo Stato membro, quale autore della norma che si presume discriminatoria, dimostrare che il dettato normativo risponde ad un obiettivo legittimo della sua politica sociale, che il detto obiettivo è estraneo a qualsiasi discriminazione fondata sul sesso e che lo stesso Stato poteva ragionevolmente ritenere che gli strumenti prescelti fossero idonei alla realizzazione di tale obiettivo"²⁵⁰.

Pertanto il mancato riferimento, nelle direttive di seconda generazione, a concetti matematico-statistici è stato visto come una evoluzione del regime probatorio, in quanto la sussistenza di un impatto discriminatorio potrà essere provato anche con strumenti diversi dal dato statistico²⁵¹.

Resta, comunque, complesso individuare l'ambito di applicazione delle diverse nozioni di discriminazione indiretta, a causa del loro succedersi nel tempo. La nozione indicata dalla direttiva 97/80/CE rileva solo in relazione all'onere della prova nei casi di discriminazione basata sul sesso.

La direttiva 2002/73/CE che modifica a direttiva 76/207 riprende la nozione individuata dalle direttive del 2000, tuttavia non abroga in modo espresso la direttiva in tema di onere della prova. Verrebbe dunque da chiedersi se la definizione introdotta con la direttiva 2002/73/CE, in quanto più vantaggiosa per il soggetto discriminato, può aver abrogato la direttiva 97/80/CE. D'altra parte la recente direttiva 2006/54/CE, che abroga le precedenti, definisce come discriminazione indiretta "la 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

²⁵⁰ Cons. 77; vedasi in tal senso Dutheil de la Rochère J., Grief N. "Application du droit communautaire et juridictions britanniques", in RTD eur., 31 (4), oct.-déc. 1995, p. 815 ss; e Dutheil de la Rochère J., Grief N. "Application du droit communautaire et juridictions britanniques", in RTD eur., 37 (2), avr.-juin., 2001 p. 457 ss.

²⁵¹ Secondo Stazzari D., op. cit. il legislatore comunitario, con l'adozione delle direttive di seconda generazione ha voluto recepire alcuni spunti provenienti dall'esperienza inglese in cui il riconoscimento di situazioni di discriminazioni indirette si fonda su valutazioni che costituiscono generalizzazioni di dati tratti dal sentire comune e dove l'esistenza di un situazione di indiretta discriminatorietà si può fondare anche a prescindere dalla prova statistica dell'esistenza dell'impatto differenziato.

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”.

Concludendo si può ritenere che la nuova definizione di discriminazione indiretta presenti tutte le potenzialità per divenire strumento importante di cambiamento sociale. Infatti l’approccio qualitativo, sulla base del quale assumono rilevanza situazioni che sono potenzialmente in grado di determinare un effetto disparato, l’irrigidimento del test di proporzionalità, attraverso l’individuazione non più di un rapporto di ragionevolezza bensì attraverso l’individuazione di un rapporto di necessità tra la misura adottata ed il fine perseguito, le disposizioni in tema di ordine probatorio sono tutte volte ad indebolire la posizione del convenuto, configurando secondo Strazzari la possibilità che la discriminazione indiretta si traduca in un obbligo di azione positiva.²⁵²

3. Le azioni positive.

3.1. Le azioni positive nel sistema statunitense.

Le azioni positive²⁵³ nascono e si sviluppano a partire dagli anni '60 negli Stati Uniti come rimedio alla difficile convivenza tra diverse formazioni sociali, etniche, linguistiche, e religiose. Inizialmente queste misure sono state introdotte quali misure di sostegno in favore della minoranza di colore.

Con il termine *affirmative actions* si indicano le azioni volte ad identificare e successivamente eliminare le discriminazioni, ovvero quei provvedimenti volti ad aumentare la partecipazione di gruppi protetti.

Esse garantivano un trattamento privilegiato ai gruppi minoritari che avevano subito discriminazioni nel passato attraverso il ricorso alla “*reverse*

²⁵² In tal senso Strazzati D., op. cit., p. 275.

²⁵³ Le *affirmative actions* hanno trovato regolamentazione a partire dall’Executive Order 10925 del marzo del 1961, con cui era fatto divieto al governo federale di compiere atti di discriminazione in base alla razza e al contempo istituiva il Comitato presidenziale per le pari opportunità nel campo dell’occupazione.

discrimination”; i primi programmi di azione riservavano una certa percentuale di posti agli appartenenti alle minoranze.

Il sistema statunitense compie una distinzione a seconda che le affirmative actions dovessero trovare applicazione nel settore pubblico o nel settore privato.

Per quanto concerne il settore pubblico trova applicazione la c.d. *equal protection clause*²⁵⁴ della Costituzione, e la Corte Suprema compie una valutazione assai rigorosa – *strict scrutiny test*²⁵⁵ – tesa all’accertamento dell’esistenza di un prevalente interesse pubblico, e valuta che l’azione sia configurata per soddisfare tale interesse, cioè deve tenere conto del requisito di proporzionalità.

Di rado la Corte americana si è pronunciata sulle controversie nel settore pubblico; la sentenza *Bakke*²⁵⁶ è la prima che riconosce la legittimità delle azioni positive. In essa il giudice Powell sostiene la tesi della non contrarietà all’ *equal protection clause* delle misure preferenziali basate sulla considerazione della razza a condizione che tali misure rispondano ad un *compelling state interest*, nel caso di specie individuato nella differenziazione del corpo studentesco. La strada aperta da Powell verrà percorsa nel caso *Jhonson* e nel caso *Grutter c. Bollinger*.

Con la sentenza *Croson*²⁵⁷, che vedeva come parte chiamata in causa un’ autorità pubblica locale che operava nel campo dei trasporti, la Suprema Corte ha affermato che le azioni positive per superare la presunzione di incostituzionalità, e ritenersi legittime devono perseguire un prevalente interesse pubblico.

Successivamente con la sentenza *Adarand*²⁵⁸ la Corte ha affermato che anche le azioni positive disposte da atti normativi federali devono essere sottoposte allo *strict scrutiny test*, dichiarando incostituzionale un contratto di di

²⁵⁴ XIV emendamento del 1868 in cui si dichiara che nessun individuo può essere privato della vita, della libertà, e della proprietà senza un regolare procedimento giudiziario che sia conforme ai principi costituzionali.

²⁵⁵ Questo test comporta un’ analisi che coinvolge due profili: il primo relativo alla classificazione operata dal legislatore/amministratore rispetto al fattore deve essere giustificato da un *compelling governmental interest*, e gli strumenti individuati devono essere strettamente proporzionali ad esso.

²⁵⁶ *Regents of University of California v. Bakke*, 1978; sentenza che verrà richiamata dall’Avvocato Generale nel caso *Kalanke*.

²⁵⁷ *Richmond v. J.A. Croson C.*, 488 U.S. 469 (1989).

²⁵⁸ *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 515 U.S. 200 (1995). In senso contrario la sentenza *Metro Broadcasting Inc. v. FCC*, 497, U.S. 547 (1990), dove la Corte statuisce che è sufficiente un *intermediate scrutiny*.

un'agenzia federale che prevedeva incentivi²⁵⁹ per le aziende appaltatrici che subappaltavano ad imprese controllate da gruppi etnici di minoranza.

Nel settore privato, invece, trova applicazione il Titolo VII del CRA del 1964²⁶⁰, il quale non individua una disposizione che espressamente legittima i privati ad assumere piani di azioni positive su basi volontarie, mentre attribuisce ai giudici federali il potere di imporre ai datori di lavoro siano essi pubblici o privati l'adozione di misure più congrue per rimediare al trattamento differenziale

Con il caso *United Steelworkers of America v. Weber*²⁶¹ la Corte ha riconosciuto la legittimità di un piano di azioni positive in favore di gruppi etnici di minoranza adottato volontariamente da un'impresa, in quanto il RCA ha come obiettivo quello di rimuovere ogni possibile manifestazione di discriminazione e cercare di integrare nella vita civile coloro che ne sono esclusi, e l'adozione di azioni positive da parte dei privati è coerente con simili finalità.

Il caso più noto è il caso *Johnson*²⁶², dove il piano di azioni positivo è stato considerato conforme al CRA in quanto lo stesso assurgeva a misura compensativa volta ad annullare il divario che gravava sui soggetti più deboli, per cui l'uguaglianza di trattamento si giustificava solo se prima veniva raggiunta l'eguaglianza di opportunità.

Si può dire che la Corte Suprema ritiene legittime le azioni positive, nel settore privato, in quanto si pongono come obiettivo di rompere con precedenti situazioni di segregazione.

²⁵⁹ Tale scelta era dettata in applicazione dell'Executive Order 11246 che dispone che le imprese con più di 50 dipendenti e che contrattano con la pubblica amministrazione per importi superiori ai 50.000 dollari devono sviluppare piani di azioni positive come condizioni per poter trattare con la pubblica amministrazione. Tali piani avevano l'obiettivo di assicurare la parità di trattamento in materia di assunzione, avanzamento di carriera, retribuzione, trasferimenti e formazione. Charpentier L., op. cit. p. 178, auspica in tema di attivazione di programmi di azioni positive l'adozione di "contract compliance programs" quale strumento di promozione delle azioni positive stesse.

²⁶⁰ I giudici, quindi, si sono avvalsi di questo potere sia per individuare sia semplici strumenti di ripristino della situazione precedente alla discriminazione, sia per individuare appositi programmi volti a garantire trattamenti preferenziali a favore dei membri del gruppo svantaggiato, a prescindere che il singolo appartenete al gruppo fosse stato personalmente vittima di atti discriminatori.

²⁶¹ 443 U.S. 193 (1979).

²⁶² *Johnson v. Transportation Agency, Santa Clara County*, 480 U.S., 616 (1987), controversia intentata contro un'agenzia pubblica che operava nel campo dei trasporti e che aveva adottato un piano di azioni positive in favore delle donne.

È interessante la sentenza *Grutter v. Bollinger*²⁶³ nella quale la Corte Suprema ha ritenuto legittima la politica di ammissioni adottata dalla Law School of Michigan, che prevedeva misure volte a favorire l'accesso a gruppi svantaggiati, in quanto i criteri utilizzati sono risultati essere flessibili, in particolare il criterio della razza, quale criterio di ammissione, è destinato ad essere superato allorché i trattamenti razziali preferenziali non saranno più necessari; interessante la tesi difensiva della Law School of Michigan secondo cui le azioni positive erano giustificate dalla necessità di garantire la diversità nel corpo studentesco come mezzo per raggiungere un'istruzione migliore²⁶⁴, facendo propria la tesi del giudice Powell, espressa nella sentenza *Bakke*.

Tuttavia nello stesso anno nella causa *Gratz v. Bollinger* la Suprema Corte si esprime in senso opposto rispetto alla sentenza *Grutter* ritenendo che l'utilizzo di criteri di preferenza razziale è in violazione del XIV emendamento e del Titolo VII del CRA.

Nel panorama statunitense, emerge come le *affirmative actions* diventano di difficile legittimazione in quanto il giudizio sulla loro ammissibilità è subordinato a forti vincoli, a discrezionalità, e al sentire storico-sociologico del momento; emerge, inoltre, una difficoltà a concepire le azioni positive come strumento di giustizia di gruppo mediante il quale perseguire l'obiettivo di una società capace di estendere le chances di sviluppo del personale anche ai gruppi che restano esclusi dalla società.

Da rilevare poi la forte critica mossa, nel contesto americano, che evidenzia sia l'arbitrarietà della scelta dei destinatari delle misure, in quanto soggetti non realmente deboli, in quanto capaci di compiere quell'attività di lobby che fa muovere l'autorità pubblica, sia che spesso l'adozione di queste misure ha avuto un effetto opposto rispetto a quello prefissato di annullare le differenze ai blocchi di partenza, contribuendo, invece, creare "sacche di inferiorità"²⁶⁵. Di

²⁶³ Sentenza *Grutter v. Bollinger* del 2003.

²⁶⁴ Nella propria difesa l'Università del Michigan aveva posto l'accento sulla volontà non di rimuovere, tramite l'azione positiva, gli ostacoli che impediscono una piena ed effettiva integrazione razziale, bensì sulla volontà di creare le condizioni, all'interno dei corsi di studio, per un proficuo scambio di idee tra gli studenti, vedasi Caielli M., "Azioni positive", Dig. Disc. Pubbl., 2008, 126.

²⁶⁵ Bruni M., in "Il codice delle pari opportunità", a cura di De Marzo G in De Marzo G., 259; a tal proposito l'A. segnala come da uno studio americano i nuovi soggetti ostili alle azioni positive sono proprio coloro che ne sono stati i maggiori destinatari, e cioè la nuova borghesia di colore e le donne in carriera, i quali rilevano, come le affermative actions "avvantaggiano solo i meno bravi della classe minoritaria favorita, preferendo i migliori contare esclusivamente sulle proprie forze", perché diversamente per tutta l'esistenza si sento di dover giustificare il successo sociale e/o professionale raggiunto grazie alle affermative actions.

diverso avviso la dottrina francese²⁶⁶ secondo cui la volontà che periodicamente emerge negli Stati Uniti di sopprimere i programmi relativi alle azioni positive è dovuto dalla presenza sulla scena politica di una maggioranza liberale, ovvero, a seconda del periodo storico, da periodi di difficoltà economiche.

Sono emersi, inoltre, tentativi di riproporre il tema delle azioni positive in cui il trattamento preferenziale viene accordato agli individui, a prescindere dall'identità collettiva, in ragione della loro condizione di grave inferiorità o svantaggio economico e sociale. Questo approccio permette una tutela individuale che produce, di fatto, effetti collettivi, favorendo più intensamente le minoranze e però mettendo una struttura formalmente neutrale. La dottrina ha correttamente osservato che in Europa, a differenza degli Stati Uniti, le azioni positive non hanno raggiunto la stessa diffusione, né tanto meno sono state oggetto di ampi dibattiti, in quanto hanno riguardato quasi esclusivamente la parificazione per ragioni di genere, e non sono promanate da esigenze di ordine sociale²⁶⁷.

3.2 Le azioni positive nella giurisprudenza della Corte di Giustizia.

La nozione di azione positiva fa il suo primo ingresso nel panorama europeo con la raccomandazione 84/235 con cui il Consiglio sollecita gli Stati membri a realizzare le pari opportunità tra uomini e donne, definendole attraverso il fine cioè quello di “eliminare le disparità di fatto di cui le donne sono oggetto nella vita lavorativa e favorire il loro inserimento nel mercato del lavoro”.

In tal senso Palici Di Suni E., “*Parità di genere*”, in Dig. Disc. Pubbl., 2008, 601. L'A. rileva come l'opinione pubblica americana sia convinta che trattamenti specifici a favore delle minoranze svantaggiate avrebbero l'effetto opposto di acuire il senso di inferiorità. Stati quali California, Florida, Michigan hanno modificato recentemente le proprie costituzioni proibendo trattamenti differenziali basati su razza, sesso, od origine etnica nell'ammissione ai corsi di istruzione pubblica, nelle assegnazioni in gara d'appalto.

In modo analogo si esprime Grossi A., “*La sentenza Kalanke: un'inversione di rotta nelle politiche comunitarie sulle pari opportunità*”, in Riv. it. dir. pubbl. comm., 1996, p. 686; l'A. afferma che “una donna sulla quale pesasse il dubbio proprio ed altrui di non essere stata assunta esclusivamente per le proprie capacità potrebbe venire a trovarsi in una situazione lavorativa tesa, costretta a dare il 200% di sé per dimostrare di meritare la propria posizione; e spesso questo non basterebbe”.

In tal senso vedasi anche Veronelli M., “*Le azioni positive nell'ordinamento giuridico comunitario*”, in Riv. it. Dir. pubbl. comunit., 01, 63,

²⁶⁶ Lanquentin M.T in “*De l'égalité des chances – A propos de l'arrêt Kalanke, CJCE 17 octobre 1995*”, Droit social, 5/1996, p. 500.

²⁶⁷ Vedasi in tal senso Nanì L. in “*Uguaglianza tra lavoratori e lavoratrici nel rapporto di lavoro*”, in Dir. Lav. Rel. Ind., 78, 1998, 2, p. 352

Per fare ciò il Consiglio esortava a seguire due strade da un lato eliminare o compensare gli svantaggi che derivano alle donne da atteggiamenti o comportamenti basati su una divisione tradizionale dei ruoli e dall'altro incoraggiare la partecipazione delle donne nei settori di lavoro in cui risultano maggiormente sottorappresentate.

Il Consiglio non si esime, in quell'occasione, dall'evidenziare che "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".

Tuttavia la scelta operata con la raccomandazione del 1984, cioè di non definire il concetto di azione positiva, ma di ricorrere a misure identificabili sulla base dell'obbiettivo da raggiungere, è stata oggetto di forte critiche da parte di Charpentier²⁶⁸ secondo il quale sebbene questa elencazione abbia il merito, in linea teorica, di allargare e diversificare il campo delle azioni positive, di fatto ha nuovamente portato le azioni positive al tradizionale obbiettivo della formazione delle donne.

L'adozione della raccomandazione, comunque, viene vista con favore, in quanto unico strumento giuridico, peraltro di soft law, fino ad allora predisposto dalle istituzioni comunitarie. Le indicazioni in essa riportate non sono cadute nel vuoto, in quanto sono state tenute in considerazione sia nel secondo programma di azione in materia di pari opportunità per gli anni 1986-90, sia nel FSE.

In particolare, il terzo programma d'azione per il periodo 1991-1995 individuava tra gli obbiettivi: la cura e lo sviluppo ulteriore delle disposizioni normative riguardanti la materia della parità di opportunità tra uomini e donne, misure per l'integrazione delle donne nel mercato del lavoro con iniziative di sensibilizzazione e diffusione dei temi di parità, miglioramento della condizione generale della donna nella società anche a livello di partecipazione attiva nel

²⁶⁰ Cit. op. 181; l'elencazione spazia dalla diversificazione delle scelte professionali, alla organizzazione dell'orario di lavoro, alla divisione delle responsabilità professionali e sociali.

L'A., inoltre, rileva come l'attenzione alla formazione professionale risulti essere una misura costante in pressoché tutti gli Stati Membri, formazione che se ha il pregio di ridurre lo scarto tra uomini e donne in tema di accesso a detti programmi, non assicura, come correttamente rileva l'A. l'eliminazione delle segregazioni.

processo decisionale nella vita pubblica economia, sociale ed economica. Si assiste, quindi, ad un periodo di forte spinta della programmazione comunitaria per la progettazione ed il finanziamento di azioni positive volte alla promozione dell'uguaglianza sostanziale.

Nel 1995 la Comunità Europea partecipa alla Conferenza di Pechino, recependone gli indirizzi²⁶⁹ ed in particolare il principio del *gender mainstreaming*, di cui si parlerà oltre.

Con l'adozione della comunicazione "Integrare la parità di opportunità fra le donne e gli uomini nell'insieme delle politiche e delle azioni comunitarie"²⁷⁰ trova accoglimento l'idea della riduttività e della limitazione insita nel considerare l'azione positiva quale unica misura idonea perseguire una politica di pari opportunità.

La Commissione prosegue nella comunicazione affermando che "l'Unione Europea stabilisce il principio in base al quale la parità tra le donne e gli uomini deve essere sistematicamente presa in considerazione in tutte le politiche e in tutte le azioni comunitarie, fin dal momento della loro concezione e in maniera attiva e visibile, *gender perspective*".

Nello stesso anno la Corte pronuncia la sentenza *Kalanke* con cui per la prima volta è chiamata a pronunciarsi sull'interpretazione dell'art. 2, n. 4, della direttiva 76/207 in rapporto ad un regime di quote a favore delle donne e, più in generale, rispetto ad azioni positive.

L'importanza della questione non è certo di poco conto; è qui in discussione il significato del principio di eguaglianza, la contrapposizione tra uguaglianza formale²⁷¹, intesa come parità di trattamento tra individui di gruppi diversi, e uguaglianza sostanziale, intesa come eguaglianza fra i gruppi. In definitiva, si chiede l'Avvocato Generale se il diritto di ogni individuo a non essere discriminato in base al sesso, riconosciuto dalla stessa Corte come un diritto

²⁶⁹ In occasione della Conferenza di Pechino vengono identificati 12 ambiti che devono essere oggetto di azioni specifiche e cioè le donne e la povertà, l'istruzione e la formazione delle donne, le donne e la salute, la violenza contro le donne, le donne ed i conflitti armati, le donne e l'economia, le donne, il potere ed il processo decisionale; i meccanismi istituzionali per la promozione delle donne, i diritti umani delle donne, le donne ed i mass-media, le donne e l'ambiente, e le donne più giovani.

²⁷⁰ COM (96)67 def.

²⁷¹ Martin D., "Discriminations", "entraves" et "raion imperieuses dans le Traitè CE: trois concepts et quête d'identité", in Cahiers de droit européen, 2008, p. 317 ss; secondo l'A. la Corte nella pronuncia de quo resta fedele "à sa conception du principe d'égalité entre hommes et femmes tel qu'il est inscrit à l'article 119".

fondamentale di cui essa garantisce l'osservanza, debba cedere il passo rispetto ai diritti di un gruppo svantaggiato, nella specie le donne, al fine di compensare le discriminazioni subite da tale gruppo nel passato.

Per la prima volta la Corte, per bocca dell'Avvocato Generale, ha modo di compiere una ricostruzione della definizione di azioni positive la cui origine si ritrova nell'esigenza di eliminare gli ostacoli di fatto che pesano su determinate categorie o gruppi di persone, che risultano pertanto svantaggiati nel lavoro. Si tratta, dunque, di uno degli strumenti per realizzare la pari opportunità dei gruppi minoritari o comunque svantaggiati, di norma, attraverso la concessione di un trattamento preferenziale ai gruppi in questione, e proprio il ruolo di rilievo del gruppo in quanto tale fa sì che le azioni positive segnino il passaggio dalla visione individuale a quella collettiva dell'eguaglianza²⁷².

L'azione positiva può assumere diverse forme: un primo modello è quello che tende a rimediare non a discriminazioni in senso giuridico, ma ad una condizione di svantaggio che caratterizza la presenza femminile nel mercato del lavoro. Qui l'obiettivo è quello di eliminare le cause delle minori opportunità di lavoro e di carriera che (ancora) colpiscono il lavoro femminile, intervenendo, in particolare, sull'orientamento e la formazione professionale. Il secondo modello è ravvisabile in quelle azioni dirette a favorire l'equilibrio tra responsabilità familiari e professionali e una migliore ripartizione di tali responsabilità tra i due sessi. In tal caso la priorità è data a misure concernenti l'assetto dell'orario di lavoro, lo sviluppo di strutture per l'infanzia, il reinserimento professionale delle donne che si sono dedicate all'educazione dei figli, nonché a politiche di previdenza sociale e di compensazioni fiscali che tengano conto degli oneri familiari.

In entrambe queste ipotesi l'azione positiva, che pure comporterà l'adozione di misure specifiche per le sole donne, dirette in particolare a favorirne l'occupazione, ha come obiettivo la realizzazione di pari opportunità e, in

²⁷² L'A. G. afferma che "è proprio l'avvalersi del concetto di gruppo che non riscuote consensi univoci. Al riguardo, vi è infatti la tendenza ad affermare che i trattamenti preferenziali a favore di certi gruppi finirebbero con l'aumentarne il sentimento d'inferiorità nei confronti della maggioranza, con la conseguenza di attuare una definitiva emarginazione dei beneficiari entro rigide gabbie sociali. Altra accusa mossa ai trattamenti preferenziali a favore dei gruppi svantaggiati è quella di abbassare il tasso di efficienza del sistema, mettendo a repentaglio l'affermazione sociale dei migliori" p.to 8. Questo sentimento di ostilità nei confronti dei trattamenti preferenziali emerge anche nel contesto americano da parte della nuova borghesia di colore e delle donne in carriera; in tal senso De Marzo G. a cura di, *"Il codice delle pari opportunità"*, Giuffrè 2007, p. 259.

definitiva, il raggiungimento dell' eguaglianza sostanziale. I risultati, tuttavia, non sono certo immediati sotto il profilo di un aumento quantitativo dell' occupazione femminile.

Charpentier, invece, propone una definizione di azione positiva duale e circolare nel senso che “ogni direzione, sia diretta o indiretta, conduce al senso originale dell’azione positiva e tende a farne una nozione che sia non solo operativa sul piano giuridico, ma anche suscettibile di rendere effettiva un’uguaglianza”.

Un altro modello²⁷³ di azione positiva è quello dell' azione come rimedio ai perduranti effetti di storiche discriminazioni giuridicamente rilevanti; in tal caso l' azione assume carattere risarcitorio, con la conseguenza di legittimare trattamenti preferenziali a favore delle categorie svantaggiate, in particolare mediante sistemi di quote e di *goals*²⁷⁴.

²⁷³ Charpentier L., “*La sentenza Kalake e il discorso dualista della disparità*”, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 69, 1996, p. 171, L’A. prosegue affermando che l’obbiettivo delle azioni positive è l’istaurazione di un’uguaglianza di fatto fra un gruppo dominante ed un altro discriminato e non riguardano, invece, l’uguaglianza degli individui. Dello stesso A. vedasi anche “*L’arrêt Kalanke – Expression du discours dualiste de l’égalité*”, in *RTD eur.*, avr.-juin, 1996, p. 281 ss.

È pur vero che allorchè un gruppo è discriminato lo sono anche i singoli componenti del gruppo, e allorchè un gruppo beneficia di condizioni migliorative ne traggono giovamento anche i singoli. L’A. conclude sostenendo che la questione posta dalle azioni positive attiene ai rapporti sociali di genere, e quindi ai sistemi sociali.

²⁷⁴ Le quote ed i *goals* sono i due sistemi con i quali negli Stati Uniti è stato perseguito, l’obiettivo di eliminare le disuguaglianze di fatto. Con il sistema delle quote un certo numero di posti viene riservato alle categorie più svantaggiate, al fine di riequilibrarne la rappresentanza; con il sistema dei *goals*, invece, viene attribuito un punteggio più elevato ai membri delle categorie in questione, ma senza compromettere il diritto di ogni candidato a concorrere per tutti i posti disponibili. La giurisprudenza della Corte Suprema è rimasta particolarmente ostile al criterio delle quote rigide (v. *Regents of the University of California v. Bakke* - 438 U.S. 265 1978) e, pur accreditando il criterio dei *goals*, ha provveduto a precisarne forme e condizioni. In tal senso Caielli M., op. cit., 119. Di quote parla anche De Luca Tamajo S. in “*La fissazione di un’altezza minima ai fini dell’accesso al lavoro quale fonte di discriminazione indiretta*” in *N.G.C.C.*, 2008, I, p. 580x, sostenendo che “le quote costituiscono misure volte a trasformare una situazione caratterizzata da disparità sostanziale di condizioni in una situazione connotata da una sostanziale parità di risultati concreti, mediante il ricorso a discipline differenziate e favorevoli alle categorie svantaggiate, anche in deroga al principio costituzionale di cui all’art. 3 c. 1 Cost., ma in ossequio al principio di uguaglianza sostanziale, nel rispetto comunque dei limiti della ragionevolezza e della giustificazione”

In senso conforme Pollicino O, op.cit., 25, secondo cui, con il termine *goals* si vuole identificare un risultato da raggiungere funzionale all’obbiettivo principale della diminuzione della disparità tra i sessi, identificazione del risultato, che a differenza del caso delle quote non è formulata in termini di proporzione numerica bensì di fine realizzativo. L’A., inoltre, si richiama a quanto afferma la Rosenfield M. nel suo saggio “*Affirmative action and justice, a philosophical and constitutional inquiry*”, Yale University Press, Londra, 1991, secondo cui i *goals* di un’azione positiva non sono diversi in modo significativo dalle quote, in quanto ambedue sono relativi alla percentuale dei membri dei diversi gruppi presenti nell’ambito di particolari lavori, o di una determinata parte della forza lavoro, o di un determinato programma di formazione.

Nel sistema americano, come si è visto, il piano di azioni positive deve innanzitutto avere natura transitoria: in quanto strumento volto a correggere le situazioni di squilibrio restaurando la parità nel punto di partenza, e non a riprodurle artificiosamente anche quando gli effetti della

Quest'ultimo modello ha finito poi con l'imporsi o comunque con l'essere considerato un toccasana per eliminare le diseguaglianze di fatto esistenti nella realtà sociale: uno statuto effettivo di pari opportunità viene in tal modo ad essere identificato con l'uguaglianza di risultati.

Tuttavia, prosegue il Tesauro, l'imposizione di quote è una misura molto discussa, in particolare sotto il profilo della costituzionalità: se è vero infatti che si tratta di uno strumento certamente idoneo ad aumentare quantitativamente l'occupazione femminile, è altresì vero che è quello che maggiormente incide sul principio di eguaglianza tra individui, principio tutelato a livello costituzionale nella maggior parte degli ordinamenti degli Stati membri. Secondo una certa dottrina²⁷⁵, inoltre, la quota si presenta non come misura provvisoria, condizione prima perché le azioni positive possano essere considerate leciti, ma come una misura stabile e costante nel tempo, e per ciò stessa non può considerarsi valida.

Il Tesauro è dell'avviso che per comprendere quali siano le misure positive che non contrastano con l'art. 2 n. 4 della direttiva 76/207 è necessario definire il concetto di pari opportunità, più precisamente chiarire se con tale espressione s'intende l'eguaglianza dei punti di partenza ovvero quella dei punti di arrivo²⁷⁶.

Dare opportunità pari, dunque, non può che significare mettere in condizione di ottenere un eguale risultato, dunque ristabilire tra gli appartenenti ai due sessi le condizioni di parità nei punti di partenza. Per ottenere tale risultato, è evidentemente necessario rimuovere gli ostacoli di fatto che impediscono la realizzazione di pari opportunità fra uomini e donne nel campo del lavoro: occorrerà così individuare gli ostacoli e poi procedere alla loro rimozione, utilizzando gli strumenti più adeguati a tale scopo.

L'azione positiva dovrà, dunque, essere diretta, alla rimozione degli ostacoli che impediscono alle donne la parità di opportunità, non potrà invece essere diretta a garantire una parità di risultati, e dunque una parità nei punti di arrivo, a titolo di compensazione per le discriminazioni storicamente subite. Insomma, l'azione positiva non può essere considerata, tanto meno utilizzata,

passata discriminazione siano stati ormai annullati (v. *United Steelworkers of America, AFL-CIO-CLC v. Weber* - 443 U.S. 193 1979). In secondo luogo, il piano deve essere giustificato da taluni presupposti di fatto obiettivamente constatabili.

²⁷⁵ Charpentier L.; *"L'arrêt Kalanke – Expression du discours dualiste de l'égalité"*, in *RTD eur.*, avr.-juin, 1996, p. 288.

²⁷⁶ Vedasi in tal senso Cerri A., Veneziani B., *"Le azioni positive dopo la sentenza Marschall. Le opinioni di"*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 78, 1998, 2, p. 401 e ss.

come un mezzo per restaurare, attraverso misure discriminatorie, una situazione di eguaglianza ferita nel passato²⁷⁷.

Nelle conclusioni c'è un richiamo esplicito alla raccomandazione 84/635/CEE, sulla promozione di azioni positive a favore delle donne e al riferimento in essa contenuto dell' art. 2, n. 4, e un richiamo alla necessità di azioni parallele "per controbilanciare gli effetti negativi risultanti per le donne, nel campo dell' occupazione, dagli atteggiamenti, comportamenti e strutture sociali": e ciò perché le disposizioni normative esistenti in materia di parità di trattamento "sono inadeguate per eliminare tutte le disparità di fatto".

La raccomandazione 84/635/C.E.E. invita gli Stati membri ad "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", nonché, in particolare, a fare in modo che siano ricomprese tra le azioni positive, quelle riguardanti l' "incoraggiamento delle candidature, delle assunzioni e della promozione delle donne nei settori, professioni e livelli in cui esse sono sottorappresentate, in particolare ai posti di responsabilità". Anche nella raccomandazione, in definitiva, l'azione positiva è qualificata come strumento di una politica di pari opportunità; manca, invece, la previsione del vantaggio a favore della donna al fine di favorirne l' occupazione, ciò che porta ad escludere che possa essere interpretata nel senso di consentire le discriminazioni basate sul sesso ma non dirette alla rimozione di quegli ostacoli che pregiudicano le opportunità delle donne e dunque, in definitiva, il raggiungimento dell' eguaglianza sostanziale.

La Corte ha aderito alla distinzione concettuale tra azioni positive che perseguono l'uguaglianza di opportunità e quelle che perseguono l'uguaglianza di risultato, riconoscendo solo alle prime la compatibilità con l'ordinamento comunitario. Per la Corte, infatti, "una normativa nazionale che assicura una preferenza assoluta ed incondizionata alle donne...va oltre la promozione della parità delle opportunità ed eccede i limiti di deroga poiché sostituisce all'obbiettivo della promozione delle pari opportunità di cui all'art. 2 n. 4 un

²⁷⁷ P.to 19.

risultato al quale si potrebbe pervenire solo mediante l'attuazione di tale obbiettivo”²⁷⁸.

Secondo la Lanquentin²⁷⁹ la Corte ha voluto iscrivere le azioni positive in un quadro ristretto all'interno del quale prevale l'uguaglianza di trattamento rispetto all'uguaglianza di opportunità; sicchè, secondo l'Autrice i giudici di Lussemburgo hanno aderito alla tesi che individua quale elemento di primaria importanza il diritto individuale all'uguaglianza e pone in secondo piano la dimensione correttiva, compensativa degli effetti pregiudiziali che derivano dalla struttura e dai comportamenti sociali, in altre parole la concezione collettiva dell'uguaglianza.

Secondo Chanpertier²⁸⁰ le azioni positive di cui all'art. 2 par.4 della dir. 76/207/CEE sono da intendersi come deroga al principio di parità di trattamento, e la loro predisposizione deve avere come unico fine di realizzare l'uguaglianza dei punti di partenza, mentre non possono in nessun caso essere utilizzate come strumento per raggiungere l'uguaglianza di risultato.

La Corte ha quindi rinnegato l'esistenza di un problema di uguaglianza sostanziale pur invece evidenziato nella raccomandazione 84/653/CE, negando che “...una volta promosse le pari opportunità nei punti di partenza, potessero assumere rilevanza la questione della sotto-rappresentazione di un gruppo rispetto ad un altro. Oltre i punti di partenza, il confronto torna a riguardare gli

²⁷⁸ Considerando 22-23. Secondo Veronelli, op. cit., la Corte ha affermato che qualsiasi normativa nazionale che assicuri una preferenza assoluta e incondizionata alle donne, mediante l'assegnazione di quote o di risultati va ben oltre la promozione delle pari opportunità in quanto le azioni positive devono tendere ad innalzare la soglia di partenza tra i due sessi ma non a garantire alle donne la parità di risultati. L'A. si chiede se la Corte abbia voluto negare la possibilità di giustificare qualunque tipo di quote, anche qualora venga prevista una clausola di salvaguardia che consenta di tenere conto delle particolari circostanze del caso, ovvero ha censurato abbia censurato solo l'automaticità della meccanismo di preferenza previsto dalla legge del Land di Brema. Ritiene quindi che la prima ipotesi non possa trovare accoglimento in quanto la Commissione stessa, con la comunicazione inviata a ridosso della pubblicazione della sentenza Kalanke sottolinea che la Corte ha fatto salvi i sistemi di quota che non abbiano il grado di rigidità e di automaticità della legge di Brema.

Al riguardo vedasi anche Pollicino O., op. cit., 104 ss.; l'A. precisa come la Commissione nella propria comunicazione tenga a specificare che la Corte abbia ritenuto non conformi al diritto comunitario quei sistemi di quota con un livello di rigidità tale *da non lasciare alcuna possibilità di valutazione e apprezzamento circa le circostanze individuali*. L'A., inoltre, rileva come nell'occasione la Commissione abbia provveduto ad individuare un elenco esemplificativo delle misure di trattamento, ma sottolinea anche, il particolare strumento adottato dalla Commissione, la quale ha ritenuto di ricorrere ad una comunicazione, atto non vincolante, utilizzato di norma per chiarire programmi, e atti giuridici obbligatori dalla stessa adottati, per compiere una lettura interpretativa della sentenza della Corte, con l'intento di restringerne la portata.

²⁷⁹ Lanquentin M.T in “*De l'égalité des chances – A propos de l'arrêt Kalanke, CJCE 17 octobre 1995*”, Droit social, 5/1996, p. 498.

²⁸⁰ Charpentier L., “*L'arrêt Kalanke – Expression du discours dualiste de l'égalité*”, in RTD eur., avr.-juin, 1996, p. 281.

individui, che perdono ogni connessione con il gruppo al quale appartengono nella fase interessata dalla promozione delle pari opportunità²⁸¹.

Tuttavia, nelle sentenze successive alla *Kalanke*, la Corte pare giungere a mitigare la propria posizione, anche in virtù dell'allora imminente entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, pur non discostandosi dalla concezione di azione positiva quale deroga al principio della parità di trattamento.

Infatti, già nella sentenza *Marschall* emerge la consapevolezza da parte della Corte delle finalità poste alla base dell'adozione delle azioni positive il cui scopo è quello di controbilanciare e rimuovere gli effetti dannosi prodotti dai pregiudizi radicati nella struttura sociale e culturale della Comunità nei confronti di alcune categorie sociali. Osserva, infatti, la Corte che anche in una situazione di parità di qualificazioni si riscontra la tendenza a “preferire candidati di sesso maschile a quelli di sesso femminile...a causa segnatamente di taluni pregiudizi e di talune idee stereotipe sul ruolo e la capacità delle donne nella vita attiva, nonché del timore ad esempio che le donne interrompano più spesso la carriera lavorativa, che dati i loro compiti di mogli e madri, esse organizzino il loro tempo di lavoro in maniera meno flessibile o che si assentino dal lavoro più sovente a motivo di gravidanze, parti, periodi di allattamento²⁸²”. Assai critico su questa pronuncia è Martin rilevando come il ragionamento della Corte non sia poi così convincente come quello sviluppato nel caso *Kalanke* e come la stessa giunga ad affermare che “on peut être remédié à une inégalité de fait, incontestabile et donc il ne fait aucun doute qu'elle doit être combattue, par une discrimination de droit”.²⁸³

Nonostante queste affermazioni la Corte non pare intenzionata a discostarsi dallo schema imperniato sulla dualità “uguaglianza di opportunità” e “uguaglianza di risultato”; tuttavia opera un distinguo in riferimento alla clausola di riserva inserita nella normativa nazionale ed inviata a compiere una valutazione sul singolo caso concreto. La clausola di riserva, individuata nella formula “a meno che non prevalgano motivi inerenti alla persona di un candidato di sesso maschile”, afferma correttamente il Veneziani²⁸⁴ costituisce un

²⁸¹ Ballestrero M.V. “Azioni positive. Punto e a capo” in *Lavoro e Diritto*, 1996, p. 129.

²⁸² Considerando 29-30.

²⁸³ Martin D., “Discriminations”, “entraves” et “raion imperieuses dans le Traité CE: trois concepts et quête d'identité”, in *Cahiers de droit européen*, 2008, p. 318.

²⁸⁴ Cerri A., Veneziani B., “Le azioni positive dopo la sentenza *Marschall*. Le opinioni di”, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 78, 1998, 2, p. 412.

temperamento necessario per scongiurare il rischio di un automatismo indiscriminato e di capovolgimento del rapporto tra generi, ed apre, allo stesso tempo il varco all'apprezzamento di tutti quei criteri che potrebbero ridurre l'impatto indotto da una priorità meccanicistica.

Nella sentenza si assiste "all'abbandono della concezione che assegna al principio di uguaglianza formale una priorità assiomatica e relega entro angusti e innocui confini il principio di uguaglianza sostanziale". Secondo la Izzi la posizione verso cui le parole della sentenza *Marschall* sembrano indirizzare è quella che riconosce identica dignità e reciproca autonomia alle due versioni di uguaglianza le quali si rapportano l'una all'altra in termini di regola ed eccezione, senza che la naturale prevalenza dell'eccezione sulla regola possa comunque intendersi come totale assenza di limiti"²⁸⁵. Secondo altra dottrina²⁸⁶, con questa pronuncia, viene riconosciuto la legittimità dei sistemi di priorità in favore delle donne sottorappresentate purchè la previsione di misure preferenziali non faccia venir meno il bilanciamento del principio di uguaglianza formale, e venga riconosciuta rilevanza alle clausole di flessibilità.

Infatti con la successiva sentenza *Badeck* la Corte prende consapevolezza che la condizione di inferiorità della donna ha carattere strutturale e che, dunque misure, improntate all'uguaglianza delle opportunità possano non essere sufficienti, e compiendo una timida apertura nei confronti del concetto di merito vi include anche aspetti che normalmente presentano i membri di un gruppo svantaggiato. La Corte, infatti, osserva che nella valutazione del candidato devono essere presi in considerazione la competenza e l'esperienza acquisite nell'esercizio dei doveri familiari, purchè rilevanti per l'idoneità, le qualifiche e le capacità professionali.

L'Avvocato Generale Saggio afferma che "il giudizio circa la legittimità delle azioni dovrà tenere conto non solo del risultato effettivo dell'azione, cioè delle posizioni soggettive acquisite dal gruppo destinatario del provvedimento, ma anche del contenuto specifico della misura adottata in relazione all'effettiva necessità della stessa: giudizio questo che comporta l'esame della proporzionalità tra la situazione effettiva del gruppo destinatario dell'azione e gli effetti della

²⁸⁵ Izzi D., "La Corte di Giustizia e le azioni positive: da Kalanke a Marschall", in Dir. e Lav. 1999

²⁸⁶ Scarponi S., Steninco E., "Il nuovo diritto antidiscriminatorio", a cura di Barbera M., Giuffrè, 2007, p. 430 ss.

medesima”²⁸⁷. Saggio proponeva quindi una revisione critica della posizione *Kalanke* affermando che continuare per la via aperta con la detta pronuncia non sarebbe stato coerente rispetto all’evoluzione del diritto comunitario in materia, anche alla luce del contenuto e dell’oggetto che le azioni positive oggi hanno assunto negli ordinamenti nazionali²⁸⁸. L’Avvocato Generale nella ricerca dei limiti e delle condizioni di ammissibilità di una misura, quale quella del caso di specie, che prevedesse un obbligo di preferenza ai candidati di sesso femminile individua due criteri il primo relativo alla proporzionalità della misura ed il secondo relativo alla congruità della stessa in relazione alla situazione. Per quanto concerne il primo criterio la proporzionalità deve essere intesa come flessibilità della misura ²⁸⁹, cosicché sia possibile compier un giudizio sui candidati, nonché su situazioni particolari di carattere personale. In relazione al secondo criterio il riferimento deve essere la realtà sociale sottostante di sottorappresentanza di un sesso, in un determinato settore, da cui emerge l’esigenza di un intervento correttivo.

Con la decisione *Abrahamsson*, già illustrata in precedenza, l’azione positiva in favore delle donne viene censurata dalla Corte perché il criterio utilizzato è stato ritenuto irragionevole rispetto al fine perseguito in quanto introduceva un metodo di selezione che si basava esclusivamente sull’appartenenza al sesso femminile. Assume qui rilevanza nella citata sentenza il rapporto tra azioni positive e la condizione di uguale qualificazione professionale dei candidati, laddove la preferenza viene accordata alla donna anche qualora il candidato di sesso maschile ed il candidato di sesso femminile sono in possesso di “qualifiche equivalenti o quasi equivalenti”. La valutazione della discriminazione positiva quale apprezzabile compressione di determinati interessi a scapito di altri, diviene oggetto di un vero e proprio *balancing test* nel

²⁸⁷ P.to 29

²⁸⁸ Pollicino O., op. cit., nota come per la prima volta l’organo giurisdizionale comunitario si dichiara così nettamente favorevole a misure che andassero oltre il mero uguagliamento dei punti di partenza per agire in modo più efficace sull’inserimento sociale, p. 154.

Secondo Veronelli, op. cit., la Corte pur partendo dalla rigida alternativa uguaglianza nei punti di partenza o uguaglianza nei punti di arrivo ha preso in considerazione la possibilità che anche misure riconducibili al primo ambito possano comportare l’attribuzione di risultati in favore dei beneficiari; secondo l’A., dunque, la Corte ha fatto prevalere la necessità di rimuovere le disuguaglianze storiche che colpiscono le donne nel mondo del lavoro sull’interesse dei lavoratori maschi di elevarsi professionalmente. Vedasi anche Scarponi S. e Scenico E. in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, a cura di Ballestrero M.V., Giuffrè, 2007, 433.

²⁸⁹ Vedasi *“Il nuovo diritto antidiscriminatorio”*, a cura di Barbera M., Giuffrè, 2007, p. 431.; in particolare per quanto concerne le valutazioni sull’individuo assumono rilevanza situazioni quali la lunga disoccupazione, ovvero il rientro al lavoro a seguito di necessità di cura familiare.

quale i giudici mettono immediatamente in evidenza i beni giuridici coinvolti per compiere una valutazione circa la legittimità o meno della misura²⁹⁰. La Corte quindi ritiene legittima l'adozione della misura positiva, poggiando tuttavia la valutazione sul criterio di proporzionalità, "quale fattore riassuntivo del rapporto tra uguaglianza formale e sostanziale"²⁹¹.

Con la sentenza *Lommers*²⁹² emerge la necessità di tenere conto non solo del risultato effettivo dell'azione, ma anche del contenuto specifico della misura adottata.

²⁹⁰ Bruni M., in "Il codice delle pari opportunità", a cura di De Marzo G, op.cit., p. 271.

²⁹¹ "Il nuovo diritto antidiscriminatorio", a cura di Barbera M., Giuffrè, 2007, p. 434.

²⁹² C-476/99; con la domanda di pronuncia pregiudiziale il giudice nazionale olandese, il Centrale Raad van Beroep, solleva la questione se una disciplina istituita da un datore di lavoro, in forza della quale i posti sovvenzionati negli asili nido sono riservati soltanto ai figli dei dipendenti di sesso femminile salvo ricorra per i dipendenti di sesso maschile uno stato di necessità, sia compatibile con l'art. 2, nn. 1 e 4, della direttiva del Consiglio 9 febbraio 1976, 76/207/CEE ; il giudice nazionale muove dal presupposto che quanto alla messa a disposizione di posti in asili nido, si tratti di particolari condizioni di lavoro ai sensi dell'a direttiva citata. Si pone anche la questione se i posti negli asili nido non costituiscano parte della retribuzione ai sensi dell'art. 119 del Trattato - divenuto, in seguito a modifica, art. 141 CE - in base al quale deve esservi parità di retribuzione tra uomini e donne.

Il sig. Lommers, pubblico dipendente in servizio presso il Ministero dell'Agricoltura olandese, chiedeva sin dal dicembre 1995 la prenotazione di un posto nell'asilo nido per il proprio figlio, che sarebbe nato sei mesi più tardi. Sempre nel dicembre del 1995 tale domanda veniva respinta, in quanto poteva essere riservato un posto in un asilo nido del Ministero per i figli dei dipendenti di sesso maschile solo in presenza di uno stato di necessità. Il signor Lommers presentava un reclamo avverso tale decisione e si rivolgeva alla commissione per la parità di trattamento chiedendo un parere su tale questione. La commissione consultiva per le questioni del personale del Ministero dell'Agricoltura sospendeva la procedura di reclamo finché la commissione per la parità di trattamento non avesse emesso un parere, che in sé non ha carattere vincolante.

Nel giugno 1996, la commissione per la parità di trattamento emetteva una decisione secondo cui il Ministero non avrebbe operato nei confronti del ricorrente alcuna differenziazione fondata sul sesso, incompatibile con il combinato disposto degli artt. 1a, n. 1, e 5, della WGB (Wet Gelijke Behandeling mannen en vrouwen del 1° marzo 1980 - legge relativa alla parità di trattamento tra uomini e donne -) e con decisione 11 settembre 1996, il Ministero dell'Agricoltura respingeva il reclamo del ricorrente, allineandosi al parere della commissione consultiva per le questioni del personale, la quale a sua volta si era rimessa alla decisione della commissione per la parità di trattamento. Nell'ottobre del 1996, l'Arrondissementsrechtbank dell'Aia decideva sul ricorso presentato dal ricorrente, ritenendo e di lì a poco il ricorrente impugnava tale sentenza innanzi al giudice a quo.

La messa a disposizione, ovvero la promozione di posti negli asili nido tramite il Ministero dell'Agricoltura avviene fin dal 1989, e conformemente ad una circolare del 15 novembre 1993 è volta a dare esecuzione ad un programma istituito dal Ministero degli Interni in materia di custodia infantile. Ciò avviene mediante la locazione di posti in asili nido comunali, mentre i dipendenti che prestano servizio all'Aia, dispongono di un asilo nido autonomo. A ciascuna unità del Ministero dell'Agricoltura (direzione o servizio) è assegnato un numero di posti negli asili nido in funzione del numero di dipendenti di sesso femminile. Ciò avviene nella proporzione di un posto per circa 20 dipendenti di sesso femminile. Nel 1995 i posti erano 128. Presso il Ministero dell'Agricoltura è costituita una lista di attesa per i posti negli asili nido.

La distribuzione dei posti avviene normalmente in base al principio secondo cui il servizio di custodia infantile è a disposizione esclusivamente delle lavoratrici del Ministero dell'Agricoltura, salvo ricorra un caso di necessità, quale per esempio il fatto che un padre allevi un figlio da solo. Se viene assegnato un posto in un asilo nido, per quest'ultimo i genitori devono versare una retta al Ministero dell'Agricoltura, che viene trattenuta sulla retribuzione con il consenso del o della dipendente.

La Commissione nel suo intervento muove dal presupposto che la regolamentazione controversa comporti una discriminazione diretta fondata sul sesso, ritenendo che la sola questione che si pone sia quella volta ad accertare se detta discriminazione rappresenti un'un'azione positiva ex art. 2, n. 4, della direttiva 76/207.

Prosegue con un richiamo alle sentenze *Kalanke e Marschall* nella parte relativa alle misure positive: in quella sede la Corte si è basata sulla raccomandazione n. 84/635 ed ha ritenuto che una serie di pregiudizi e di idee stereotipe sul ruolo e sulla capacità delle donne sono la causa di una tendenza a promuovere preferibilmente i candidati di sesso maschile rispetto a quelli di sesso femminile. La misura positiva deve controbilanciare gli effetti dannosi, che derivano dagli atteggiamenti e dai comportamenti sopra descritti e ridurre così le disparità di fatto che possono esistere nella realtà della vita sociale. Dunque a parere della Commissione la disciplina esaminata nel caso di specie non costituirebbe un contrappeso alle suddette idee stereotipe sulle donne. Sembrerebbe piuttosto molto più adatta a rafforzare i tradizionali atteggiamenti nei confronti delle madri. Si porrebbe quindi in contrasto con la giustificazione, nel diritto comunitario, delle misure positive a favore delle donne. In conformità con la sentenza *Kalanke*, detta misura positiva non può accordare una preferenza assoluta ed incondizionata alle donne. Dovrebbe piuttosto esservi la garanzia che in ogni caso singolo vengano presi in considerazione tutti i criteri relativi alla persona del candidato di sesso maschile. Conclude, quindi, affermando che nel caso in esame si tratti di una “clausola di riserva” conformemente alla sentenza *Marschall*, rimanendo dell'avviso che la regolamentazione sia sproporzionata²⁹³.

Il Ministero dell'Agricoltura ha ammesso di fronte alla commissione per la parità di trattamento, che la regolamentazione in materia di asili infantili stabiliva una differenziazione fondata sul sesso. In tal modo dovevano essere intenzionalmente contrastate le disuguaglianze esistenti nella situazione delle donne. Il Ministero ha osservato che nell'ambito del Ministero dell'Agricoltura le donne sarebbero in una situazione di ritardo sia per quanto riguarda l'aspetto numerico, sia per quanto riguarda la loro ripartizione sui livelli funzionali, pertanto, la creazione di possibilità di posti di custodia infantile può contribuire a rimuovere tale disuguaglianza di fatto.

Secondo il ricorrente, invece, il Ministero dell'Agricoltura non aveva dimostrato che, grazie alla regolamentazione in materia di custodia infantile, fossero rimaste effettivamente in servizio più donne, segnalando peraltro che nella maggior parte degli altri ministeri olandesi gli uomini possono usufruire dei servizi di custodia infantile alla stessa stregua delle donne. A suo avviso, l'entità delle risorse a disposizione non può costituire un argomento per escludere gli uomini, richiamava l'art. 6 della raccomandazione del Consiglio sulla custodia dei bambini e l'art. 2, n. 4, della direttiva del Consiglio 76/207/CEE, che ad avviso del ricorrente non giustifica il modo di procedere controverso.

²⁹³ P.nto 36-37 delle conclusioni dell'Avvocato Generale.

L'Avvocato Generale nelle sue conclusioni sottolinea come già in passato vi sia stata l'occasione di prendere posizione in tema di azioni positive, in particolare con le sentenze *Kalanke, Marschall, Badeck e Abrahamsson*. È oltremodo vero che nelle cause citate si era di fronte a sistemi di quote nell'assunzione e/o promozione nel settore del pubblico impiego, mentre nel caso di specie trattasi di un altro tipo di misure, con la conseguenza che le strutture elaborate dalla giurisprudenza non possono essere richiamate.

Richiamando la divisione compiuta dall'Avvocato Generale Tesauro nella sentenza *Kalanke* circa i tre tipi di azioni positive, nella causa *Lommers* non siamo di fronte, come è sempre stato al terzo modello, bensì al secondo. Si tratta dell'individuazione di condizioni generali volte a consentire l'esercizio di un'attività lavorativa, che secondo il Tesauro sono sempre ammissibili, senza alcuna restrizione e costituiscono una forma classica di promozione delle donne²⁹⁴.

Si pone dunque la questione se predisposizione di servizi di custodia dei bambini²⁹⁵ sia conforme o meno all'art. 2 n. 4 della direttiva 76/207. Ebbene già nella raccomandazione sulla custodia dei figli²⁹⁶ emerge la consapevolezza che “la carenza dei servizi di costo contenuto di custodia dei bambini nonché di altre iniziative volte a conciliare le responsabilità di cura ed educazione dei figli con il lavoro dei genitori, o con l'istruzione e la formazione che questi seguono per ottenere un impiego, rappresenta un grave ostacolo all'accesso e ad una più efficace partecipazione delle donne al mercato del lavoro, alla parità delle possibilità con gli uomini, alla piena partecipazione delle donne a tutti i settori della società e ad un'efficace utilizzazione dei loro talenti, nonché delle loro qualificazioni e attitudini, nell'attuale situazione demografica”.

Ebbene la messa a disposizione di posti in asili infantili, potenzialmente idonea ad eliminare gli ostacoli di fatto che possono impedire ad una donna di esercitare un'attività professionale è una misura si colloca a monte rispetto alla

²⁹⁴ Nella raccomandazione del Consiglio 84/635 CEE sulla promozione di azioni positive a favore delle donne il punto n. 4 contiene un elenco degli aspetti, ai quali le azioni dovrebbero possibilmente essere rivolte tra i quali adattamento delle condizioni di lavoro; adattamento dell'organizzazione del lavoro e del tempo di lavoro.

²⁹⁵ Nozione assai vasta che può implicare l'organizzazione di servizi di custodia corrispondenti alle esigenze dei bambini, la concessione di congedi speciali ai genitori, lo sviluppo di un ambiente, di strutture e di un'organizzazione del lavoro appropriati e la divisione fra uomini e donne delle responsabilità professionali, familiari ed educative derivanti dalla custodia dei bambini.

²⁹⁶ Raccomandazione del Consiglio 31 marzo 1992, 92/241/C.E.E., considerando n.10.

regolamentazione oggetto della controversia nelle sentenze *Kalanke*, *Marschall*, *Badeck* e *Abrahmsson* e quindi, interviene con un'intensità molto meno importante nella concorrenza fra uomini e donne sul posto di lavoro .

Tale misura, secondo l' Avvocato Generale, può essere fatta rientrare nell'art. 2, n. 4, della direttiva 76/207, in quanto mira a compensare le disparità esistenti nella realtà sociale, in linea con quanto successivamente indicato nella raccomandazione 84/635/CEE, ed è privo di fondamento il richiamo operato dal giudice nazionale a quella dottrina secondo cui le misure quali la concessione, a favore delle madri, di aiuti finanziari alle spese di custodia dei bambini , sembrano precisamente corrispondere alle misure di cui all'art. 2, n. 4, della direttiva 76/207, poiché esse contribuiscono ad eliminare gli ostacoli esistenti alla parità di opportunità per le donne, senza tuttavia omettere di menzionare il possibile pericolo, che a ciò può accompagnarsi, di perpetuare la ripartizione tradizionale dei ruoli tra i sessi.

Nel caso in esame per la Corte si sarebbe di fronte ad un tipico caso in cui la parità dei diritti, ossia una parità formale, provoca una discriminazione a svantaggio delle donne²⁹⁷. La Corte, quindi conclude affermando che “nel determinare la portata di qualsiasi deroga ad un diritto fondamentale, come quello della parità di trattamento tra uomini e donne sancito dalla direttiva occorre rispettare il principio di proporzionalità che richiede che le limitazioni non eccedano quanto è adeguato e necessario per raggiungere lo scopo perseguito e prescrive di conciliare, per quanto possibile, il principio della parità di trattamento con le esigenze del fine così perseguite”²⁹⁸. La illegittimità o meno di un'azione positiva non può basarsi esclusivamente sulla mera valutazione volta alla promozione dell'eguaglianza di opportunità piuttosto che di risultato, ma deve riferirsi al principio di proporzionalità²⁹⁹.

Fortemente critica, in relazione alla sentenza de quo, la Cafalà secondo cui si è in di fronte ad azioni positive di natura conciliativa, paragonabili a quelle

²⁹⁷ P.to 81 conclusioni Avvocato Generale.

²⁹⁸ Considerando 39.

²⁹⁹ Secondo Strazzari D., op. cit. lo stabilire il quantum di lesione al principio di uguaglianza formale che si può infliggere attraverso l'azione positiva diviene una questione da decidere valutando nel caso concreto quale sia tra le diverse possibili forme di azione politica, la più idonea e proporzionata a garantire margini di rispetto del principio di uguaglianza formale. Pertanto in presenza di una misura positiva che promuove le pari opportunità si potrà al più presumere che la stessa soddisfi il test di proporzionalità ma non anche ritenerla, ipso facto, legittima, mentre in presenza di un'azione positiva di risultato tale presunzione di legittimità sarà rovesciata; p. 284.

individuare dall'ar. 9 l. 53/00 dal legislatore italiano³⁰⁰, caratterizzate per essere bidirezionali, e pertanto rivolte sia agli uomini che alle donne, pertanto la Corte ha errato non riconoscendo alcuni benefit agli uomini, e preverendo salvaguardare l'accesso privilegiato della presenza femminile nei luoghi di lavoro.

Dai casi analizzati emerge come in seno alle pronunce della Corte il panorama delle azioni positive risulta essere frastagliato e caratterizzato dall'ammissibilità di sistemi di quota, dalla rilevanza assunta dal trattamento preferenziale, dal ruolo assunto dal principio di proporzionalità; emerge anche il favore con cui le istituzioni comunitarie guardano a quelle politiche di conciliazione tra vita privata, vita professionale e vita pubblica, che si sviluppano sia a livello istituzionale, che a livello di società civile, che permettono di ridurre l'approccio normativo/sanzionatorio per lasciare spazio a procedure, quali i codici di condotta, in grado di mettere in risalto le scelte condivise da parte dei soggetti interessati.

3.3 Le azioni positive nel diritto comunitario.

Sotto il profilo normativo si è assistito ad il passaggio da un'assenza di definizione dell'azione positiva con la dir. 76/207 la quale faceva esclusivo riferimento a misure volte a promuovere la parità delle opportunità tra uomini e donne, limitandosi quasi a legittimare le azioni che perseguivano un'uguaglianza di opportunità³⁰¹, alla formulazione dell'art. 141 del Trattato di Amsterdam laddove afferma che "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 ad evitare o compensare svantaggi nelle carriere professionali³⁰².

³⁰⁰ Vedasi oltre Cap. IV, par. 3, e Calafà L., "Azioni positive possibili tra lotta alle discriminazioni e promozione dell'uguaglianza" in L.D. a. XIX, n. 2, primavera 2005, p. 94.

³⁰¹ In tal senso Strazzari D., op. cit., p. 278.

³⁰² Secondo Bruni M., op. cit., le azioni positive sono state esplicitamente qualificate come strumenti per l'attuazione sostanziale, coerentemente con gli obiettivi indicati nell'art. 3, par. 2 ai sensi del quale l'azione della Comunità mira ad eliminare le ineguaglianze, nonché a promuovere la parità tra uomini e donne.

La direttiva 76/207 non prevedeva, inoltre, un obbligo di ricorrere alle azioni positive di tipo risarcitorio - coattive³⁰³ in quanto la legislazione comunitaria si limitava a sancire l'obbligo per gli Stati di assicurare che il diritto alla parità possa essere fatto valere in giudizio.

Tale indicazione ha permesso alla Corte di Giustizia di non entrare nel merito delle questioni interpretative relative alle modalità con cui la tutela in forma specifica viene assicurata; la Corte ha solo evidenziato la necessità che queste sanzioni siano efficaci e qualora abbiano natura risarcitoria, il risarcimento non deve essere di natura simbolica³⁰⁴. Diversamente, legislazioni quale quella italiana e francese³⁰⁵ prevedono l'obbligo, a seguito di accertamento giudiziale o amministrativo della discriminazione, di predisporre azioni positive, anche se l'ordinamento che più vi ricorre è quello americano, come già evidenziato in precedenza³⁰⁶. A tal proposito la Nani rileva correttamente che detta categoria di azioni positive, seppur presente negli ordinamenti nazionali non è stata adeguatamente approfondita dall'ordinamento comunitario, giungendo a ritenere che implicitamente anche Charpentier vi si riferisce laddove essa permette "al potere giudiziario di ingiungere al datore di lavoro entro un determinato periodo di tempo misure idonee ad assicurare una migliore rappresentanza di un gruppo discriminato in certi settori"³⁰⁷

La direttiva 2000/43 e la direttiva 2000/78³⁰⁸ dispongono che allo scopo di assicurare l'effettiva e completa parità, il principio della parità di trattamento non osta a che uno Stato membro mantenga o adotti misure specifiche dirette a

³⁰³ La Nani L. "Uguaglianza tra lavoratori e lavoratrici nel rapporto di lavoro", in Dir. Lav. Rel. Ind., 78, 1998, 2, p. 366 ss.; azioni da adottare a seguito dell'accertamento di una discriminazione

³⁰⁴ Pare corretto, tuttavia sottolineare come nella pronuncia Marschall II, C-271/91, la Corte ha riconosciuto l'efficacia diretta dell'art. 6 della dir. 76/207 dal quale scaturisce l'obbligo in capo allo Stato di assicurare l'individuazione di sanzioni efficaci.

³⁰⁵ Nel sistema francese è prevista la possibilità di predisporre azioni positive nella fase dell'accertamento pregiudiziale della discriminazione, consentendo di evitare la citazione a giudizio per discriminazione indiretta; vedasi al riguardo Nani, op. cit. p. 368 – 369.

³⁰⁶ Il giudice, infatti, ha il potere di ordinare la predisposizione di azioni positive, nonché che le stesse vengano concordate in sede conciliativa.

³⁰⁷ Charpentier L., op.cit., pp.178 – 179.

³⁰⁸ Pur non essendo oggetto del presente studio non si può non ricordare che il legislatore europeo dopo gli interventi delle direttive del 2000 ha ritenuto correttamente di dover intervenire nei rapporti in tema di accesso ai beni e servizi, valutando la necessità di espandere le politiche in tema di parità tra i sessi al di fuori del mercato del lavoro. La dottrina si chiede, in relazione a questo intervento ad hoc del legislatore europeo, se la scelta sia stata dettata dalla volontà di contenere il proprio intervento nell'ambito della regolazione del mercato – e quindi dando ancora una volta la priorità alle libertà economiche – ovvero si dettata da una volontà di volere assegnare il primato alla tutela civilistica dei diritti individuali. A tal proposito vedasi "Il nuovo diritto antidiscriminatorio", a cura di Barbera M., Giuffrè, 2007, p. 289 ss.

evitare o compensare svantaggi connessi con una determinata razza od origine etnica³⁰⁹. La genesi e la preparazione di questa disposizione sull'azione positiva non offre indicazioni sufficienti per comprenderne il significato, lo scopo e la relazione con l'acquis comunitario nella discriminazione di genere, sebbene la formulazione della disposizione sembra essere più permissiva rispetto al precedente articolo 2 c. 4 della direttiva sulla parità di trattamento, ma potrebbe sembrare più debole rispetto alla formulazione dell'articolo 141(4) CE.

In realtà, l'articolo 5 della direttiva sulla razza e sull'origine etnica non cita l'elemento positivo presente nell'articolo del trattato, ossia il conferimento di "vantaggi specifici diretti a facilitare l'esercizio di un'attività professionale da parte del sesso sottorappresentato". Né la direttiva 2000/43, né la direttiva 2000/78 utilizzano l'espressione "pari opportunità" presente nel vecchio articolo 2 c.4 della direttiva sulla parità di trattamento che, nelle cause *Kalanke e Marschall*, aveva indotto i giudici a decretare l'inammissibilità delle misure di azione positiva orientate ai risultati. Al contrario, per quanto riguarda la "piena parità nella pratica", tanto il Trattato quanto le direttive sembrano prevedere sia mezzi procedurali, sia mezzi orientati ai risultati. Ciononostante, alla luce della causa *Abrahamsson*, non è scontato che queste differenze testuali conducano a modifiche significative nell'ambito di applicazione dell'azione positiva.

Ad oggi non è chiaro come le direttive si coordineranno con le leggi esistenti sulla discriminazione di genere, ed è molto probabile che le future pronunce della Corte, così come è stato per il passato, costituiranno le linee guida per l'interpretazione delle nuove direttive. Inoltre l'ambito di applicazione dell'azione positiva, così come indicato dalle direttive del 2000, ha il vantaggio di promuovere la chiarezza e l'uniformità, oltre che di estendere la consapevolezza delle normative antidiscriminazione nelle questioni di genere agli altri motivi esposti nelle direttive del 2000. Tuttavia una certa parte della dottrina³¹⁰ fortemente critica evidenzia come l'accezione pari opportunità delle recenti direttive sia incentrata sulla mera ammissibilità delle azioni positive, lasciandole quindi nella sfera del modello volontaristico, e rimesse alla scelta dei singoli Stati

³⁰⁹ Rispettivamente art. 5 e art. 7.1.

³¹⁰ Vedasi in tal senso "*Il nuovo diritto antidiscriminatorio*", a cura di Barbera M., Giuffrè, 2007, p. 427 ss.; mentre in senso opposto vedasi Pollicino O., op. cit.

membri³¹¹, mentre il modello obbligatorio risulta maggiormente coerente con la rilevanza data alla promozione della parità dal Trattato di Amsterdam, e con l'obiettivo indicato dalla Strategia di Lisbona di elevare il tasso di occupazione femminile. La stessa dottrina è fortemente critica nei confronti del legislatore comunitario che rinviando al principio di sussidiarietà giustifica il rinvio alla libera scelta del legislatore nazionale dell'attuazione delle azioni positive sulla base che le stesse rientrano nelle politiche sociali, di competenza statale, costituendo un fattore di influenza sull'andamento dell'occupazione e pertanto rientrano nel Metodo Aperto di Coordinamento.

Nella Carta di Nizza si assiste, invece, all'affermazione solenne che la parità tra uomini e donne deve essere assicurata in tutti i campi, compreso in materia di occupazione, lavoro e retribuzione. Il principio di parità non osta al mantenimento o all'adozione di misure che prevedano vantaggi a favore del sesso sottorappresentato³¹².

E nel quinto programma quadro per la parità di opportunità per gli anni 2001-2006 l'attenzione delle istituzioni è rivolta al finanziamento di progetti volti alla sensibilizzazione sul tema, studi, analisi, costruzione di reti di conoscenza delle best practices.

La direttiva 2002/73 e la nuova direttiva 2006/54 non introducono novità sostanziali nell'ambito di applicazione delle misure di azione positiva. Ciò che risulta chiaro, tuttavia, è la volontà di allineare tutte le disposizioni sull'azione positiva basate sull'articolo 141 par. 4 CE e la legislazione basata sull'articolo 13 del trattato CE.

Questo allineamento potrebbe legittimare un'interpretazione simile di tutte le disposizioni interessate, tenendo l'articolo 141 par. 4 CE come riferimento. Nella direttiva 2002/73 che modifica la direttiva sulla parità di trattamento, il precedente art. 2 c. 4 è stato soppresso in favore di un riferimento alla disposizione sull'azione positiva nella legislazione primaria, dove il nuovo art. 2 c. 8 stabilisce che "gli Stati membri possono mantenere o adottare misure ai

³¹¹ A supporto il dettato legislativo afferma che "il principio di uguaglianza non osta a che gli Stati approvino norme rivolte alla promozione degli ostacoli che impediscono al sesso sottorappresentato..."

³¹² Art. 23. Secondo Bruni M., op.cit. ul. tale formulazione è stata criticata in quanto le azioni positive sono state pensate ancora una volta come eccezione nelle policies dell'Unione e non come strumento di cui l'Unione si può dotare, e di cui può farne impiego. Secondo l'A. l'elemento delle disuguaglianze è inteso come qualcosa da verificare piuttosto che da dare come presupposto.

sensi dell'articolo 141, paragrafo 4, del trattato volte ad assicurare nella pratica la piena parità tra gli uomini e le donne nei settori privato e pubblico”.

Il preambolo, inoltre, affermava la possibilità per gli Stati membri di mantenere o adottare misure che conferiscono vantaggi specifici per semplificare il raggiungimento di un'attività professionale da parte del sesso sottorappresentato, o per prevenire o compensare gli svantaggi nell'ambito professionale. Pertanto, la direttiva attua l'articolo 141 par. 4 CE e introduce l'obbligo per gli Stati membri di presentare una relazione a scadenza regolare riguardo alle loro attività in questo campo.

La forza delle nuove basi giuridiche dopo Amsterdam è riscontrabile laddove si riconosce una legittimazione delle azioni positive quali “misure che prevedano vantaggi specifici diretti a facilitare l'esercizio di un'attività professionale da parte del sesso sottorappresentato ovvero ad evitare o compensare svantaggi nelle carriere professionali” ai sensi dell'art. 141. par. 4, coerentemente con quello che è divenuto uno degli obbiettivi dell'intervento comunitario ex art. 3 par.2 ai sensi del quale “l'azione della Comunità mira ad eliminare le ineguaglianze, nonché a promuovere la parità tra uomini e donne”.

La Commissione, invece, non ha considerato un possibile nuovo ambito di applicazione per le misure di azione positiva, ma si è limitata a offrire una panoramica dei limiti dell'azione positiva nella giurisprudenza relativa alla discriminazione di genere, evidenziando al tempo stesso il forte potenziale dell'articolo 141 par. 4 CE³¹³.

E anche la direttiva 2006/54/CE porta nel suo dettato un riferimento esplicito a modelli di azioni positive che perseguono un'uguaglianza di risultato e non solo di opportunità laddove stabilisce che gli Stati membri possono mantenere o adottare misure ai sensi dell'art. 141 par. 4 del trattato volto ad

³¹³ In tal senso il lavoro svolto su mandato della Commissione Europea, DG lavoro, affari sociali e pari opportunità, “Mantenere in pratica la parità – Il ruolo dell'azione positiva” marzo 2007. In questo lavoro emerge come il futuro delle azioni positive sia individuabile in 5 punti:

1. un adeguato quadro analitico all'interno del quale possono venire identificati problemi di parità sostanziale;
2. la fornitura di sufficienti dati o altro materiale appropriato da analizzare nell'ambito di tale quadro;
3. la volontà politica necessaria per sviluppare un programma che si occupi di parità sostanziale per rendere anonimi tali dati;
4. un programma di comunicazione pubblica per spiegare lo scopo e la necessità dell'azione;
5. un quadro normativo e legale che comprenda la necessità di questo tipo di azione e garantisca che i limiti all'interno dei quali tale azione deve essere adottata siano riconosciuti e fatti valere senza alcuna restrizione.

*assicurare nella pratica la piena parità tra gli uomini e le donne nella vita lavorativa*³¹⁴.

Da quanto fin qui esaminato emerge come le azioni positive, nate negli Stati Uniti, ed entrate nella realtà europea grazie agli iniziali richiami operati dalla Corte di Giustizia, con il caso *Jenkins*, sono pensate oltre oceano per far fronte a situazioni di disuguaglianza che colpiscono determinati gruppi sociali, mentre nel contesto europeo vengono, in origine, pensate per giungere ad una effettiva parità tra uomo donna. Rilievo primario ha assunto la Corte fino alla fine degli anni '90, vuoi per l'inerzia delle istituzioni comunitarie, vuoi per i delicati profili di politica interna che la parità di trattamento porta con sé e che non hanno permesso agli Stati membri di vedere con favore le ingerenze comunitarie nella regolamentazione di questo settore. A partire dall'inizio del nuovo secolo assistiamo ad un rinato attivismo delle istituzioni comunitarie, con l'adozione delle direttive del 2000³¹⁵, alla modifica della direttiva 76/207, fino all'adozione della direttiva 2006/54 tesa a dare organicità alla parità di trattamento uomo-donna.

La valutazione della giurisprudenza comunitaria in relazione alla legittimità delle azioni positive è una valutazione flessibile che tiene conto del contesto socio-economico complessivo, nonché della necessità, talvolta, di operare una scelta in grado di andare oltre la decisione del caso concreto, per porre le basi di eventuali futuri sviluppo. Inoltre la concezione europea di azioni positive tendenzialmente si discosta da quella americana in quanto la prima individua queste misure come strumenti colti a compensare ma anche ad evitare gli svantaggi connessi all'appartenenza ad un determinato gruppo³¹⁶, mentre la Corte americana valuta legittime solo quelle azioni positive c.d. remedial volte a compensare specifici torti e lesioni subiti da una determinata categoria, ma respinge l'idea che esse siano strumento per rimediare ad una situazione di societal discrimination.

Una certa dottrina definisce le azioni positive "compensatrici" in quanto non mirano a rimuovere gli ostacoli che impediscono di proseguire in condizioni paritarie certi risultati, ma ad attribuire direttamente ai soggetti discriminati i

³¹⁴ Art. 3

³¹⁵ Secondo alcuni la ragione va ricercata nei fenomeni di razzismo che colpiscono l'Europa in quegli anni, come il caso austriaco, e la necessità di individuare strumenti di tutela della diversità in previsione dell'allargamento ai paesi PECO.

³¹⁶ Art. 5 della dir. 2000/43; in tal senso Strazzari D., op. cit., 285

risultati, sicchè gli ostacoli non vengono eliminati ma costituiscono la causa che giustifica il trattamento normativo differenziato³¹⁷

Una certa dottrina³¹⁸ in tema di azione positiva distingue tra azione positiva indiretta ed azione positiva indiretta. La prima si rivolge ai gruppi e consiste in un trattamento preferenziale grazie al quale si fanno accedere donne a determinate funzioni se in possesso della qualifica richiesta, se sottorappresentate. Pertanto l'azione positiva indiretta costituisce lo strumento di cambiamento all'interno di una determinata struttura. L'azione positiva diretta, invece, è una strategia di riforma delle regole e prassi di una organizzazione che hanno incidenza discriminatoria. In questo caso, a differenza dell'azione positiva indiretta in cui l'azione attribuisce un diritto per favorire l'eliminazione degli ostacoli che impediscono alle donne di giungere a risultati uguali a quelle degli uomini, l'obiettivo è quello di ripensare l'organizzazione della struttura, sia essa sociale o della realtà lavorativa in cui si concretizza la discriminazione, attraverso la predisposizione di programmi di azioni positive.

La dottrina, inoltre, è critica nei confronti delle azioni positive in quanto la fonte normativa che le regola è sostanzialmente una fonte *hard law*, ma nella sostanza è *soft law* in quanto le scelte fondamentali sono rimesse alla disponibilità degli Stati membri; la stessa nozione comunitaria di azione positiva è di un'ampiezza tale da permettere ampi margini di discrezionalità da parte del legislatore nazionale.

4. Il *gender mainstreaming*.

A livello internazionale si è cominciato a parlare di *mainstreaming*, ovvero di principio di integrazione orizzontale, a partire dalla Quarta Conferenza mondiale delle N.U. tenutasi a Pechino nel 1995 con l'adozione della piattaforma globale con la quale venivano invitati i Governi e gli altri soggetti attivi "ad inserire la prospettiva di genere in tutte le politiche ed i programmi in modo da far sì che, prima che vengano prese decisioni, si provveda ad un'analisi degli

³¹⁷ Vedasi la Borgongelli in "Il diritto diseguale. La legge sulle azioni positive", a cura di Gaeta, L. Zoppoli, Gappichelli, 1992.

³¹⁸ In tal senso vedasi Charpentier L. "La sentenza Kalake e il discorso dualista della disparità", in Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind., 69, 1996.

effetti che ne possono derivare, rispettivamente, per gli uomini e per l'impegno...i Governi erano, inoltre, invitati ad agire impegnandosi a stabilire un effettivo equilibrio tra i sessi, se necessario mediante l'adozione di azioni positive³¹⁹".

Con il termine *mainstreaming* si intende la creazione e l'elaborazione di una strategia volta a perseguire il principio di non discriminazione non come obiettivo isolato, inteso come una specifica area di intervento, ma come un principio che si integra in tutti i possibili settori in intervento pubblico quali istruzione, occupazione, relazioni esterne. L'attuazione di questo principio comporta per le autorità pubbliche una valutazione preventiva rispetto all'atto da adottare, volta a determinare ed evitare conseguenze negative dallo stesso scaturenti, nonché a migliorare l'incisività delle proprie politiche.

Nel 1996 il Consiglio con la raccomandazione riguardante la partecipazione degli uomini e delle donne al processo decisionale, richiamando la Piattaforma di Pechino invita gli Stati membri ad adottare una strategia integrata complessiva volta a favorire la partecipazione equilibrata delle donne e degli uomini al processo decisionale³²⁰.

Ma il primo formale riconoscimento del principio di *mainstreaming* è avvenuto ad opera della Commissione³²¹ che esprime in modo chiaro e puntuale la volontà, a livello comunitario, di promuovere la parità attraverso una duplice strategia da un lato attraverso il ricorso ad azioni specifiche di sostegno, dall'altra attraverso l'applicazione integrata a settori quali l'occupazione, i fondi sociali, la ricerca e l'istruzione³²².

La scelta operata dall'ordinamento comunitario di affrontare il problema della parità uomo donna come problematica dei processi decisionali in senso non solo strettamente politico, ma anche in relazione al mondo economico, sindacale, dei mass media, del pubblico impiego poggia sull'idea secondo cui i "processi decisionali costituiscono i settori strategici in cui convogliare gli sforzi per la

³¹⁹ Par. 192 della Piattaforma globale di Azione; posizione, peraltro, fortemente sostenuta dalla delegazione dell'Unione Europea. Comunicazione della Commissione al Consiglio: nuova partnership fra donne e uomini, suddivisione dei compiti e parità di partecipazione; priorità della Comunità europea in vista della quarta conferenza mondiale delle Nazioni Unite sulle donne COM (1995) 221 def.

³²⁰ Raccomandazione del Consiglio 96/694/CE, p.to 1.

³²¹ Comunicazione "Integrare la parità di opportunità tra le donne e gli uomini nel complesso delle politiche e delle azioni comunitarie", COM 1996, 96 def.

³²² Secondo Pollicino O., op. cit., 264, le prime azioni in tema di mainstreaming, prima del loro riconoscimento costituzionale con il nuovo art. 3 c. 2 del Trattato, sono state intraprese a livello di soft law non vincolante.

realizzazione di un'effettiva parità tra uomo e donna; realizzata a livello di centri decisionali, la parità di genere potrà più facilmente diffondersi in tutti gli ambienti della vita sociale³²³.

Pertanto, attraverso il *mainstreaming* il principio delle pari opportunità non è più visto come un obiettivo perseguibile sulla base di specifiche politiche di intervento, ma come una finalità che permea di sé, in modo trasversale, tutte le attività pubbliche³²⁴.

Il Quinto programma d'azione comunitario riguardante la strategia comunitaria in materia di parità tra donne e uomini³²⁵ costituisce uno degli strumenti essenziali per l'attuazione della Strategia quadro³²⁶ globale comunitaria in materia di parità così come individuata dalla Commissione³²⁷, strategia che definisce un quadro d'azione in cui “ tutte le attività comunitarie possano contribuire ad eliminare le disuguaglianze e a promuovere la parità tra uomini e donne.

La strategia quadro poggia su un duplice approccio: da un lato si prefigge di integrare la dimensione di genere in tutte le politiche comunitarie aventi un impatto diretto o indiretto sulla parità tra donne e uomini, *mainstreaming*, dall'altro si prefigge di individuare e realizzare azioni specifiche a favore delle donne e volte ad eliminare le disuguaglianze preesistenti³²⁸.

Anche il Parlamento europeo ribadisce, operando un richiamo esplicito al riconoscimento dato dal Trattato di Amsterdam al *mainstreaming*³²⁹, che l'integrazione della dimensione delle pari opportunità rappresenta una strategia di trasformazione a lungo termine che comporta una revisione profonda della

³²³ Pollicino O., op. ult. cit.,

³²⁴ Strazzari D. op. cit.. Secondo l'A. il *mainstreaming* impone all'autorità pubblica un dovere di agire in un'ottica preventiva rispetto al prodursi di fenomeni discriminatori, divenendo quindi strumento di giustizia sociale, oserei dire preventiva.

³²⁵ Decisione del Consiglio 2001/51/CE del 10.12.00

³²⁶ La strategia quadro si struttura in 5 settori di intervento: la vita economica, la parità di partecipazione e di rappresentanza, i diritti sociali, la vita civile, l'evoluzione dei ruoli, ed il superamento degli stereotipi, ognuno dei quali contiene precisi obiettivi operativi.

³²⁷ COM (2000) 335 def.

³²⁸ L'approccio è sia attivo e quindi volto a portare tutte le politiche comunitarie a partecipare alla promozione dell'uguaglianza tra i sessi che reattivo volto all'attuazione di azioni concrete per migliorare la situazione della donna nella società.

³²⁹ Risoluzione del Parlamento europeo del 18.01.2001 sulla relazione della Commissione sull'attuazione della raccomandazione 96/694, GUCE, 18.09.01, C-262, 248; Il Parlamento ribadisce che il trattato di Amsterdam, avendo creato la necessaria base giuridica, consente azioni positive misure orizzontali di *mainstreaming* delle questioni di genere per proseguire la lotta contro le ineguaglianze in tutte le politiche punto K.

concezione e dell'applicazione della politica e che dovrebbe essere utilizzata a complemento di misure d'azione positive³³⁰.

Si può dire che il *mainstreaming*, quale considerazione sistematica delle rispettive priorità e necessità delle donne e degli uomini nell'insieme delle politiche ed azioni comunitarie, è uno strumento complementare alle azioni positive che ha come obiettivo quello di promuovere la partecipazione delle donne in settori anche considerati neutri, ma che in realtà hanno un impatto diverso per uomini e donne.

Sotto il profilo normativo è possibile rilevare che né la direttiva 2000/43, né la direttiva 2000/78 contengono un riferimento al principio di *mainstreaming*.

Solo con la direttiva 2002/73 il legislatore comunitario compie un esplicito invito rivolto agli Stati membri di "tenere conto dell'obiettivo della parità tra gli uomini e le donne nel formulare ed attuare leggi, regolamenti, atti amministrativi, politiche, attività" nei settori di competenza della direttiva. La successiva 2006/54 dispone che gli Stati membri devono tenere in considerazione l'obiettivo della parità tra gli uomini e le donne nel formulare e attuare leggi, regolamenti, atti amministrativi, politiche e attività nei settori di competenza della presente direttiva³³¹. Come si avrà modo di osservare nell'ultimo capitolo l'Italia in fase di recepimento della direttiva 2006/54 non presta attenzione alcuna a detta indicazione, a differenza della Spagna con la legge 3/07.

Possiamo dire che con la direttiva 2002/73 si è assistito ad un decisivo cambiamento: il legislatore europeo, infatti, ha portato uno strumento tipicamente di *soft law*, in un uno strumento giuridico, qual è la direttiva di *hard law*; tuttavia, si tiene a precisare che la direttiva 2002/73 comunque individua nel *mainstreaming* solo un metodo per raggiungere l'obiettivo della parità tra uomini e donne, rimettendo agli Stati membri la responsabilità della sua applicazioni. Pertanto se da un lato resta chiaro l'obiettivo finale, nessuna indicazione viene fornita circa le modalità per raggiungerlo.

Anche in questo caso il principio del *mainstreaming* nasce come strumento per raggiungere la parità di trattamento uomo donna, ma ben presto

³³⁰ Risoluzione del Parlamento europeo del 02.03.2000 sulle donne ed il processo decisionale, GUCE, 04.12.00, C-346,82.

³³¹ Art. 28.

viene utilizzato anche per combattere i fenomeni di razzismo, divenendo in un prossimo futuro, per dirla con le parole di Strazzari, “meccanismo di lotta delle discriminazioni, o quanto meno di tutte le forme di discriminazione che si presentano con più incidenza nella società”³³².

È oltremodo vero che il *mainstreaming* è oggetto di alcune severe critiche, da parte delle stesse istituzioni comunitarie: la prima è che tale metodo di intervento non è supportato da meccanismi di raccolta dati quantitativi e qualitativi dei fenomeni discriminatori, carenza che non permette di avere un quadro realistico della portata del fenomeno. L'assenza di questi meccanismi ha portato il Consiglio all'adozione della decisione 750/2000/CE che istituisce il programma di azione comunitario per combattere le discriminazioni per il periodo 2001-2006 prevedendo esplicitamente l'analisi dei fattori connessi con la discriminazione, in particolare mediante l'effettuazione di studi e lo sviluppo di indicatori e di criteri di riferimento qualitativi e quantitativi, nel rispetto del diritto e delle prassi nazionali, nonché valutazione dell'efficacia e dell'impatto della legislazione e delle prassi antidiscriminatorie, accompagnata da una concreta divulgazione dei risultati.³³³

La seconda critica riguarda la mancata individuazione di strumenti sanzionatori nei confronti dell'autorità pubbliche che non permeano tutta l'attività sul principio di *mainstreaming*³³⁴. Tuttavia l'osservazione risulta monca se non affrontata, come si farà nel prossimo paragrafo, alla luce degli strumenti di soft law cui sempre più ricorre l'ordinamento europeo per il raggiungimento dei propri obiettivi politici. È pur vero che la direttiva 2002/73/CE, recependo il principio di *mainstreaming* ha inserito l'art. 1 bis ai sensi del quale “ gli Stati membri tengono conto della parità tra gli uomini e le donne nel formulare ed attuare leggi, regolamenti o adottare misure ai sensi dell'art. 141 par. 4 del

³³² Op.cit. p.300.

³³³ L'assenza di un sistema organico di raccolta dati è stato ribadito sia dal Parlamento nella Risoluzione del 18.01.01, op.cit., sia nei lavori voluti dalla Commissione, DG, lavoro, affari sociali rispettivamente del marzo 2004 e del giugno 2007, op. cit. nota 175.

³³⁴ De Simone G., op. cit., 650 ss.; rileva l'A. che il *mainstreaming* risulta di difficile attuazione non solo a livello di legislazioni interne, ma anche a livello di istituzioni comunitarie, dove il caso più evidente è quello delle Direzioni Generali della Commissione, in cui è risultato non proprio agevole introdurre mutamenti di approccio che non si limitassero ad una considerazione meramente formale o procedurale del rispetto del principio di uguaglianza. Il legislatore italiano, come si vedrà nel capitolo successivo, omette in sede di recepimento della direttiva 2002/73 qualsiasi richiamo al *mainstreaming*, quasi a voler considerarlo una semplice indicazione di massima.

Trattato, volte ad assicurare nella pratica la piena parità tra gli uomini e le donne”.

Inoltre, sebbene come rileva la De Simone vi è una sorta di resistenza passiva da parte dei legislatori nazionali, in particolare di quello italiano di fronte a questo principio; tuttavia non possiamo non ricordare che il legislatore spagnolo, con la recente legge 3/07, e la documentazione di accompagnamento, ha evidenziato nel Rapporto sull’impatto di genere, strutturato con un approccio di tipo *gender mainstreaming*, come sia necessario favorire una trasformazione strutturale volta a modificare gli stereotipi tradizionali relativi a ruoli e caratteristiche dei due generi, che non può e non deve essere limitato ad un’azione dei poteri pubblici o della componente datoriale, ma deve essere un processo che coinvolge la società nel suo insieme e che tocca il mondo imprenditoriale, l’ambito familiare, le parti sociali, i sistemi educativi, e le istituzioni economiche. Ecco quindi che la Spagna è riuscita a fare proprie le indicazioni comunitarie cogliendo l’invito a non limitare il principio di uguaglianza e di pari opportunità alla sola sfera giuridica, ma incentiva le misure di uguaglianza nel mondo dei mass media, l’adozione volontaria di azioni nella sfera della responsabilità sociale delle imprese, e riconosce il diritto alla conciliazione della vita personale, familiare, e professionale³³⁵.

5. Il dialogo sociale.

Quasi un anno dopo l’adozione della Strategia di Lisbona, la Commissione ha dato un ampio rilievo al dialogo sociale con l’adozione del Libro Bianco sulla governance europea³³⁶ volendo incentivare il coinvolgimento e la partecipazione

³³⁵ Per un approfondimento vedasi Remiga V. op., cit.; la relazione di accompagnamento alla legge 3/07, la legge 30 del 13.10.03 con cui si individua l’obbligo in capo al Governo di inserire la valutazione di impatto di genere nei procedimenti normativi.

³³⁶ COM (2001) 428 def. del 05.08.01. In tal senso Gauriello F. in *“Il nuovo diritto antidiscriminatorio”* a cura di Barbera M., 467 ss.. Secondo l’A. al Libro bianco si deve la riscoperta della società civile, identificata di norma con le organizzazioni non governative cui viene riconosciuto un ruolo di rafforzamento della legittimazione democratica delle decisioni pubbliche, di trasparenza e di miglioramento complessivo della governance del sistema comunitario in quanto espressione del punto di vista di reti di cittadini su questioni di loro diretto interesse. Secondo De Marco E. *“Elementi di democrazia partecipativa”* in *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Giuffrè, 2009, p. 51. Il concetto di governance nel Libro Bianco viene intesa con una valenza generale (per il concetto di governance vedasi nel capitolo successivo) cioè come “una procedura di governo improntata al diretto rapporto contrattuale e concertativo, in un quadro elasticamente

della società civile nella fase di elaborazione delle scelte politiche. La Commissione si preoccupa anche di definire il concetto di società civile intendendo per essa “le organizzazioni sindacali e le associazioni padronali, le cd. "parti sociali", le organizzazioni non governative, le associazioni professionali, le organizzazioni di carità, le organizzazioni di base, le organizzazioni che cointeressano i cittadini nella vita locale e comunale, con un particolare contributo delle chiese e delle comunità religiose³³⁷.

Il riconoscimento dell'importanza di una partecipazione attiva era già ravvisabile nel Trattato CE laddove individua il ruolo attivo del partnerariato sociale tramite un obbligo in capo alla Commissione di consultare le parti sociali sul possibile orientamento di un'azione comunitaria, nonché l'obbligo per la Commissione che intenda procedere con l'elaborazione di una proposta di sottoporre il documento ai partner sociali, ai quali è riconosciuta la possibilità di elaborare pareri o raccomandazioni³³⁸.

E ancora laddove, all'art.137³³⁹ viene individuato il meccanismo della “coregolamentazione” mediante il quale un atto legislativo comunitario conferisce la realizzazione degli obiettivi definiti dall'autorità legislativa ai soggetti interessati riconosciuti in un determinato settore, e all'art. 138 viene individuato “il metodo di autoregolamentazione”, cioè è la possibilità lasciata agli operatori economici, alle parti sociali, alle organizzazioni non governative o alle associazioni di adottare tra di loro e per se stessi orientamenti comuni a livello europeo, quali codici di condotta.

Le istituzioni comunitarie favoriscono il dialogo sociale attraverso forme di partecipazione delle organizzazioni della società civile, quali l'espressione di opinioni, audizioni, finanziamento di progetti, consultazioni, attività tutte volte a coinvolgere la società civile nelle decisioni pubbliche³⁴⁰.

procedimentalizzato, tra un'istituzione amministrativa e i gruppi esponenziali della società organizzata”.

³³⁷ Per un approfondimento della definizione si rinvia al parere del Comitato economico e sociale riguardante *"Il ruolo e il contributo della società civile organizzata nella costruzione europea"*, GU C 329 del 17.11.1999, p. 30.

³³⁸ Art.138 TCE.

³³⁹ Par. 4 “gli Stati possono affidare alle parti sociali, a loro richiesta congiunta, il compito di mettere in atto le direttive prese dal Consiglio nelle materie previste dal TCE..in tali ipotesi lo Stato membro deve prendere le misure necessarie che gli permettono di garantire in qualsiasi momento i risultati imposti da dette direttive.

³⁴⁰ Anche nel momento preliminare alla redazione del Libro Bianco sulla governance la Commissione invitava i componenti della società civile alla fase di elaborazione delle politiche comunitarie attraverso la diffusione di libri verdi e di libri bianchi, la pubblicazione di

Anche il Metodo Aperto di Coordinamento – nelle politiche in materia di crescita, occupazione, inclusione sociale, sanità, welfare, formazione, ricerca – mette in rilievo il ruolo importante della società civile nelle “arene deliberative attivate ai diversi livelli, transnazionale, nazionale, locale, ai fini dell’adozione di decisioni migliori perché scaturenti da una procedura deliberativa, fondata sulla discussione, su processi di reciproco apprendimento dalle migliori prassi³⁴¹”.

E proprio con la direttiva 2000/43 che il dialogo sociale assume un ruolo di rilievo in un atto normativo derivato in quanto gli Stati Membri sono invitati a incoraggiare il dialogo con le organizzazioni non governative³⁴², e ad incoraggiare il dialogo sociale al fine di promuovere il principio della parità di trattamento, fra l’altro attraverso il monitoraggio delle prassi, i codici di comportamento, ricerche e scambi di esperienze e buone pratiche³⁴³. Le parti sociali sono chiamate a partecipare alla gestione del fenomeno discriminatorio sia attraverso la coregolamentazione, sia attraverso l’autoregolamentazione.

Emerge, quindi, la volontà del legislatore europeo sia di rendere efficaci le disposizioni contro la discriminazione in una prospettiva sanzionatoria, sia di valorizzare il ruolo del partenariato in una logica di condivisione degli obiettivi posti dalla direttiva.

Volontà confermata nella direttiva 2006/54 con cui il legislatore europeo non si limita alle misure di carattere normativo per l’attuazione della parità di trattamento, ma mira a coinvolgere, attraverso gli Stati membri, tutti i soggetti interessati quali istituzioni territoriali, parti sociali, responsabili della formazione professionali, organizzazioni non governative affinché si raggiunga un’effettiva parità di trattamento.

Infatti l’ordinamento comunitario riconosce che la “parità di trattamento tra uomini e donne in materia di occupazione e di impiego non può limitarsi a misure di carattere normativo. L’Unione europea e gli Stati membri dovrebbero

comunicazioni e l’istituzione di comitati consultivi. In tal senso vedasi Baroncelli in *“La partecipazione dell’Italia alla governance dell’Unione europea nella prospettiva del Trattato di Lisbona – un’analisi sulle fonti del diritto nell’ottica della fase ascendente e discendente”*, p. 72 ss., Giappicchelli, 2008. Vedasi anche Ruzza C. in *“Libro Bianco sulla governance europea: nuove prospettive comunitarie dell’autonomia trentina”* a cura di Toniatti R., p. 18 ss.

³⁴¹ Guarriello F., op. cit., p. 513.

³⁴² Art. 12; in origine il riferimento era esclusivamente rivolto alle organizzazioni non governative.

³⁴³ Art. 11.

invece continuare a favorire il processo di sensibilizzazione al problema della discriminazione in materia retributiva e un cambiamento d'approccio pubblico coinvolgendo, per quanto possibile, tutte le orze interessate a livello pubblico e privato. Il dialogo tra le parti sociali potrebbe fornire, a questo proposito, un importante contributo.”³⁴⁴ Dato questo riconoscimento la Commissione invita gli Stati membri a creare e ad incentivare il ruolo degli organismi di parità, il dialogo sociale, il dialogo con le organizzazioni non governative, nonché a sviluppare idonee politiche di prevenzione delle discriminazioni³⁴⁵.

L'apertura compiuta dalle direttive del 2000 e successivamente confermata con la direttiva 2006/54 nei confronti della società civile trova giustificazione nell'attività di lobby che questa esercita presso le istituzioni comunitarie e quelle nazionali in grado di individuare modalità di tutela del singolo discriminato, in quanto parte di un gruppo svantaggiato, rappresentato a sua volta da gruppi di interesse. Inoltre diviene forte la percezione secondo cui la parità di trattamento uomo donna può essere più facilmente raggiunta tramite il ricorso congiunto a misure normative, che peraltro si sono dimostrate complessivamente insufficienti, e politiche di accompagnamento tramite il ricorso a strumenti di soft law, programmi di sensibilizzazione, volti a coinvolgere soggetti pubblici, privati, le associazioni, il mondo del lavoro, a politiche di *mainstreaming*, ad attività di raccolta dati³⁴⁶.

6. Il Metodo Aperto di Coordinamento.

6.1. Dal metodo comunitario alla Strategia per l'Occupazione.

Il metodo comunitario è stato lo strumento classico³⁴⁷ di attuazione delle politiche comunitarie, riportando risultati assai incoraggianti, grazie anche al

³⁴⁴ Considerando 38 della direttiva 2006/54/CE.

³⁴⁵ Rispettivamente articoli 20, 21, 22, e 26.

³⁴⁶ In tal senso Gauriello F. in *“Il nuovo diritto antidiscriminatorio”* a cura di Barbera M., 467 ss.

³⁴⁷ Previsto nel Trattato di Roma prevede in capo alla Commissione l'esercizio in forma esclusa del potere di iniziativa relativo alle proposte legislative e di azione politica; al Parlamento una forma di consultazione, ed in capo al Consiglio dei ministri il potere di prendere la decisione

contributo decisivo della Corte di Giustizia, al punto tale che si è assistito ad una sua progressiva estensione (con il fenomeno noto di *spill-over*³⁴⁸). Tuttavia il programma politico, così come individuato con il Trattato di Maastricht ha evidenziato le carenze del metodo comunitario; a tale procedura si ricorre ampiamente nel primo pilastro³⁴⁹ a ciò si è aggiunta la circostanza secondo cui la

finale, e la Corte di Giustizia quale garante dell'applicazione dei risultati del processo; in tal senso Commissione "La Governance europea: un Libro Bianco" COM(2001)428, del 27.01.01, p.8.

³⁴⁸ Il processo di spill over è da ricondurre agli studi in tema di integrazione europea le cui prime teorie si affermano sin dalla costituzione della CECA, e successivamente della C.E.E. e dell'Euratom si possono considerare come una derivazione della teoria delle relazioni internazionali. In particolare due sono le teorie principali quella neofunzionalista e quella intergovernativa.

La prima nota anche come teoria funzionalista trova fondamento nella Dichiarazione Schuman laddove veniva sostenuto che la messa in comune della produzione del carbone e dell'acciaio avrebbe condotto rapidamente "alla fusione di interessi indispensabili per costruire una comunità economica e indotto il fermento di una comunità più ampia e più profonda".

La teoria intergovernativa pone, invece, l'accento sul ruolo di mediazione e di contrattualizzazione degli Stati membri; infatti, questi sono attori che operano a livello interno attraverso provvedimenti dotati di autoritarità e con un'organizzazione basata sui rapporti gerarchici. Gli Stati membri, secondo la teoria intergovernativa hanno particolarmente sofferto del processo di interdipendenza economica a livello mondiale, sicchè solo per il tramite della Comunità le politiche in tali settori possono essere gestite in modo più efficiente, senza che ciò possa comportare un indebolimento del ruolo statale, il quale riesce, invece, a reagire in modo più efficace e tempestivo alle sollecitazioni internazionali.

La teoria neofunzionalista, invece era tesa a ricercare le giustificazioni di un aumento dei poteri riconosciuti alla comunità attraverso un sistema di vasi comunicanti detto appunto *spill – over*. Detto processo costituisce la conseguenza della convergenza graduale su alcuni elementi alla base del processo di integrazione che si instaurava fra i gruppi economici, sicchè tali interessi si legavano tra loro propagandosi gradualmente in altri settori.

Tuttavia la teoria neofunzionalista perde di interesse a partire dal Trattato di Maastricht, che segna il passaggio da una comunità economica e tecnica ad un'unione politica che con cui vengono poste le basi di quanto già affermato nella dichiarazione Schuman cioè di creare una comunità più ampia e più profonda.

E proprio in tale direzione si spingono gli Stati membri in occasione della Dichiarazione di Laeken sul futuro dell'Unione europea del 2001 laddove veniva affermato che " l'Unione è stata costruita gradualmente. Inizialmente si trattava soprattutto di cooperazione economica e tecnica ...negli ultimi dieci anni sono state poste le basi per una unione politica ed è stata realizzata una cooperazione nei settori della politica sociale, dell'occupazione, dell'asilo, dell'immigrazione, della polizia, della giustizia, della politica estera...l'Unione si sta per aprire a più di dieci nuovi Stati membri...si tratta di un cambiamento che richiede un approccio diverso sa quello di cinquant'anni fa...". In particolare, a livello interno, l'Unione deve "avvicinare le istituzioni europee al cittadino...in quanto indubbiamente i cittadini condividono i grandi obiettivi dell'Unione, ma non sempre vedono il nesso tra gli obiettivi e l'azione quotidiana dell'Unione".

_____ Anche in tema di diritti fondamentali è possibile ritrovare il sistema di spill-over effect sicche l'ambito di efficacia del diritto comunitario si estende ben oltre i limiti disegnati dal principio delle competenze di attribuzione e dal principio di sussidiarietà. Secondo Morbidelli G. , in " Corte Costituzionale e Corti europee: la tutela dei diritti (dal punto di vista della Corte di Lussemburgo" in Dir. proc. amm. 02/2006, p. 285 ss. la Corte di Giustizia ricorrendo al principio di non discriminazione, ha indubbiamente incrementato le garanzie interne degli ordinamenti nazionali, contribuendo ad elevare lo *standard* di protezione rappresentato dalle tradizioni costituzionali comuni. Inoltre il processo di circolarità e di osmosi tra ordinamento comunitario e ordinamenti interni fa sì che garanzie introdotte in funzione dell'effetto utile passano poi al diritto interno e, dunque, si pongono a tutela anche di situazioni soggettive non comunitarie.

Il testo della Dichiarazione di Laeken è disponibile sul sito: <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/cronache/file/laeken-dichiarazione.html>.

³⁴⁹ Nel primo pilastro l'azione degli Stati è assai ridotta a causa del ricorso al procedimento di codecisione che comporta la partecipazione in ugual misura del Parlamento e del Consiglio. In tal

comunitarizzazione progressiva di alcune questioni e il ricorso allo strumento della cooperazione rafforzata hanno permesso ad alcuni Stati membri di raggiungere più rapidamente il processo di integrazione. Il metodo intergovernativo è risultato, quindi, essere eccessivamente rigoroso in quanto si basa sulla decisione comune o nel migliore dei casi per consenso, rischiando di rallentare il raggiungimento degli obiettivi politici comunitari.

È il Trattato che istituisce la Comunità Europea (TCE), come modificato con il trattato di Amsterdam, nella volontà di dare riconoscimento alla dimensione sociale dell'Unione Europea, che dichiara di voler attuare lo “sviluppo di una strategia coordinata a favore dell'occupazione ed in particolare della promozione di una forza lavoro competente, qualificata, adattabile e di mercati del lavoro in grado di rispondere ai mutamenti economici”³⁵⁰, strategia che si fonda sul coordinamento delle politiche macroeconomiche e delle riforme strutturali degli Stati Membri.

Il nuovo titolo sull'occupazione obbliga gli Stati Membri a perseguire le politiche occupazionali “in modo coerente con gli indirizzi di massima per le politiche economiche degli Stati e della Comunità”³⁵¹.

Negli anni '90 con l'adozione del Protocollo sulla Politica occupazionale³⁵² ed il conseguente rafforzamento della dimensione sociale, viene presentato dalla Commissione Delors il Libro Bianco “ Crescita, Competitività e Occupazione. Le sfide e le vie da percorrere per entrare nel XXI secolo” dal quale emerge il consenso politico intorno al fenomeno della disoccupazione europea che aveva assunto carattere di strutturalità³⁵³. In anticipo rispetto alle tappe di implementazione concordate ad Amsterdam nel 1997 prendevano avvio il “Processo di Lussemburgo³⁵⁴”, noto anche come Strategia Europea per

senso si esprime Baroncelli S. in *“La partecipazione dell'Italia alla governance dell'Unione europea nella prospettiva del Trattato di Lisbona – un'analisi sulle fonti del diritto nell'ottica della fase ascendente e discendente”* Giappichelli, 2008.

³⁵⁰ Art. 125 TCE.

³⁵¹ Art. 126 par. 1 TCE.

³⁵² Allegato al Trattato di Maastricht, e firmato da tutti gli Stati membri ad eccezione della Grn Bretagna.

³⁵³ Negli anni '90 gli Stati europei si trovano ad affrontare una situazione in cui è presente un tasso di disoccupazione elevato, in particolare in rapporto a quello degli Stati Uniti, la persistenza del fenomeno della disoccupazione di lunga durata, l'invecchiamento della popolazione, la modifica delle strutture familiari.

³⁵⁴ Pertanto al Consiglio di Lussemburgo vennero individuati i 4 punti caratterizzanti la SEO: occupabilità, imprenditorialità, adattabilità e pari opportunità.

l'Occupazione³⁵⁵, ed il Processo di Inclusione sociale³⁵⁶ in risposta alla necessità di trovare una soluzione al problema della crescente disoccupazione in Europa³⁵⁷.

Dal punto di vista procedurale la Strategia Europea per l'Occupazione individua nella Commissione il soggetto cui spetta la redazione annuale delle linee guida in materia di occupazione³⁵⁸, in cooperazione con il Consiglio dei ministri con gli Stati membri e i rappresentanti dei lavoratori e dei datori di lavoro.

Il nucleo centrale della SEO consiste nel riconoscimento, in capo all'Unione del potere di adottare linee guida comuni³⁵⁹ e nell'obbligo per gli Stati membri di predisporre le relazioni annuali, Piani di azione annuali per l'Occupazione, PAN aventi ad oggetto le principali misure prese alla luce delle linee guida.

³⁵⁵ Secondo alcuni la SEO è stata una svolta nel metodo di azione dell'Unione Europea ed un'innovazione capace di risolvere numerosi problemi dell'Europa sociale, per altri invece è stato il pretesto per abbandonare gli standards di tutela uniforme, accompagnati dal timore che ciò possa portare all'erosione della politica sociale europea. Vedi Lo Faro A., Andronico A. *“Metodo Aperto di Coordinamento e diritti fondamentali. Strumenti complementari o grammatiche differenti?”*, DLRI, 108, 2005, 4. p. 515.

³⁵⁶ Tiraboschi M. e Santoni A. M. *“Strategia Europea per l'Occupazione”* in Digesto Disc. Priv. –Sez. Comm., 2008, p. 905 ss.

³⁵⁷ Secondo una parte della dottrina facente capo a Pochet F. *“Méthode ouverte de coordination et modèle social européen”* Note de Recherche n.03/01 Institut d'études européennes – Università de Montréal – McGill – Institute for european studies, è proprio negli anni '90 che il dibattito sul principio di sussidiarietà va scemando per lasciare spazio a quello sull'OMC. Egli sostiene infatti che se il principio di sussidiarietà aveva come obiettivo quello del riavvicinamento dei centri di decisione ai cittadini e di relegare a livello superiore le questioni che non sarebbe stato possibile assumere (gestire) con efficacia se a livello inferiore, ecco che l'OMC diviene una nuova forma di governance.

Il livello superiore, secondo il principio di sussidiarietà deve intervenire solo in ultima istanza per compensare, correggere le politiche condotte dal livello inferiore.

L'OMC si configura, invece, come la necessità di trovare una coordinazione tra i differenti livelli per risolvere problemi complessi di governance, con la caratteristica di avere una visione d'insieme degli aspetti problematici. L'OMC ha, come il principio di sussidiarietà un aspetto orizzontale ed uno verticale, ma se ne differenzia in quanto non tende a separare la politica dai livelli, ma a prendere in considerazione le iterazioni tra questi due indici.

³⁵⁸ Una volta approvate le linee guida, ogni Stato membro predisporre il Piano di Azione Nazionale per l'occupazione (PAN), nel quale documenta le politiche approvate o da approvare per l'attuazione degli indirizzi europei.

I PAN sono presentati alla Commissione e al Consiglio, i quali, a loro volta, hanno il compito di esaminarli e di formulare eventuali raccomandazioni ai singoli Stati; l'esito della valutazione è pubblicato nel Rapporto congiunto sull'occupazione, successivamente la Commissione elabora le linee guida per l'anno seguente.

Il Comitato per l'occupazione, Istituito, sull'esempio del Comitato Economico per l'integrazione monetaria, ex art. 130 del Trattato CE, introdotto dal Trattato di Amsterdam e con decisione del Consiglio 2000/98/EC del 24 gennaio 2000, ha il compito di monitorare la situazione occupazionale europea e le politiche adottate dai singoli Stati, nonché di elaborare proposte e di contribuire alla preparazione delle linee guida.

³⁵⁹ Per la cui procedura si rinvia a Ashiamgbor D., in *“Nuove metodologie di regolazione: il metodo aperto di coordinamento delle politiche sociali”* a cura di, Barbera M., 2006, 105 ss.

Il merito della Strategia Europea per l'Occupazione³⁶⁰ è di aver istituzionalizzato una relazione continuativa tra l'arena comunitaria, grazie alla fase di preparazione delle linee guida da parte della Commissione, e quella nazionale caratterizzata dalla stesura dei PAN cui vi prendevano parte le autorità locali e le parti sociali, nonché per l'innovativo metodo di intervento comunitario. Infatti la SEO organizza un processo di apprendimento basato sullo scambio di informazioni riguardanti le esperienze occupazionali degli altri Stati, sull'individuazione della migliore prassi e sulla valutazione delle esperienze nazionali nota come *benchmarking*, al fine di dare avvio ad un processo di convergenza delle politiche nazionali del lavoro verso comuni obiettivi. Infatti, “pur rispettando la diversità dei sistemi nazionali di relazioni industriali e del mercato del lavoro, gli Stati membri sono oggi obbligati a agire entro i condizionamenti dei parametri congiuntamente concordati ogni anno”.

Si è, dunque, creato un meccanismo di trasferimento delle conoscenze e di apprendimento che ha portato alla progressiva condivisione tra gli Stati di un comune sistema regolativo.

6.2 Strumenti di soft law e SEO.

In relazione alla SEO l'individuazione degli Orientamenti sull'occupazione che trovano il loro riconoscimento nell'art. 128 par. 3 TCE possono essere considerati esempi di soft law, in quanto essi non sono emanati come atti giuridici vincolanti, tuttavia trovano un formale riconoscimento nel trattato e recano importanti implicazioni in capo ai singoli Stati membri.

Per soft law si è soliti intendere quell'insieme di “regole di condotta che, pur non contenendo diritti ed obblighi per i loro destinatari, hanno un'efficiacia giuridica di intensità variabile, dipendente dall'intenzione espressa dai suoi

³⁶⁰ La Commissione ha compiuto un primo bilancio della SEO, COM(2002)416, cui ha fatto seguito una ridefinizione degli obiettivi, individuati unitamente al Consiglio, Dec. 2003/578/CE, che tenessero in considerazione le sfide cui i mercati del lavoro andavano incontro nel XI secolo. Sicché gli obiettivi individuati furono tre e precisamente integrazione dei punti cardine della SEO, l'individuazione di una revisione intermedia, la semplificazione degli obiettivi e delle priorità politiche. Ulteriore elemento di novità è che scompare la prospettiva rigida individuata nei 4 obiettivi sopra citati, per lasciare spazio a categorie più ampie, allo sviluppo del capitale umano grazie anche alla formazione permanente, all'invecchiamento attivo, alla lotta all'economia sommersa.

estensori, ma tale, comunque, da produrre l'effetto, attraverso il medium costituito dall'ordinamento comunitario nel suo complesso di influenzare la condotta degli Stati membri, istituzioni, imprese ed individui, senza creare diritti od obblighi giuridici³⁶¹".

Alcuni tratti tipici di questa tecnica di regolamentazioni sono la tendenza a regolare per principi, in luogo della formulazione di puntuali diritti ed obblighi, la creazione di procedure stabili e reiterate nel tempo, il coinvolgimento di soggetti che operano in ambiti e livelli diversi, ed il ricorso a meccanismi partecipativi che favoriscono il ricorso alla persuasione. Si può affermare che il ricorso alla *soft law* è avvenuto o laddove la Comunità non aveva la necessaria competenza per intervenire, ovvero per dare avvio a nuove politiche per le quali non vi fosse un'adeguata base giuridica, divenendo usando le parole di Ashiangbor una "terza via tra l'intervento normativo e quello politico"³⁶².

La SEO, in particolare ricorre a strumenti quali il *benchmarking*, o alla *peper review*. Il primo, letteralmente comparazione formalizzata, consiste nella valutazione dei risultati alla luce di parametri comuni; è uno strumento che permette alle parti sociali di fare un uso strategico dei parametri oggetto del *benchmarking* al fine di trarre vantaggio nei processi negoziali³⁶³. La seconda consiste in una valutazione dettagliata dei risultati ottenuti dai soggetti interessati, in questo caso gli Stati membri, valutazione che finisce per costituire un'intensa forma di pressione per il mutamento delle politiche.

Entrambi questi strumenti, nonostante siano di *soft law* hanno effetti di carattere normativo, in quanto danno luogo a una forma di convergenza. Si può quindi affermare che la SEO ha individuato un metodo di intervento che non parte dall'alto per imporre agli Stati Membri determinati obblighi, ma si "fonda su un circolo virtuoso mediante il quale le informazioni derivanti dalle analisi delle politiche adottate dagli Stati membri vengono veicolate a livello

³⁶¹ Strazzari D., in "Nuove forme di regolazione: il metodo aperto di coordinamento delle politiche sociali", a cura di Barbera M., Giuffrè 2006, p. 328.

³⁶² Ashiangbor D., in "Nuove forme di regolazione: il metodo aperto di coordinamento delle politiche sociali", a cura di Barbera M., Giuffrè 2006, p. 110.

³⁶³ Vengono utilizzati i risultati raggiunti al fine di raggiungere, a livello di Stati membri, norme migliori, a livello di contrattazione tra persone fisiche e giuridiche, per elevare i propri standard

comunitario, divenendo elemento fondante delle indicazioni del Consiglio³⁶⁴ circa le politiche nazionali da seguire.

6.3 La Strategia di Lisbona e il Metodo Aperto di Coordinamento.

Frattanto nel 2000 veniva lanciata la Strategia di Lisbona³⁶⁵ la quale aveva come obiettivo strategico per l'Unione quello di divenire l'economia basata sulla conoscenza più competitiva e dinamica al mondo, e in occasione dell'omonimo Consiglio europeo dello stesso anno trovava formale riconoscimento del Metodo Aperto di Coordinamento/MAC/OMC³⁶⁶. Le origini del MAC sono rinvenibili nei diversi tentativi compiuti dalle istituzioni comunitarie di sviluppare la dimensione sociale del processo di integrazione economica³⁶⁷.

Le politiche occupazionali, a partire dal Trattato di Amsterdam, o hanno portato alla luce il metodo aperto di coordinamento quale tecnica regolativa

³⁶⁴ Ales E., in *“Nuove forme di regolazione: il metodo aperto di coordinamento delle politiche sociali”* a cura di Barbera M., Giufrè, 2006, p. 18.

³⁶⁵ Nel corso del tempo l'obiettivo si è articolato in tre punti chiave: la piena occupazione, la qualità e la produttività sul lavoro e la coesione sociale; Comunicazione della Commissione, “Il futuro della Strategia europea per l'occupazione (SEO): una strategia per il pieno impegno e posti di lavoro migliori per tutti”, COM(2003) 6 def. del 14.01.03.

A Lisbona le istituzioni comunitarie riconoscono un forte nesso tra le politiche economiche, occupazionali e sociali, evidenziando la volontà politica di dare priorità al modello sociale europeo attraverso la riorganizzazione del welfare state e la modernizzazione dello stato sociale.

³⁶⁶ A Lisbona, sono Stati individuati i settori di operatività dell'OMC: società dell'informazione, politica di impresa; riforme economiche – processo di Cardiff; politica in tema di educazione, politica di ricerca, integrazione sociale. L'OMC ha trovato attuazione in una dozzina di settori nella prospettiva di dare attuazione agli obiettivi economici e sociali individuati nella strategia di Lisbona; in campo sociale e lavoro, l'OMC trova attuazione in tema di impiego 1997, inclusione sociale 2000, tasse 2001, la modernizzazione del sistema di protezione sociale 2002, educazione formazione 2002, trova inoltre applicazione nella politica d'impresa, nella politica di innovazione, ricerca e sviluppo.

³⁶⁷ Infatti nella sua versione originale il Trattato di Roma conteneva ben pochi articoli dedicati alla politica sociale, è solo con l'Atto Unico Europeo che l'attenzione viene spostata ai settori della salute della sicurezza sui luoghi di lavoro, del dialogo tra le parti sociali e della coesione economica e sociale. Il primo tentativo risale agli anni '60 e coincide con il riconoscimento degli stessi diritti ai lavoratori comunitari e nazionali all'interno di ogni singolo Stato membro; il secondo è degli anni '70 e coincide con la via intrapresa verso l'armonizzazione in tema di uguaglianza uomo/donna, e del binomio sicurezza/salute, unitamente ai primi cenni volti ad armonizzare i settori relativi ai licenziamenti collettivi, trasferimento d'azienda e insolvenza del datore di lavoro.

Negli anni a cavallo della caduta del muro di Berlino si inserisce il terzo tentativo volto ad individuare, in una fase come quella di neoliberalismo, norme minime di tutela, al di sotto delle quali non è possibile scendere e trova il riconoscimento nella Carta dei diritti sociali dei lavoratori e il relativo programma d'azione. Vedasi in tal senso Iliopoulou A. “La Méthode ouverte de coordination: un nouveau mode de gouvernance dans l'Unione européenne”, Cahier de droit européen, 2006, p.315 ss.

alternativa all'armonizzazione, metodo che, peraltro, va estendendosi ad altre materie e viene salutato con favore, come novità che permette un'approccio trasversale di giuristi, studiosi della scienza politica e dell'integrazione³⁶⁸.

Viene, inoltre, riconosciuta la necessità di modificare o quanto meno di correggere gli obiettivi di riferimento rispetto a quelli individuati dalla SEO.

La Presidenza Portoghese ha fornito una spiegazione de Metodo Aperto di Coordinamento in una nota indirizzata al Consiglio nel giugno 2000³⁶⁹ dichiarando che "il Metodo Aperto di Coordinamento costituisce la sintesi di diversi processi creati negli anni '90 nei settori di competenza degli Stati membri, e che gli esperti definiscono, per distinguerli dagli strumenti di hard-law, di soft law, o di soft-legislation: la Procedura di Grandi Orientamenti di Politica Economica istituito con il trattato di Maastricht³⁷⁰, il Consiglio di Lussemburgo del 1997, e quello di Lisbona del 2000". Peraltro la Iliopoulou³⁷¹ tiene a precisare che il Consiglio di Lisbona non ha inventato un nuovo processo normativo, ma si è semplicemente limitato a fornire una definizione tenuto conto degli elementi principali che caratterizzavano pratiche politiche già esistenti.

Già la Commissione nel Libro Bianco sulla governance aveva dedicato attenzione al Metodo Aperto di Coordinamento non tanto come strumento alternativo rispetto al metodo comunitario, bensì quale strumento complementare rispetto al secondo. Sauron³⁷² infatti rivela che fin da subito il MAC si propone come strumento utile per intervenire in settori quali le politiche del lavoro, particolarmente cara agli Stati, ovvero in quei settori in cui l'attuazione delle politiche nazionali è talmente complessa che l'armonizzazione non pare raggiungibile in relazione agli obiettivi individuati; ovvero nel caso in cui gli Stati Membri preferiscano non adottare una legislazione comune, ma progredire attraverso l'individuazione di obiettivi concordati e condivisi.

³⁶⁸ In tal senso vedasi il pensiero di Sciarra S. "La costituzionalizzazione dell'Europa sociale. Diritti fondamentali e procedure di soft law", in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .INT – 16/2003.

³⁶⁹ "La méthode ouverte de coordination: un processus en cours", Nota della Presidenza, Allegato al documento del Consiglio dell'Unione Europea 9088/00 del 13.06.00.

³⁷⁰ Successivamente modificato con il Consiglio di Amsterdam con l'adozione del Patto di Stabilità e di crescita.

³⁷¹ Iliopoulou A., "La Méthode ouverte de coordination: un nouveau mode de gouvernance dans l'Union européenne", Cahier de droit européen, 2006, p. 320.

³⁷² Sauron J.L., "Un bouleversement discret de la gouvernance européenne: la troisième partie de la Constitution", in RTD eur., 41(2) avr.-juin., 2005, p. 422.

Tale procedura era volta alla creazione di un coordinamento per quanto riguarda gli aspetti di macro-economia attraverso i grandi orientamenti di politica economica cui veniva affiancato un sistema di sorveglianza multilaterale: il Processo di Lussemburgo sull'occupazione, istituito con il Trattato di Amsterdam e attuato prima della ratifica del Trattato in occasione del Consiglio straordinario di Lussemburgo del novembre dello stesso anno; il Processo di Cardiff, 1998, istituito in occasione del Consiglio omonimo avente come obiettivo lo sviluppo delle riforme economiche destinate a rendere l'economia più competitiva, liberalizzando completamente il mercato dei capitali, dei beni e dei servizi³⁷³.

La Presidenza Portoghese prosegue affermando che il Metodo Aperto di Coordinamento “permetterà di diffondere le *best practices* e di assicurare la più ampia convergenza di quelli che sono i principali obiettivi della U.E...Il Metodo Aperto di Coordinamento è volto a sviluppare un processo che consiste nella divulgazione delle esperienze acquisite, in maniera coordinata, ma rispettando le diversità interne, e gli obiettivi comuni dettati dall'economia globale”.

In origine l'approccio del MAC riguarda le istituzioni comunitarie e nazionali, mentre le parti sociali erano coinvolte solo marginalmente³⁷⁴.

Il Consiglio ha provveduto ad individuare quelle che sono le modalità di attuazione del Metodo Aperto di Coordinamento e cioè: definire le linee guida dell'Unione, predisponendo calendari specifici per la realizzazione degli obiettivi a breve, medio e lungo termine fissati dagli Stati membri; stabilire gli indicatori quantitativi e qualitativi specifici e i criteri di valutazione in rapporto alle migliori performances a livello mondiale, che siano comunque adattabili ai bisogni differenti degli Stati membri, in modo da poter comparare le *best practices*; tradurre le linee guida europee in politiche nazionali e regionali fissando degli obiettivi specifici e adottando misure che tengano conto delle differenze nazionali e regionali, procedendo periodicamente ad una valutazione affinché si possa permettere a ciascuno di trarre i migliori insegnamenti.

Nella spiegazione della Presidenza Portoghese si precisa che “ si tratta piuttosto di organizzare a livello europeo un processo di acquisizione delle

³⁷³ Secondo la Commissione il Processo di Cardiff avrebbe permesso di ridurre le resistenze degli Stati nei confronti delle politiche di liberalizzazione di settori pubblici o parapubblici.

³⁷⁴ Secondo Guariello F., op. cit., l'OMC si caratterizza per essere un processo multi-level government che riguarda prevalentemente gli Stati, p. 254.

conoscenze al fine di incoraggiare gli Stati membri allo scambio delle migliori pratiche e a trovare ispirazione reciproca per il miglioramento delle politiche nazionali. Il MAC utilizza la tecnica del benchmarking³⁷⁵ e crea una dimensione europea attraverso la definizione di linee direttrici a livello europeo e adottate in funzione delle differenze nazionali. È una maniera concreta di sviluppare una gestione moderna degli affari pubblici poggiate sul principio di sussidiarietà³⁷⁶.

Secondo Pochet il Metodo Aperto di Coordinamento si configura come la necessità di trovare una coordinazione tra i differenti livelli per risolvere problemi complessi di governance, con la caratteristica di avere una visione d'insieme degli aspetti problematici. Il MAC ha, come il principio di sussidiarietà un aspetto orizzontale ed uno verticale, ma se ne differenzia in quanto non tende a separare la politica dai livelli orizzontali e verticali, ma a prendere in considerazione le iterazioni tra questi due indici.

Il MAC è detto "aperto" in quanto le linee guida europee possono essere adottate a livello nazionale; le migliori pratiche devono essere valutate e adottate in un contesto nazionale; ed esiste una distinzione chiara tra gli indicatori di riferimento adottati a livello europeo e gli obiettivi concreti che ciascun Stato membro dovrà fissare per ogni indicatore, tenuto conto della situazione di partenza, lo sviluppo e al valutazione devono tenere conto del contesto nazionale, e lo sviluppo di questo metodo nei differenti stadi, deve essere aperto alla partecipazione dei differenti attori della società civile.

Si può dire che il Metodo Aperto di Coordinamento si discosta dalla SEO in quanto provvede a formalizzare l'importanza dell'elemento valutativo da parte degli organi comunitari, in relazione all'azione degli Stati membri nella realizzazione degli orientamenti che tendono a trasformarsi in obiettivi il cui raggiungimento viene incentivando mediante il *benchmarking* e l'individuazione delle *best practices*³⁷⁷. In relazione a quest'ultime gli organismi comunitari individuano indicatori quantitativi e qualitativi, e parametri di riferimento.

³⁷⁵ Tale tecnica, in origine, veniva utilizzata limitatamente alla politica d'impresa e ai fattori di competitività economica, e di cui si è parlato nel paragrafo che precede.

³⁷⁶ La Presidenza prosegue sostenendo che si tratta di un metodo aperto di approfondimento della costruzione della dimensione europea, perciò permette di favorire la convergenza sulle preoccupazioni comuni e su alcune priorità comuni riconosciute, nel rispetto delle diversità nazionali e regionali. Il MAC costituisce uno strumento ulteriore rispetto al ventaglio, già ampio di metodi disponibili e deve essere combinato in funzione dei problemi da risolvere.

³⁷⁷ Ales E., "Nuove forme di regolazione: il metodo aperto di coordinamento delle politiche sociali", a cura di Barbera M., Giuffrè, 2006, p.185.

Tuttavia sebbene all'apparenza detti parametri abbiano solo lo scopo di consentire il confronto tra le best practice, potrebbero in realtà permettere di omogeneizzare gli approcci nazionali alla materia.

“Con questo metodo, prosegue la Presidenza portoghese, la C.E. può giocare un ruolo decisivo di catalizzatore in riferimento alle diverse tappe del MAC favorendo lo scambio delle migliori pratiche, presentando proposte relative agli indicatori e apportando un sostegno e un supporto alle parti. Allo stesso modo il MAC potrà costituire uno strumento importante per quanto concerne il miglioramento in tema di trasparenza e partecipazione democratica.”

Il confronto tra la SEO e gli altri metodi regolativi comunitari quali l'armonizzazione tramite legislazione, il mutuo riconoscimento fanno emergere i vantaggi sia funzionali che politici della strategia.

Il metodo comunitario si caratterizza per il trasferimento di poteri in capo agli Stati membri all'Unione europea, l'adozione di politiche comunitarie da parte del c.d. triangolo istituzionale (Consiglio, Commissione, Parlamento), il ruolo centrale svolto dalla Commissione europea, nell'elaborazione e attuazione delle politiche, la possibilità di adottare le decisioni a maggioranza qualificata nei differenti Consigli dei ministri specializzati, il carattere obbligatorio delle regole comunitarie, il ruolo della Corte di Giustizia in caso di violazione del diritto comunitario.

Diversamente il metodo individuato con la SEO indica delle modalità tali da facilitare l'assorbimento delle iniziative europee all'interno delle singole tradizioni istituzionali, legali e politiche nazionali; raccoglie l'appoggio degli Stati membri, più disponibili a partecipare a un processo di coordinamento che ad accettare una regolamentazione europea nel campo della occupazione; fornisce informazioni e conoscenze su prassi e strumenti degli Stati membri, istituzionalizzando un processo di apprendimento; promuove la depoliticizzazione della politica dell'occupazione, slegandola dalle contingenze nazionali e dai calcoli elettorali; e, infine, supera la rigidità e la lentezza del processo decisionale comunitario con un meccanismo flessibile di aggiornamento annuale. Tra i vantaggi a livello politico, si segnala l'indebolimento delle

resistenze da parte di alcuni Stati, quali il Regno Unito ed i Paesi scandinavi, contrari al trasferimento di competenze a livello europeo in materia sociale³⁷⁸.

Tuttavia sebbene emerga il merito comune alla SEO prima e al MAC poi di orientare le politiche degli Stati membri verso comuni priorità strategiche e verso l'adozione di quadri d'intervento operativo simili, volti a raggiungere obiettivi condivisi, l'OMC ha un ulteriore pregio e cioè quello di incidere sulle modalità del *policy-making*, con l'obbiettivo di incrementare il tasso di partecipazione del maggior numero di attori possibile sin dal momento della formulazione delle linee guida a livello centrale a della loro attuazione a livello decentrato³⁷⁹.

Da un punto di vista politico-istituzionale, quindi, il MAC (o meglio, ciascuna delle varie applicazioni del MAC) costituisce un importante ed originale tentativo di promuovere il *policy change* su base continentale, volto a modificare non solo obiettivi e misure d'intervento in un certo settore di *policy*, ma anche le dinamiche d'interazione tra i molti attori coinvolti.

Secondo la Iliopoulou³⁸⁰ il pregio principale del Metodo Aperto di Coordinamento consiste nel processo di apprendimento collettivo e continuo; infatti lo scambio di esperienze e la diffusione di buone pratiche permette di contribuire ad una maggiore conoscenza dei metodi e degli strumenti di lavoro dei diversi soggetti che vi partecipano, inoltre permette la sperimentazione e la promozione delle tecniche innovatrici. Il MAC secondo la Iliopoulou permette inoltre attraverso l'adozione di orientamenti comuni l'emersione del consenso politico su nuovi settori comuni, sicchè si può dire che “la norme juridique est remplacée par l'orientation politique et la fixation des standards d'harmonisation par l'élaboration des indicateurs et des objectifs à atteindre”³⁸¹

Gli obiettivi processuali non risultano codificati, sebbene siano rinvenibili nelle “Linee guida per una buona *governance*” allegate ai nuovi orientamenti per

³⁷⁸ Donà A. “*Il Metodo Aperto di Coordinamento e l'Italia: il caso della politica delle pari opportunità nella Strategia Europea per l'Occupazione*” DLRI n. 105/05, I, pp. 85 ss.

³⁷⁹ È possibile qui ritrovare il pensiero di Habermas circa sull'importanza della partecipazione dei destinatari delle norme al processo della loro formazione; la legittimità delle istituzioni politiche non dipende dal contenuto delle decisioni, ma dal processo di formazione della loro volontà, processo che, affinché possa essere considerato ragionevole, deve essere aperto alla partecipazione di tutti i potenziali interessati. Pertanto i cittadini devono essere messi nelle condizioni di poter esercitare la loro autonomia pubblica, contribuendo alla produzione del diritto. L'influenza del pensiero di Habermas è particolarmente evidente nel ruolo attivo che i cittadini sono chiamati a svolgere nella normativa ambientale. È oltremodo vero che la maggior critica mossa ad Habermas sul punto è quella di dare per certa la capacità riflessiva degli attori che sono chiamati ad intervenire nel processo di governance.

³⁸⁰ Op. cit., p. 325.

³⁸¹ Op.ult. cit., p. 316.

l'occupazione, le "modalità di attuazione" degli obiettivi di Nizza e lo stesso quarto obiettivo di Nizza promuovano esplicitamente modelli processuali. Tali obiettivi processuali possono, comunque, essere evinti dai documenti ufficiali con sufficiente chiarezza da permettere di classificarli nel seguente modo: integrazione verticale; integrazione orizzontale; integrazione settoriale; rafforzamento delle capacità istituzionali degli Stati membri³⁸².

Il MAC rappresenta, dunque, un nuovo metodo di regolamentazione che vuole essere complementare rispetto a quelli già esistenti cioè la legislazione comunitaria, la negoziazione collettiva europea e il dialogo sociale, i fondi strutturali, i programmi comunitari, lo scambio di buone prassi, l'analisi degli studi comparati, incoraggiati dalla U.E.

I motivi che hanno indotto gli Stati membri a ritenere più efficace l'OMC rispetto al metodo comunitario, sono diversi e sono emersi negli anni '90, in primo luogo le forti reticenze manifestate dagli Stati membri a cedere le proprie competenze in materie così sensibili quali il lavoro, la protezione sociale, aventi ripercussioni cruciali al livello di politiche fiscali, coesione sociale, e strettamente legate all'elettorato.

Sicché gli Stati per giustificare ulteriormente il rifiuto di trasferire le proprie competenze, e legittimare un metodo flessibile e più adatto come quello aperto comunitario, evidenziavano le differenze storiche, istituzionali e culturali

³⁸² L'obiettivo dell'integrazione verticale richiede che l'azione politica ai vari livelli di governo venga coordinata in modo virtuoso. A questo obiettivo si lega strettamente quello di integrazione orizzontale, che richiede forme adeguate di rappresentanza degli interessi funzionali ed un elevato livello di partecipazione di tali interessi al processo decisionale per la creazione di un modello di policy-making che potrebbe esser definita *governance through social partnership*.³⁸² Il terzo obiettivo processuale cioè l'integrazione settoriale mette in rilievo, e successivamente si adopera per scardinare i compartimenti stagni tra i diversi settori d'intervento pubblico. Il quarto obiettivo processuale riguarda il rafforzamento delle capacità istituzionali del sistema di azione collettiva relativo ad un settore di policy.

La capacità istituzionale di un sistema di azione collettiva consiste nella capacità del sistema di elaborare risposte soddisfacenti alle sfide ambientali, di trasformarle in decisioni politiche, darvi attuazione e da ultimo di apprendere dall'esperienza. Pertanto il concetto di capacità istituzionale comprende una componente progettuale, una componente decisionale, una componente attuativa ed una componente apprenditiva. La prima riguarda la capacità di diagnosticare in modo informato e competente le sfide funzionali, di identificare la gamma di opzioni possibili e praticabili, di valutare tali opzioni alla luce di interessi politicamente e socialmente rilevanti e di criteri normativi pubblicamente difendibili. La seconda attiene alla capacità di formare coalizioni sociali e maggioranze politiche in grado di assumere decisioni nel quadro delle regole formali ed informali esistenti. La componente attuativa riguarda la capacità di mettere in atto le decisioni rispettandone gli scopi di base, ma tenendo anche in debito conto le variabilità locali e l'esistenza di eredità di policy e quindi degli inevitabili effetti d'interazione. E l'ultima concerne la capacità di monitorare e valutare le tre precedenti componenti della capacità istituzionale e di retroagire intenzionalmente su di loro. Ferrera M. e Sacchi S. *"Il metodo aperto di coordinamento e le capacità istituzionali nazionali: l'esperienza italiana"*, DLRI, 105, 205, I.

dei sistemi europei (latino, anglosassone, nordico) nonché i differenti sistemi di protezione sociale³⁸³.

Pertanto diviene un metodo sistematico di diffusione delle cosiddette migliori prassi, un processo di apprendimento per tutti, per raggiungere una maggiore convergenza verso i principali obiettivi della politica Europa nel rispetto delle diversità nazionali.

Tuttavia non sono mancate voci che hanno sottolineato i punti deboli del MAC quali l'assenza di misure sanzionatorie³⁸⁴ in casi di insolvenza, la sua subordinazione alla politica economica e monetaria e la complessità del processo stesso, sebbene secondo altri sono proprio questi stessi punti deboli a rendere funzionante la SEO³⁸⁵.

In particolare l'assenza di sanzioni di fatto esclude il potere di intervento dei giudici nazionali e comunitari di poter giudicare circa l'applicazione del Metodo Aperto di Coordinamento³⁸⁶, e quindi le misure poste in essere dagli Stati non sarebbero qualificabili, alla luce di quanto sin qui esposto, come in attuazione del diritto comunitario, bensì come attività di diritto interno, escludendo di fatto qualsiasi sindacato della Corte di Giustizia.

Tuttavia si ritiene che questa affermazione non sia totalmente fondata, in quanto la sanzione potrebbe essere dissimulata dietro il "paravento della concertazione politica³⁸⁷", e perché a ben guardare l'art. 128. TCE, di cui si è parlato nei paragrafi che precedono, dispone che il Consiglio provvede ad adottare le linee guida con la decisione, atto che ai sensi dell'art. 249TCE è obbligatorio in tutti i suoi elementi per i destinatari³⁸⁸. Anche la Iliopoulou³⁸⁹ non concorda circa le critiche mosse all'assenza di sanzioni nel MAC, ponendo in

³⁸³ Sul punto vedasi gli studi di Esping-Andersen, e Simonazzi A. *“Questioni di genere, questioni di politica”*, Carocci, 2006.

³⁸⁴ Si rinvia qui alle osservazioni svolte circa le azioni positive.

³⁸⁵ Donà A. *“Il Metodo Aperto di Coordinamento e l'Italia: il caso della politica delle pari opportunità nella Strategia Europea per l'Occupazione”* DLRI n. 105/05, I, pp. 85 ss.

³⁸⁶ Fortemente critico circa il sistema sanzionatorio individuato dal MAC è Schoukens P., *“Gli aspetti giuridici della politica della politica europea per combattere l'esclusione sociale”* in Riv. Lav. Rel. Ind. 2003, 3/4.

³⁸⁷ È il caso della raccomandazione del Consiglio del 12.02.01, G.U.C.E. del 10.03.01, relativa alle politiche economiche dell'Irlanda volta a mettere fine alla non conformità delle politiche economiche dell'Irlanda in relazione al GOPE.

³⁸⁸ Circa i rimedi giurisdizionali esperibili nel contesto del MAC vedasi Strazzari D., in *“Nuove forme di regolazione: il metodo aperto di coordinamento delle politiche sociali”* a cura di Barbera M., Giufrè, 2006, p. 327 ss. In senso conforme si esprime Barbara M., in *“Nuove forme di regolamentazione: il metodo aperto di coordinamento nelle politiche sociali”*, a cura di Barbera M., p. 310 ss. In senso opposto Lo Faro A., Andronico A., op. cit.

³⁸⁹ Iliopoulou A., *“La Méthode ouverte de coordination: un nouveau mode de gouvernance dans l'Unione européenne”*, Cahier de droit européen, 2006, p. 325-326.

particolare l'accento sugli effetti pratici considerevoli che hanno gli strumenti di *soft-law*.

Secondo un altro filone dottrinale³⁹⁰ l'indeterminatezza che caratterizza gli obbiettivi del MAC, unitamente all'assenza di sanzione lo rendono distante rispetto a sistemi di enforcement, come il metodo comunitario, che poggiano su procedure di infrazione e sulla giustiziabilità dei diritti, evidenziando forti differenze sul piano della sovranzionalità normativa.

Per quanto concerne le critiche mosse circa la presunta subordinazione dell'OMC alla politica economica e monetaria le osservazioni mosse riguardano il linguaggio utilizzato e le espressioni quali *management by objectives*, *policy-learning*, *benchmarking* e *peer review*³⁹¹ che è il linguaggio delle scienze politiche ed economiche. L'OMC, infatti, ricorre agli approcci strumentali mutuati dall'economia aziendale, dalle scienze statistiche, politiche e sociali; sicchè risulta evidente il disagio di un approccio giuridico, in quanto l'OMC non si basa su procedure e strumenti giuridicamente vincolanti.³⁹²

La Commissione nel 2000 lancia la proposta di pubblicare il Libro Bianco sulla governance³⁹³ europea con l'intento di incidere sulle modalità di operare da parte delle istituzioni comunitarie, prima che le modifiche dei trattati istitutivi entrassero in vigore.

Vi era, infatti, da parte della Commissione la volontà di presentare nuovi canali di rappresentazione democratica nella creazione delle decisioni politiche in grado di tenere in debita considerazione i bisogni dei cittadini europei.

Il Libro bianco sulla governance europea ha avuto il pregio di illustrare nuove forme di governance più flessibili e aperte, idonee a sviluppare ulteriormente l'integrazione europea, di riconoscere il ruolo importante assegnato agli strumenti non vincolanti ed in particolare all'OMC.

In primo luogo mette in evidenza come i "responsabili politici di tutta Europa sono oggi di fronte ad un vero paradosso: da un lato, gli europei chiedono loro di risolvere i grandi problemi della nostra società, dall'altro, questi stessi cittadini nutrono sempre minor fiducia nelle istituzioni e nelle politiche che queste adottano, o finiscono per disinteressarsene".

³⁹⁰ Lo Faro A., Andronico A., già op. cit. p. 517.

³⁹¹ Vedasi in tal senso Iliopoulou A., op.cit., p. 320 ss.

³⁹² In tal senso vedasi Guariello F., op. cit. 257.

³⁹³ COM (2001) 428 definitivo/2.

La risposta che la Commissione fornisce a questo problema è di una maggiore apertura nel processo di elaborazione delle politiche dell'Unione europea, così da garantire una partecipazione più ampia dei cittadini e delle organizzazioni alla definizione e presentazione di tali politiche³⁹⁴.

Afferma, quindi, che la partecipazione della società civili assume un ruolo fondamentale in quanto permette l'emersione dei bisogni più sentiti³⁹⁵, necessità che, spesso, non hanno le stesse priorità e lo stesso riconoscimento da parte dei Governi e dei Parlamenti; pertanto essa rivolge un invito alle “ organizzazioni di base, alle organizzazioni che cointeressano i cittadini nella vita locale e comunale, nonché alle parti sociali” di partecipazione consapevole al processo decisionale comunitario attraverso la diffusione di Libri verdi e di libri bianchi, la pubblicazione di comunicazioni. Inoltre la Commissione riconosceva il ruolo di rilievo ricoperto dagli organi rappresentativi regionali e locali in quanto sempre più destinatari delle norme comunitarie; pertanto viene rivolto un invito agli Stati Membri volto a ripensare tecniche e metodi per coinvolgere gli enti locali nella fase discendente e ascendente del diritto comunitario.

Ma il Libro bianco sulla governance europea (2001) ha il pregio di illustrare nuove forme di governance più flessibili e aperte, idonee a sviluppare ulteriormente l'integrazione europea, riconoscendo il ruolo importante assegnato agli strumenti non vincolanti ed in particolare all'OMC, tuttavia non mancando di precisare che il metodo comunitario classico deve essere rinforzato, e che

³⁹⁴ Il Presidente della Commissione europea, Romano Prodi, presentando il Libro Bianco, parlava di un “disagio democratico” avvertito nell'Unione, proveniente “in grandissima parte, dall'aver trascurato le modalità concrete della sua guida”. Tale disagio si manifesta in un sentimento di estraneità dei cittadini europei rispetto all'azione dell'Unione, indicativo dell'incertezza su che cosa sia l'Unione e che cosa aspiri a divenire, i suoi limiti geografici, i suoi obiettivi politici e il modo in cui i poteri sono ripartiti con gli Stati membri. A questo si aggiungono una diffusa impressione di inefficacia delle politiche comunitarie, una scarsa visibilità dei successi ottenuti, una carente comunicazione su ciò che fa l'Unione ed una non perfetta conoscenza dei meccanismi decisionali delle istituzioni comunitarie. Da qui la consapevolezza che la modernizzazione del governo europeo, per avvicinare l'Europa ai suoi cittadini, costituisce un'esigenza assolutamente prioritaria e per questa la pubblicazione del Libro Bianco ha avviato un dibattito pubblico sugli strumenti e le procedure di partecipazione della società civile e delle istituzioni locali a quelle comunitarie. L'attuazione di un'efficace politica di informazione sulle tematiche di interesse europeo, anche a livello locale, è quindi strettamente connessa al dibattito sulla “governance” dell'Unione europea, sia per le istituzioni comunitarie che devono adempiere al loro dovere di informazione e di comunicazione sia per i cittadini che possono in tal modo essere informati sulle opportunità loro offerte dal processo di integrazione europea. In *“Il Libro Bianco sulla governance europea: nuove prospettive comunitarie dell'autonomia trentina”*, a cura di Toniatti R., 02/02.

³⁹⁵ Quali la tutela contro le discriminazioni, la politica sociale, le misure contro l'esclusione sociale. In tal senso si esprime Baroncelli S.

comunque deve rimanere il metodo di attuazione classico nell'individuazione delle politiche comunitarie.

La Commissione fa proprie, nel Libro bianco, le teorie che negli anni '90 avevano cominciato a circolare circa l'azione decisionale frammentata della Comunità europea, in cui sempre maggior spazio assumevano all'interno del processo decisionale attori non istituzionali³⁹⁶.

Nel Libro Bianco viene auspicato un rinnovo del "metodo comunitario tramite l'adozione di un'impostazione meno verticistica ed integrando in modo più efficace i mezzi di azione delle sue politiche con strumenti di tipo non legislativo".

Il Libro Bianco successivamente volge l'attenzione anche al Metodo Aperto di Coordinamento dichiarando che esso deve essere usato caso per caso e non deve sminuire gli obiettivi comuni del Trattato né sminuire la responsabilità politica delle istituzioni. Non si deve, quindi, ricorrere quando è possibile un'azione normativa secondo il metodo comunitario. La Iliopoulou rileva come la Commissione abbia assunto nei confronti del MAC un atteggiamento ambivalente: da un lato ne riconosce i meriti, dall'altro si affretta a precisare che il suo utilizzo non deve minare il ricordo al metodo comunitario³⁹⁷.

Se la flessibilità del Metodo Aperto di Coordinamento giustifica il suo carattere alternativo rispetto al metodo comunitario, sono le differenze nella messa in opera che dimostrano che si è di fronte ad un metodo di regolazione che si allontana dai concetti base cui il metodo comunitario aveva abituato tutti i soggetti coinvolti.

In uno studio compiuto da Pochet vengono evidenziati i possibili scenari scaturenti dall'applicazione del MAC³⁹⁸. Secondo la ricostruzione operata

³⁹⁶ In tal senso vedasi Baroncelli S., op. cit. ed in *"Le fonti del diritto nell'UE dal Trattato di Roma al Trattato di Lisbona: verso un'accresciuta complessità del sistema"* in www.osservatoriosullefonti.it, fasc. n. 3/2008.

³⁹⁷ Op. cit. p. 335 ss.

³⁹⁸ Op.cit. Nella prima ipotesi l'OMC non ha alcuna influenza sulle politiche nazionali, anzi contribuirà a mascherare l'assenza di un'azione comunitaria in materia sociale, sicché ogni stato continuerà nella propria politica, senza coordinarsi con la politica comunitaria; Questa critica è stata mossa al Processo di Lussemburgo per quanto concerne l'occupazione, critica che evidenziava come la SEO avrebbe fornito più che altro lavoro agli esperti e agli alti funzionari europei che a portare effettivi miglioramenti; è oltremodo vero che il carattere informale dell'OMC in tema di pensioni e l'assenza di un dibattito nazionale, soprattutto in relazione all'esperienza francese, sembrano confermare quest'opinione.

Il secondo scenario è che l'OMC serve a ridurre le divergenze e in certi casi a sollecitare la convergenza, in tal senso Ferrera, op.cit.

dall'autore è proprio negli anni '90 che il dibattito sul principio di sussidiarietà va scemando per lasciare spazio a quello sull'OMC. Egli sostiene, infatti, che se il principio di sussidiarietà aveva come obiettivo quello del riavvicinamento dei centri di decisione ai cittadini e di relegare a livello superiore le questioni che non sarebbe stato possibile assumere (gestire) con efficacia se a livello inferiore, ecco che il MAC diviene una nuova forma di governance. Il livello superiore, secondo il principio di sussidiarietà deve intervenire solo in ultima istanza per compensare, correggere le politiche condotte dal livello inferiore.

Il MAC si configura, invece, come la necessità di trovare una coordinazione tra i differenti livelli per risolvere problemi complessi di governance, con la caratteristica di avere una visione d'insieme degli aspetti problematici. Il MAC ha, come il principio di sussidiarietà un aspetto orizzontale ed uno verticale, ma se ne differenzia in quanto non tende a separare la politica dai livelli, bensì tende a prendere in considerazione le iterazioni tra questi due indici.

Tra i principi basilari³⁹⁹ su cui poggia il Metodo Aperto di Coordinamento il principale è quello di sussidiarietà.

Infatti il Metodo Aperto di Coordinamento lascia agli Stati membri, ai livelli regionali, e locali, alle parti sociali e alla società civile in tutte le sue rappresentazioni il potere di adeguare i singoli, per non dire interni, indirizzi politici alle indicazioni del Consiglio al fine di permettere il raggiungimento degli obiettivi prefissati.

La sussidiarietà che si va quindi configurando si differenzia da quella individuata dall'art. 5 del TCE in quanto questa opera esclusivamente a livello istituzionale, attribuendo le competenze specifiche per l'attuazione di una determinata politica, come si è visto, all'ente territoriale più idoneo a conseguirlo,

Il terzo approccio è quello che vede nell'OMC lo strumento per favorire la convergenza delle politiche, e avendo di fatto degli effetti reali sui sistemi nazionali molto più importanti di quelli che si hanno con la regolamentazione tramite direttive.

Il quarto scenario è quello secondo cui l'OMC non avrebbe effetti diretti, bensì effetti a lungo termine poggiati sul processo cognitivo, in quanto permette la creazione di un quadro ideologico comune tra le amministrazioni nazionali rendendo possibile l'adozione di indicatori comuni. In questo senso la SEO ha concorso positivamente alla creazione ed individuazione degli indicatori di comparazione comuni per quanto attiene al mercato del lavoro e alle politiche di impiego.

Da ultimo l'OMC avrebbe in via prioritaria effetti sulla redistribuzione dei ruoli e dei poteri tra i soggetti coinvolti in quanto avrebbe l'effetto di conciliare formalmente il richiamo alla sussidiarietà e i tentativi di convergenza.

³⁹⁹ Gli altri principi su cui poggia il Metodo Aperto di Coordinamento sono la convergenza, il mutuo apprendimento, l'approccio integrato, la gestione attraverso la formazione di obiettivi.

e quindi a seconda dei casi il singolo Stato Membro, la Regione, l'ente locale, ovvero l'Unione europea stessa. Sicché la sussidiarietà così come indicata nel Trattato viene ricostruita attraverso il concetto di competenza statale, comunitaria e locale e attraverso il complesso rapporto che tra competenze nazionali e competenze comunitarie.

Diversa cosa è il principio di sussidiarietà così come indicato dal Metodo Aperto di Coordinamento da un lato perché a differenza del precedente non si rivolge solo a soggetti istituzionali, ma anche ad attori non istituzionali quali i rappresentanti della società civile e delle parti sociali. Pertanto non ci si riferisce più solamente a concetti quali approccio integrato, fessione attraverso la fissazione di obiettivi, ma anche a concetti quali partenariato e titolarità che presuppongono una partecipazione più ampia che non coinvolge solo attori istituzionali ma che si allarga anche ad altri soggetti.

Questa caratteristica del Metodo Aperto di Coordinamento, quindi, porta all'evidenza una serie di modalità di intervento che permettono di parlare di multilevel governance cioè di un approccio che coinvolge attori istituzionali e non il cui comune obiettivo è quello di garantire l'attuazione di orientamenti condivisi e comuni a livello nazionale.

Appare, qui, evidente come ciò si leghi indissolubilmente con le indicazioni della Commissione europea espresse nel Libro bianco sulla governance in cui invita da un lato ad una maggior partecipazione degli enti locali e regionali, anche su impulso dei singoli Stati, e attraverso il Comitato delle Regioni, e dall'altro ad un maggior coinvolgimento della società civile.

In effetti possiamo dire usando le parole della Baroncelli⁴⁰⁰ che la multilevel governance si sviluppa in due dimensioni: la prima cosiddetta di top-down che si caratterizza per la diffusione di concetti e modelli dal livello europeo verso il contesto nazionale, per il richiamo degli Stati membri che restano sordi agli orientamenti comunitari, per la diffusione di politiche innovative attraverso il processo di imitazione. La seconda dimensione detta anche di bottom up si caratterizza per un forte decentramento a livello di reti partecipative, di sperimentazione e di singole policies.

⁴⁰⁰ Baroncelli S., *“La partecipazione dell'Italia alla Governance dell'Unione europea nella prospettiva del Trattato di Lisbona – un'analisi sulle fonti del diritto nell'ottica ascendente e discendente”*, Giapichelli, 2008.

Sicché esiste un legame indissolubile, anche se sottile e ai più nascosto che lega il principio di sussidiarietà, nella sua accezione istituzionale e allargata, al Metodo Aperto di Coordinamento e alla nuova visione di governance lanciata dalla Commissione ormai quasi dieci anni or sono; è altrettanto vero che solo questo agire non più chiuso nelle rigide regole tipiche del sistema istituzionale permette di far fronte alle esigenze di un'Europa a 27 riducendo il deficit democratico attraverso la partecipazione degli enti locali da un lato e della società civile dall'altro, e permettendo ai cittadini europei di essere soggetti attivi e consapevoli delle dinamiche europee.

Secondo Ashiagbor, invece, il Metodo Aperto di Coordinamento può essere visto come una reazione al fallimento regolativo⁴⁰¹, e una risposta al c.d. gap di competenze⁴⁰² che si presenta come una forma di governance che permette di conseguire il coordinamento delle politiche senza costituire una minaccia per la sovranità degli Stati membri, e consente a questi di attuare le politiche in modo conforme al proprio grado di sviluppo socio-economico. L'OMC è l'esempio della rinuncia comunitaria ad attuare un intervento regolativo nei confronti degli Stati membri, ed il tentativo di raggiungere gli obiettivi comuni non più attraverso la loro imposizione, ma attraverso l'individuazione di una cornice al cui interno gli Stati membri sono liberi di individuare le regole.

È dunque una forma indiretta di regolamentazione che allenta le tensioni tra livello comunitario e livello nazionale, evitando il ricorso al metodo comunitario, strumento non più idoneo al raggiungimento della convergenza delle politiche.

Più di recente a livello comunitario è stato ribadito⁴⁰³ che il MAC è uno strumento giudicato idoneo a favorire il conseguimento di progressi nella sfera sociale e uno strumento innovativo nella governance europea, promuovendo la riforma e stimolando la collaborazione e la disponibilità ad apprendere l'uno

⁴⁰¹ Da un lato vi sono le politiche comunitarie, e dall'altro l'ostilità degli Stati membri poco propensi a cedere le competenze statali in favore dell'Unione europea.

⁴⁰² Con questa espressione si intende la situazione in cui la capacità di regolazione dei mercati che si esprime a livello nazionale è notevolmente ridotta per l'effetto dell'integrazione economica, mentre la capacità di risoluzione dei problemi a livello comunitario risulta compressa dagli interessi dei governi nazionali.

⁴⁰³ COM(2008) 418 def. *"Un rinnovato impegno a favore dell'Europa sociale: rafforzamento del metodo di coordinamento aperto per la protezione sociale e l'integrazione sociale"*.

dall'altro nella ricerca delle soluzioni migliori per il raggiungimento del progresso sociale, senza l'obbligo di definire un "minimo comune denominatore".

L'OMC sociale ha subito notevoli modifiche dalla sua introduzione: i tre processi di coordinamento (integrazione sociale, pensioni adeguate e sostenibili e assistenza sanitaria e a lungo termine di elevata qualità e sostenibile) sono stati integrati in un unico OMC sociale, la cui razionalizzazione ha determinato una maggiore focalizzazione dell'attenzione sull'attuazione delle politiche e su una positiva interazione con la rinnovata strategia di Lisbona per la crescita e l'occupazione⁴⁰⁴. Inoltre il nuovo ciclo ha contribuito ad approfondire l'analisi e a promuovere il processo di apprendimento sulle priorità chiave. La relazione congiunta del 2008, ha confermato la ricchezza del nuovo approccio. Contemporaneamente il suo quadro metodologico sofisticato è integrato da una combinazione di indicatori e di obiettivi quantitativi selezionati, che rende il controllo politico più efficace, trasparente e credibile. Inoltre la focalizzazione su obiettivi facilmente riconoscibili favorisce la comprensione da parte dei cittadini del processo e la loro sensibilizzazione.

⁴⁰⁴ Le relazioni nazionali del 2006 erano più strategiche e incentrate su una selezione limitata di priorità e di approcci coerenti in vista del conseguimento di obiettivi comuni. La relazione congiunta del 2007 concludeva che la considerazione congiunta dell'intera gamma di obiettivi sociali comuni contribuiva a migliorare la coerenza e l'efficacia delle politiche.

C A P I T O L O Q U A R T O

Il ruolo della Corte Costituzionale

* * *

SOMMARIO: 1. Il principio di uguaglianza nella Costituzione Italiana 2. La posizione della Corte Costituzionale 3. Le azioni positive e la sentenza 109/93 4. La sentenza 443/97 a Costituzione invariata e la parità nella rappresentanza politica 5. La sentenza 49/03 a Costituzione variata 6. Il legislatore italiano e la direttiva 2006/54/CE

1. Il principio di uguaglianza nella Costituzione Italiana.

L'art. 3 della Costituzione sancisce il principio di uguaglianza formale laddove afferma che tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono uguali davanti alla legge senza distinzione di sesso, razza, lingua, religione, opinioni politiche, condizioni personali e sociali⁴⁰⁵, seguito dal successivo comma che sancisce il principio di uguaglianza sostanziale, cioè l'impegno da parte dello Stato a rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica e sociale, riconoscendo valore di norma programmatica.

Il principio di uguaglianza formale si traduce nel divieto, in primo luogo rivolto al legislatore, di adottare trattamenti irragionevolmente differenziati tra cittadini; ciò non sta ad indicare un obbligo assoluto di trattamento sempre e comunque paritario, bensì indica un divieto di introdurre discriminazioni illegittime perché basate su uno dei motivi enumerati dalla norma costituzionale o perché basate su valutazioni irrazionali delle situazioni da regolare.

Il principio di uguaglianza formale è da considerarsi violato ogni qual volta il legislatore tratti in modo irragionevolmente uguale situazioni che si presentino diverse, ovvero quando tratti in modo diverso situazioni che risultino assimilabili.

Il giudizio sul principio di uguaglianza si basa, quindi, su un meccanismo strutturalmente relazionale, in quanto l'uguaglianza riguarda le relazioni di similitudine/diversità tra due o più persone o cose in rapporto ad un determinato bene o situazione giuridica.

Pertanto nel sindacato di uguaglianza è necessario individuare "la norma od il principio dell'ordinamento rispetto al quale la norma impugnata – diversificando o assimilando arbitrariamente situazioni simili o diverse viola il principio di uguaglianza"⁴⁰⁶, sicché il giudizio sul principio di uguaglianza si baserebbe sul confronto tra la norma impugnata e un'altra disposizione da cui

⁴⁰⁵ La prima affermazione del principio di uguaglianza si ritrova nell'art. 24 dello Statuto Albertino, sebbene sia affermato in termini diversi e più generici; "tutti i regnicoli, qualunque sia il loro titolo o grado sono uguali davanti alla legge".

⁴⁰⁶ Carovita B., Art. 3 in "Commentario breve alla Costituzione", a cura di Crisafulli V., Paladin L., Cedam, Padova, 1990, p.17.

emerge una disparità di trattamento che non appare giustificabile né da una diversità di situazioni né dal perseguimento di valori costituzionalmente rilevanti, e pertanto irragionevole.

La scelta operata dalla Costituente di indicare nell'art. 3 in modo esplicito solo alcuni fattori di discriminazione è frutto della volontà di non indicare al legislatore tali fattori come parametri normativi⁴⁰⁷.

Il principio di uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3 c. 2 Cost., frutto del compromesso tra le diverse forze politiche presenti nell'Assemblea Costituente individua un compito attivo in capo alla Repubblica di rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale che di fatto limitano l'estensione di libertà e uguaglianza a tutti. L'intervento che qui si chiede è volto sia alla redistribuzione delle risorse, sia a legittimare i singoli interventi correttivi di disuguaglianze di fatto. In tal senso si fanno rientrare quelle norme costituzionali in favore di categorie e soggetti meno protetti ed in tal senso è da intendersi il compito di promuovere l'uguaglianza quale posizione intermedia tra egualitarismo inteso come "ciascuno secondo i propri bisogni" ed uguaglianza delle opportunità inteso come "ciascuno secondo i propri meriti"⁴⁰⁸.

2. La posizione della Corte Costituzionale.

Nei primi anni di attività della Corte è possibile riscontrare l'adesione ad un'interpretazione restrittiva dell'art. 3 che esclude qualsiasi sindacato sulle differenziazioni operate dalla legge, ad eccezione di quelle rientranti nei divieti di cui all'art. 3 Cost., ed in quanto tali illegittime.

Nella sentenza 28 del 1957⁴⁰⁹, l'Avvocato Generale afferma che "l'art. 3 della Costituzione non ha natura precettiva e che l'art. 3 c.1. proclama

⁴⁰⁷ In tal senso Strazzari D., op.cit., 47 ricorda la posizione secondo cui le specificazioni contenute nella seconda parte dell'art. 3 c.2 non possono essere elevate dalla legge ad elemento o a condizione della propria applicazione o vigenza, né che la legge possa distinguere i cittadini per questi caratteri. In senso contrario Barbera M., in *"Discriminazioni ed uguaglianza nel rapporto di lavoro"*, Giuffrè, 1991, 37 laddove afferma che questa ricostruzione ha privato "i divieti di discriminazione di ogni valore diagnostico circa il significato che l'ordinamento costituzionale attribuisce alle disuguaglianze legate alle differenze nominative...e nel tempo è venuta meno la possibilità di distinguere situazioni giuridicamente rilevanti e discriminazioni giuridicamente illecite.

⁴⁰⁸ In tal senso vedasi Romagnoli U., Art. 3 in *"Commentario breve della Costituzione"*, e Cerri A., Uguaglianza (principio costituzionale di) Enc. Giur., 1994.

⁴⁰⁹ In tale sentenza la Corte si pronuncia per l'infondatezza della questione di illegittimità.

l'uguaglianza dei cittadini davanti alla legge, ma non l'uguaglianza della legge per situazioni diverse, rimesse al libero apprezzamento del legislatore”, mentre la Corte statuisce che “non è concepibile che il principio di eguaglianza dei cittadini davanti alla legge, sancito dall'art. 3 della Costituzione, debba intendersi nel senso che il legislatore non possa dettare norme diverse per regolare situazioni che esso considera diverse, adeguando così la disciplina giuridica agli svariati aspetti della vita sociale, anche al fine di conseguire i risultati additati dal secondo comma dello stesso art. 3. La valutazione della rilevanza delle diversità di situazioni in cui si trovano i soggetti dei rapporti da disciplinare non può non essere riservata al potere discrezionale del legislatore, salva l'osservanza dei limiti stabiliti nel primo comma dell'art. 3 della Costituzione, ai sensi del quale le distinzioni di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche e di condizioni personali e sociali non possono essere assunte quali criteri validi per la adozione di una disciplina diversa. Fino a quando tali limiti siano osservati e le norme siano dettate per categorie di destinatari e non ad personam, ogni indagine sulla corrispondenza della diversità di regolamento alla diversità delle situazioni regolate implicherebbe valutazioni di natura politica, o quanto meno un sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento, che alla Corte costituzionale non spetta esercitare”.

Successivamente la Corte comincia a modificare la propria posizione riconoscendo alla luce dell'art. 3 Cost. il divieto di discriminazioni arbitrarie. Con la sentenza 9/81⁴¹⁰ i giudici di Palazzo Spada si pronunciano per la fondatezza della questione in quanto è la diversità di sesso, in palese contrasto con l'art. 3 Cost., che giustifica il peggiore trattamento fatto al vedovo della donna mutilata o invalida di guerra, poi deceduta per cause diverse da quelle che ne determinarono l'invalidità, rispetto alla condizione riservata alla vedova dalle norme impugnate,

⁴¹⁰ La Corte era chiamata a pronunciarsi circa il rifiuto nei confronti di un vedovo di vedersi riconoscere la reversibilità della pensione di guerra diretta, di cui godeva la defunta moglie quale infortunata civile di seconda categoria. Il Consiglio di Stato sollevava la questione di illegittimità costituzionale anche dell'art. 3 ritenendo, tra l'altro, che la motivazione adottata a giustificazione del diniego - poggiante sulla circostanza che nella realtà sociale la minore probabilità che sia il marito anziché la moglie a dipendere economicamente dal coniuge - non possa essere condivisa in quanto nonostante il carattere bellico della pensione, l'esperienza della ultima guerra mondiale non ha fatto distinzione tra uomini e donne sia per quel che concerne i protagonisti sia per quel che attiene alle vittime, e per altro verso ritiene che come "l'orientamento della Corte costituzionale e quello politico-sociale odierno tendono ad eliminare ogni norma che limiti i diritti della donna in quanto tale rispetto a quelli dell'uomo in quanto tale", "così nessuna norma costituzionale o dottrina politico-sociale intende affermare che analoghi principi di eguaglianza non debbano essere seguiti nel senso opposto ossia - in altri termini - che nella legge e nel diritto la donna dev'essere uguale all'uomo ma l'uomo non può essere uguale alla donna".

né si può riconoscere secondo la Corte maggiore attendibilità al rilievo, peraltro non convalidato da attendibili dati di esperienza, della minore frequenza di casi di vedovi di donne infortunate civili, decedute per le ripetute vicende.

Al principio di uguaglianza è stato affiancato il principio di ragionevolezza, una sorta di giudizio a posteriori operato dal legislatore costituzionale relativo ad una valutazione circa la coerenza logica della norma rispetto al testo normativo o rispetto all'ordinamento mettendo in secondo piano il dato oggettivo della disparità di trattamento.

Secondo Strazzari⁴¹¹ il criterio della ragionevolezza, come parametro per valutare la discriminatorietà di una scelta legislativa mette in secondo piano la valutazione dell'esistenza di una disparità di trattamento, nel senso che tale momento, pur esistente, non appare, nel sindacato sul principio di uguaglianza autonomo, bensì strettamente funzionale alla valutazione dello scopo della legge.

Una legge, quindi, potrà essere considerata discriminatoria nei confronti di un certo gruppo o categoria sociale non tanto e non solo perché quest'ultimo è stato trattato in modo differente da un altro, ma perché tale distinzione appare arbitraria e irragionevole alla luce delle finalità perseguite.

In tal senso si è espressa la Corte con la pronuncia 62/94⁴¹² statuendo che “il principio costituzionale di uguaglianza non tollera discriminazioni tra la posizione del cittadino italiano e quella dello straniero per quanto concerne i diritti inviolabili dell'uomo”⁴¹³

Come evidenziato nel paragrafo che precede, l'indicazione dei fattori di discriminazione di cui all'art. 3 c. 1 Cost. non può considerarsi esaustiva, ma potrebbe introdurre una sorta di presunzione di irragionevolezza: laddove il legislatore utilizzi tali fattori come parametri normativi vi sarebbe la necessità di provare la non arbitrarietà della legge.

⁴¹¹ Op. cit., 46.

⁴¹² La Corte è chiamata a pronunciarsi su due ordinanze del Tribunale di Bergamo e una del Tribunale di Roma per violazione dell'art. 3 Cost. della legge 39/90 nella parte in cui impone al giudice procedente di disporre, su richiesta dello straniero o del suo difensore, l'immediata espulsione nello Stato di appartenenza o in quello di provenienza degli stranieri extracomunitari sottoposti a custodia cautelare per uno o più delitti, consumati o tentati, diversi da quelli indicati nell'art. 275, terzo comma, c.p.p.

⁴¹³ Con la sentenza 432/05 la Corte Costituzionale ha ritenuto illegittimo l'art. 8 c.2 l.r.1/02 della Regione Lombardia laddove escludeva dagli aventi diritto i cittadini stranieri, residenti in Lombardia, e risultanti invalidi per cause civili. La Corte ha statuito che è legittimo, per il legislatore ordinario, introdurre norme applicabili soltanto nei confronti di chi sia in possesso del requisito della cittadinanza – o viceversa ne sia privo – purchè tali da non compromettere l'esercizio di diritti fondamentali.

L'art. 3 c. 1 Cost. individua non solo un generale principio di uguaglianza, ma anche un principio generare di non discriminazione. Alcuni fattori di discriminazione sono esplicitamente indicati nell'articolo, mentre altri fattori possono ricevere tutela contro la discriminazione tramite il legislatore. Ciò che cambia è il punto di partenza: per le discriminazioni che ricadono nei fattori di cui all'art. 3 c.1 si presume ab origine l'irragionevolezza della norma, per tutti gli altri risulta necessario operare attraverso il principio di ragionevolezza.

3. Le azioni positive e la sentenza 109/93

La legge 125/91 sulle "Azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro" rappresenta un'importante traguardo e una normativa, all'epoca dell'entrata in vigore, tra le più avanzate in Europa in materia di pari opportunità⁴¹⁴, oggi sostituita dal Codice delle Pari Opportunità che fa proprie le disposizioni della normativa precedente in tema di azioni positive riconoscendole, ed in ciò distinguendosi dalla norma del '91, come unico strumento di promozione delle pari opportunità⁴¹⁵. La l. 125/91 aveva privilegiato nell'applicazione delle

⁴¹⁴ Detta legge si inserisce in un contesto normativo che vedeva il primo intervento del Legislatore nel 1886, nel 1902 la legge sulla tutela della maternità, cui ha fatto seguito l'art. 37 Cost. che per sua natura sia programmatica che precettiva aveva riaffermato il principio della tutela differenziale della donna lavoratrice, la legge 903/77 la legge 125/91.

Detta legge istituisce e disciplina organismi amministrativi per promuovere la rimozione dei comportamenti discriminatori per le donne. Tra questi è centrale il Comitato Nazionale delle Pari Opportunità, istituito presso il Ministero del Lavoro. Il compito di tale organismo consisteva nel mettere in atto interventi volti a rimuovere ogni comportamento discriminatorio legato al sesso e ogni ostacolo all'uguaglianza delle donne nell'accesso al lavoro e nel suo svolgimento, promuovere azioni positive, nonché controllare l'applicazione della legge sulle Pari Opportunità.

Con la 125/91 afferma Pinotti C., "Parità di trattamento fra uomini e donne, tra mainstreaming e azioni positive, nel diritto comunitario e nel diritto nazionale alla luce delle riforme costituzionali", in *Il Diritto della Regione*, 2000, n° 3-4 maggio, 481 ss, il legislatore si discosta dalle leggi degli anni '70 costruite su un concetto classico di uguaglianza formale e modifica il proprio approccio indicando all'art. 11.125/91 la necessità di favorire l'occupazione femminile e di garantire l'uguaglianza sostanziale tra uomini e donne sul lavoro. Pertanto secondo l'A. la l.125/91 si fa fautrice dell'uguaglianza sostanziale e dei valori di cui agli artt. 3 e 37 della Costituzione. In tal senso vedasi anche Ronchetti L. *"Uguaglianza sostanziale, azioni positive, e Trattato di Amsterdam"* in *Riv. it. dir. pubbl. comm.*, 1999, p. 995 ss.; l'A. correttamente sottolinea che la l. 125/90 presenta un concetto di azione positiva assai avanzata, anche rispetto all'ordinamento comunitario dell'epoca; la norma, inoltre, ha avuto il pregio di capovolgere la prospettiva passato dalla formale parità, che caratterizzava la l. 903/77, alla parità sostanziale delle pari opportunità.

⁴¹⁵ D.lgs. 198/06 art. 42; mentre negli articoli successivi vengono indicati i soggetti promotori, le azioni inserite nell'ambito della formazione professionale, e le azioni positive nella pubblica amministrazione.

pari opportunità settori quali la formazione professionale⁴¹⁶, gli assetti organizzativi dell'impresa⁴¹⁷, la promozione di politiche conciliative tra lavoro di cura e lavoro professionale, riconducendole a modelli volontari destinatari di incentivi, diversamente nel settore pubblico la 125/91 introduceva le c.d. azioni positive obbligatorie⁴¹⁸. Per quanto concerne, invece, la promozione delle pari opportunità al di fuori dell'ambito del lavoro subordinato il legislatore è intervenuto con la legge 215/92 in tema di azioni positive per l'imprenditoria femminile⁴¹⁹.

Il Codice delle Pari Opportunità riprende quanto disposto in tema di azioni positive dalla legge del '91, integrandola con le c.d. azioni positive nominate, che la Cafalà chiama di conciliazione, il cui merito è stato di non essere limitate alle sole donne, ma di avere come destinatari anche uomini assumendo, pertanto,

⁴¹⁶ Quali promozione dell'occupazione femminile; sviluppo della diversificazione delle scelte professionali delle donne, della formazione di quelle che già lavorano, ed inserimento nei lavori tradizionalmente maschili o in professioni ove sono meno rappresentate, azioni volte a promuovere l'equilibrio tra responsabilità professionali e familiari e una migliore ripartizione del lavoro tra uomini e donne, modificando organizzazione, condizioni e tempi di lavoro; eliminazione delle discriminazioni che penalizzano le donne nell'accesso al lavoro, nella formazione scolastica e professionale, nella progressione di carriera, nel trattamento economico e retributivo, nelle ristrutturazioni aziendali. La legge, inoltre, disponeva l'inversione dell'onere della prova e dava rilievo alle "discriminazioni indirette".

In tema di azioni positive adottate si segnalano in particolare quelle rivolte alla correzione della rappresentazione verticale che porta al fenomeno del "soffitto di cristallo", quelle volte ad interventi in tema di condizioni organizzative e sugli studi di lavoro, finalizzate indistintamente a uomini e donne, e si caratterizzano per il ricorso alla procedura di mainstreaming; al riguardo vedasi "Il nuovo diritto antidiscriminatorio" a cura di Barbera M., Giuffrè, 2007 p. 445 ss.

⁴¹⁷ Secondo Ghera E., in "Azioni positive e pari opportunità", in Dir. Lav. Rel. Ind., 1995, p.1 ss., assume rilevanza anche il ruolo dell'azienda nell'adozione delle azioni positive, la quale deve attivarsi e responsabilizzarsi all'interno della propria organizzazione per dare attuazione alle azioni positive, anche attraverso un ruolo attivo delle rappresentanze sindacali; tuttavia la Cafalà L., "Azioni positive possibili tra lotta alle discriminazioni e promozione dell'uguaglianza" in L.D. a. XIX, n. 2, primavera 2005, pone in evidenza, sulla base di uno studio compiuto dalla Regione Veneto in tema di progetti finanziati ai sensi dell'art. 9 l. 53/00 che il progetto di attuazione di azioni positive volte alla conciliazione dei tempi di vita e lavoro non va a buon fine per due ordini di motivi: il primo è dato dal fatto che le parti sociali non conoscono la problematica, ovvero non sanno come inquadrarla, ovvero l'azienda coinvolta non manifesta alcun interesse a ripensare alla propria organizzazione alla luce del progetto di conciliazione.

⁴¹⁸ Rinviano alle organizzazioni sindacali nazionali e territoriali per l'individuazione dei contenuti; Veneziani A., op.cit., vede con favore questo strumento messo a disposizione dal legislatore interno in quanto in grado di permettere la tutela promozionale delle pari opportunità, attraverso azioni positive che per la modalità di individuazione dei contenuti divengono "vincolanti per l'autonomia del datore di lavoro secondo lo schema dell'obbligazione collettiva".

⁴¹⁹ La legge tarda ad entrare in vigore vuoi perché oggetto di ricorso alla Corte Costituzionale, come si vedrà qui di seguito, vuoi perché oggetto di una procedura di infrazione mossa dalla Commissione europea nei confronti dello Stato italiano per la differente definizione data dal legislatore interno di piccola impresa; solo nel 1996 è stato adottato il regolamento di attuazione 706/96 che ha recepito le indicazioni comunitarie e ha permesso l'entrata a regime del sistema dei finanziamenti.

una particolare connotazione non assessuata, ma bidirezionale ⁴²⁰. Si tratta di misure attraverso le quali si arriva a trasferire una parte del carico dell'eguaglianza tra uomini e donne nonché a realizzare l'integrazione di queste nel mercato del lavoro anche in merito alle articolazioni dei tempi di vita e di lavoro⁴²¹.

La legge 125/91 riconosceva, quindi, la possibilità in capo ad imprese, cooperative, aziende pubbliche, sindacati, centri di formazione, amministrazioni dello Stato, Regioni, Comuni, Province, oltre che dal Comitato nazionale e dalle Consigliere di parità di promuovere azioni positive.

Frattanto con la sentenza 109/93 la Corte veniva investita della questione di illegittimità costituzionale sui ricorsi proposti dalla Provincia Autonoma di Trento e dalla Regione Lombardia⁴²² in relazione alla legge 215/92.

L'Avvocatura generale dello Stato osserva, innanzitutto, che la legge impugnata, al pari della precedente legge 10 aprile 1991, n. 125, è attuativa del precetto di cui all'art. 3 c.2 della Costituzione, in quanto è diretta a rimuovere le condizioni di fatto limitative dell'eguaglianza, promuovendo l'instaurazione di condizioni di parità non solo formale fra uomini e donne. La stessa legge, inoltre, è attuativa anche del precetto di cui all'art. 41 c.1. della Costituzione, che vuole l'iniziativa economica "libera" anche da condizionamenti di fatto.

Prosegue affermando che se questi sono i fini della legge, risulta evidente come gli stessi non possano essere perseguiti altro che dallo Stato, dovendosi assicurare uniformità di trattamento su tutto il territorio nazionale attraverso strumenti di gestione necessariamente centralizzata per realizzare un equo riparto delle risorse.

Di diverso avviso le ricorrenti le quali sostengono che "il perseguimento di finalità di eguaglianza sostanziale non è di per sé ragione sufficiente per giustificare deroghe al riparto costituzionale delle competenze tra Stato e regioni (o province autonome). In realtà, il legislatore statale potrebbe legittimamente

⁴²⁰ Art. 9 l. 53/00 rivolta alla flessibilità degli orari di lavoro, all'interno dell'istituto dei congedi parentali e di armonizzazione dei tempi urbani; sul tema vedasi Cafalà L., *"Azioni positive possibili tra lotta alle discriminazioni e promozione dell'uguaglianza"* in L.D. a. XIX, n. 2, primavera 2005.

⁴²¹ Per realizzare questo obiettivo si è incentivato il ricorso al part-time, al telelavoro, si è incentivato il ricorso a strumenti quali banca ore, orario concentrato, orario flessibile in entrata ed in uscita.

⁴²² Entrambe sostenevano che la violazione di competenza esclusiva in materia di artigiano, la violazione di competenza concorrente in tema di commercio, lesione di potestà amministrative sulle predette materie della legge 215/92.

intervenire nelle materie assegnate alle regioni (o alle province autonome) ai fini perseguiti dalla legge impugnata soltanto dettando principi fondamentali o norme fondamentali di riforma economico-sociale ovvero erogando finanziamenti a destinazione vincolata. Del resto, poiché l'art. 3 c. 2 della Costituzione assegna tale compito alla Repubblica, deve ritenersi che quest'ultimo debba essere svolto dallo Stato, dalle Regioni o dalle Province autonome nell'ambito delle rispettive competenze, individuate in base a criteri oggettivi, non in base a criteri teleologici”.

La Corte statuisce che le “finalità perseguite dalle disposizioni impugnate sono svolgimento immediato del dovere fondamentale - che l'art. 3 2 c. della Costituzione assegna alla Repubblica - di "rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese”.

Le "azioni positive", infatti, sono il più potente strumento a disposizione del legislatore, che, nel rispetto della libertà e dell'autonomia dei singoli individui, tende a innalzare la soglia di partenza per le singole categorie di persone socialmente svantaggiate - fondamentalmente quelle riconducibili ai divieti di discriminazione espressi nel primo comma dello stesso art. 3 (sesso, razza, lingua, religione, opinioni politiche, condizioni personali e sociali) - al fine di assicurare alle categorie medesime uno statuto effettivo di pari opportunità di inserimento sociale, economico e politico⁴²³.

Nel caso di specie, le "azioni positive" disciplinate dalle disposizioni impugnate sono dirette a superare il rischio che diversità di carattere naturale o biologico si trasformino arbitrariamente in discriminazioni di destino sociale. A tal fine è prevista, in relazione a un settore di attività caratterizzato da una composizione personale che rivela un manifesto squilibrio a danno dei soggetti di sesso femminile, l'adozione di un trattamento di favore nei confronti di una categoria di persone, le donne, che, sulla base di una non irragionevole valutazione operata dal legislatore, hanno subito in passato discriminazioni di ordine sociale e culturale e, tuttora, sono soggette al pericolo di analoghe discriminazioni.

⁴²³ Sembra, quindi, fare propria la concezione dell'uguaglianza come parità nei punti di partenza. Sul carattere commutativo e/o distributivo dell'uguaglianza a secondo delle differenti ideologie politiche A. Cerri, op. cit.

Trattandosi di misure dirette a trasformare una situazione di effettiva disparità di condizioni in una connotata da una sostanziale parità di opportunità, le "azioni positive" comportano l'adozione di discipline giuridiche differenziate a favore delle categorie sociali svantaggiate, anche in deroga al generale principio di formale parità di trattamento, stabilito nell'art. 3, primo comma, della Costituzione.

Una volta riconosciuto il ruolo delle azioni positive quale strumento di attuazione del principio di uguaglianza la Corte ribadisce la necessità di garantirne l'attuazione in modo omogeneo, e quindi facendole rientrare nelle materie di competenza esclusiva dello Stato.⁴²⁴ Infatti, se ne fosse messa in pericolo l'applicazione uniforme su tutto il territorio nazionale, il rischio che le "azioni positive" si trasformino in fattori (aggiuntivi) di disparità di trattamento, non più giustificate dall'imperativo costituzionale di riequilibrare posizioni di svantaggio sociale legate alla condizione personale dell'essere donna, sarebbe di tutta evidenza.

In questa pronuncia, quindi, la Corte ritiene che nel libero gioco delle parti le discriminazioni si riproducano spontaneamente e che si renda necessario, pertanto, un intervento mirato al riequilibrio del peso delle differenti forze in campo presenti nella società; fa leva sull'imperativo costituzionale di riequilibrare posizioni di svantaggio sociale legate alla condizione personale dell'essere donna, per considerare le azioni positive delle misure dirette a superare discriminazioni

⁴²⁴ Tali differenziazioni, proprio perché presuppongono l'esistenza storica di discriminazioni attinenti al ruolo sociale di determinate categorie di persone e proprio perché sono dirette a superare discriminazioni afferenti a condizioni personali (sesso) in ragione della garanzia effettiva del valore costituzionale primario della "pari dignità sociale", esigono che la loro attuazione non possa subire difformità o deroghe in relazione alle diverse aree geografiche e politiche del Paese. Ciò non toglie che nel programma di "azioni positive" previsto, in conformità alla precisa indicazione costituzionale che ne affida il compito alla "Repubblica", siano coinvolti anche soggetti pubblici diversi dallo Stato (regioni e province autonome). Ma un coinvolgimento del genere, come la Corte non ha mai mancato di affermare (sent. n. 281/92), è costituzionalmente possibile soltanto all'interno di un quadro diretto a garantire un'effettiva coerenza di obiettivi e di comportamenti.

La Corte, inoltre, riconosce che l'attuazione delle "azioni positive" a favore dell'imprenditoria femminile possa in concreto interferire con le politiche di incentivazione che le regioni o le province autonome promuovono nei settori materiali affidati alle loro competenze. Tuttavia tale incidenza indiretta, secondo il costante orientamento di questa Corte – sent. n. 281, 366 e 406 del 1992 – non può tuttavia costituire motivo di illegittimità costituzionale, ma esige, piuttosto, la previsione di adeguati strumenti di cooperazione fra lo Stato e le regioni (o le province autonome).

Una volta riconosciuto il diritto alla parità di trattamento fra uomo e donna, la stessa Costituzione prevede, all'art. 37, che il legislatore, nel dare attuazione a quel diritto, sia tenuto a bilanciarlo con altri valori costituzionali e, in particolare, con quelli connessi alle norme che tutelano la maternità e i "diritti della famiglia", in modo che sia assicurato alla donna il diritto-dovere di adempiere alla sua essenziale funzione familiare (v. sentenze n. 210 e n. 137 del 1986 e n. 123 del 1969).

affendenti al sesso, in ragione della garanzia effettiva del valore costituzionale primario della pari dignità sociale; delle misure, quindi, dirette a trasformare una situazione di effettiva disparità di condizioni in una connotata da una sostanziale parità di opportunità.

Lo stesso anno la Corte torna nuovamente sul principio di uguaglianza con la sentenza 163⁴²⁵ statuendo che l'art. 3 1 c. Cost. pone un principio avente un valore fondante, e perciò inviolabile, diretto a garantire l'eguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge e a vietare che il sesso - al pari della razza, della lingua, della religione, delle opinioni politiche e delle condizioni personali e sociali - costituisca fonte di qualsivoglia discriminazione nel trattamento giuridico delle persone.

Prosegue affermando che "l'art. 3 c. 2 della Costituzione - oltre a stabilire un autonomo principio di eguaglianza "sostanziale" e di parità delle opportunità fra tutti i cittadini nella vita sociale, economica e politica - esprime un criterio interpretativo che si riflette anche sulla latitudine e sull'attuazione da dare al principio di eguaglianza "formale", nel senso che ne qualifica la garanzia in relazione ai risultati effettivi prodotti o producibili nei concreti rapporti della vita, grazie al primario imperativo costituzionale di rimuovere i limiti "di fatto" all'eguaglianza (e alla libertà) e di perseguire l'obiettivo finale della "piena" autodeterminazione della persona e quello della "effettiva" partecipazione alla vita comunitaria.

I giudici di Palazzo Spada ribadiscono che il principio di eguaglianza - con il conseguente divieto di discriminazione, diretta o indiretta, in base al sesso - ha una generale applicazione nei rapporti della vita, considerati nella loro concreta conformazione, e la Carta Costituzionale conferisce uno specifico risalto a determinate applicazioni di quel principio in ordine alle relazioni sociali ritenute

⁴²⁵ Con tale sentenza la Corte è stata chiamata a pronunciarsi circa la legittimità dalla legge 3/80 della Provincia Autonomia di Trento la quale individuava per l'accesso al concorso per Vigili del Fuoco il requisito fisico identico per lavoratori di entrambi i sessi. La Corte conclude affermando che la previsione di un'altezza minima identica per uomini e donne per l'accesso ad un concorso viola il principio di uguaglianza e nello stesso tempo comporta una discriminazione indiretta nei confronti delle donne. Secondo la Corte non si configura, invece, alcuna discriminazione allorché l'introduzione di determinati parametri sia funzionale a particolari esigenze datoriali ovvero riguardi requisiti essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa, sempre che l'obiettivo risulti legittimo ed i mezzi impiegati siano appropriati e necessari.

più significative, quali l'art. 37 Cost. che ribadisce il principio di parità di trattamento fra uomo e donna, e l'art. 51 in tema di l'accesso agli uffici pubblici⁴²⁶.

In definitiva, fermo restando il particolare ruolo sociale della donna in riferimento ai valori costituzionali positivamente collegati al ruolo che ricompre all'interno della famiglia, dall'insieme dei principi appena ricordati deriva il divieto - significativamente enunciato in termini analoghi anche in ambito europeo (artt. 2 e 3 della direttiva CEE n. 76/207) - volto a impedire qualsiasi discriminazione basata sul sesso in relazione alle condizioni di accesso nel posto di lavoro e, in particolare, nei pubblici uffici.

Il principio di eguaglianza comporta che a una categoria di persone, definita secondo caratteristiche identiche o ragionevolmente omogenee in relazione al fine obiettivo cui è indirizzata la disciplina normativa considerata, deve essere imputato un trattamento giuridico identico od omogeneo, ragionevolmente commisurato alle caratteristiche essenziali in ragione delle quali è stata definita quella determinata categoria di persone.

Al contrario, ove i soggetti considerati da una certa norma, diretta a disciplinare una determinata fattispecie, diano luogo a una classe di persone dotate di caratteristiche non omogenee rispetto al fine obiettivo perseguito con il trattamento giuridico ad essi riservato, quest'ultimo sarà conforme al principio di eguaglianza soltanto nel caso che risulti ragionevolmente differenziato in relazione alle distinte caratteristiche proprie delle sottocategorie di persone che quella classe compongono.

In breve, il principio di eguaglianza pone al giudice l'esigenza di verificare che non sussista violazione dei seguenti criteri: a) la correttezza della classificazione operata dal legislatore in relazione ai soggetti considerati, tenuto conto della disciplina normativa apprestata; b) la previsione da parte dello stesso legislatore di un trattamento giuridico omogeneo, ragionevolmente commisurato alle caratteristiche essenziali della classe (o delle classi) di persone cui quel

⁴²⁶ Una volta riconosciuto il diritto alla parità di trattamento fra uomo e donna, la stessa Costituzione prevede, all'art. 37, che il legislatore, nel dare attuazione a quel diritto, sia tenuto a bilanciarlo con altri valori costituzionali e, in particolare, con quelli connessi alle norme che tutelano la maternità e i "diritti della famiglia", in modo che sia assicurato alla donna il diritto-dovere di adempiere alla sua essenziale funzione familiare (sentenze n. 210 e n. 137 del 1986 e n. 123 del 1969).

trattamento è riferito; c) la proporzionalità del trattamento giuridico previsto rispetto alla classificazione operata dal legislatore, tenendo conto del fine obiettivo insito nella disciplina normativa considerata: proporzionalità che va esaminata in relazione agli effetti pratici prodotti o producibili nei concreti rapporti della vita.

Di recente la Corte di Cassazione, Sez. Lav., si è espressa in un caso simile a quello vagliato dalla Corte Costituzionale con sentenza 163/93⁴²⁷ rilevando in primo luogo che l'individuazione del requisito dell'altezza minima identica per uomini e donne costituiva una discriminazione indiretta. La Cassazione fa proprio quanto osservato dalla Corte Costituzionale rilevando che “ la previsione di un'altezza minima per gli uomini e le donne, quale requisito fisico, per l'accesso ad un pubblico concorso viola il principio di uguaglianza, vuoi in quanto presuppone erroneamente l'insussistenza della considerevole diversità di statura mediamente riscontrabile tra i due sessi, vuoi in quanto comporta una discriminazione indiretta a sfavore delle donne che risultano in concreto svantaggiate in misura proporzionalmente maggiore rispetto agli uomini, in relazione a differenze antropomorfe statisticamente riscontrabili e obiettivamente indipendenti”:

In secondo luogo la Cassazione rileva un vizio di motivazione nella sentenza di secondo grado in quanto non sono stati esaminati i criteri di ragionevolezza che avrebbero potuto giustificare la previsione regolamentare di un'altezza minima alla luce, anche, della nozione di discriminazione indiretta ex art. 4 c. 2 l. 125/91. Infatti non si configura discriminazione alcuna solo nel caso in cui l'introduzione di determinati parametri, quale quello oggetto della sentenza de quo, sia funzionale a particolari esigenze datoriali ovvero riguardi requisiti essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa, circostanza che non ha trovato riscontro nel caso di specie.

⁴²⁷ C. C. Sez. Lav., sent. n. 23562/07 qui la lavoratrice chiedeva il riconoscimento del proprio diritto ad essere assunta dalla Metropolitana di Roma, avendo positivamente superato le prove previste; tuttavia era stata esclusa per mancanza del requisito dell'altezza che era stato individuato sia per gli uomini che per le donne in cm 1,55. vedi nota a sentenza a cura di De Luca Tamajo S. “*La fissazione di un'altezza minima ai fini dell'accesso al lavoro quale fonte di discriminazione indiretta*” in N.G.C.C., 2008, I, 579 ss.

4. La sentenza 422/95 a Costituzione invariata e la parità nella rappresentanza politica.

Con la sentenza 422/95⁴²⁸ la Corte viene chiamata a pronunciarsi sulla disposizione in base alla quale nelle liste dei candidati alle elezioni dei consiglieri

⁴²⁸ Il signor Giovanni Maio, iscritto nelle liste del comune di Baranello, avente popolazione non superiore a 15.000 abitanti, ha impugnato avanti il T.A.R. Molise le operazioni per l'elezione del sindaco e del consiglio comunale in quanto, tra i trentasei candidati al consiglio comunale complessivamente presentatisi nelle tre liste in competizione, era presente una sola donna, in violazione dell'art. 5 c. 2 l. 81/92, secondo cui "Nelle liste dei candidati nessuno dei due sessi può essere di norma rappresentato in misura superiore ai due terzi". Il T.A.R. Molise respingeva il ricordo interpretando la citata disposizione come una proposizione legislativa priva di valore precettivo. Il Consiglio di Stato, in sede di appello, ha sollevato questione di legittimità costituzionale della medesima in riferimento agli artt. 3, c.1 e artt. 49 e 51 c.1. Cost. La questione di legittimità viene sollevata in primo luogo con riferimento al principio di eguaglianza, sancito dall'articolo 3, primo comma, della Costituzione, e ribadito, in materia elettorale, dall'art. 51, primo comma. Il principio di eguaglianza, secondo cui "tutti ..sono uguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso ..", si porrebbe, infatti, come regola di irrilevanza giuridica del sesso e delle altre diversità contemplate dall'art. 3.

Il Consiglio di Stato escludeva che nel caso in esame il sesso costituisca una situazione obiettivamente giustificante la sua assunzione ad elemento di una fattispecie normativa, e non sembrava neppure possibile dare rilievo al sesso in base alla regola cosiddetta di "eguaglianza sostanziale" ex art. 3 c.2 Cost. come invece nelle volontà del legislatore.

La regola secondo cui è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine sociale, che, limitando di fatto l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica del Paese, non potrebbe che riferirsi, ad avviso del Consiglio di Stato, agli ostacoli di ordine materiale la cui esistenza vanifica o limita, per taluni, i diritti astrattamente garantiti a tutti, ma non ai pregiudizi ed agli atteggiamenti di disfavore da cui taluni o molti possono essere affetti nei confronti di persone appartenenti a un sesso o a una data razza, religione, o madrelingua.

Il principio di eguaglianza davanti alla legge, inoltre, sarebbe vanificato se, in nome di una pretesa eguaglianza sostanziale, il legislatore potesse assumere disposizioni di favore in ragione delle diverse condizioni personali elencate nel primo comma, o in ogni caso assumere quelle diverse condizioni personali come elemento di discriminazione fine a se stessa. Sotto questo profilo, osserva il remittente, non sembra esservi nessuna differenza tra l'escludere uno dei due sessi da determinati uffici o cariche, e il prevederne obbligatoriamente la presenza, ove questa non sia richiesta da esigenze oggettive.

Analoghe considerazioni vengono espresse per quanto riguarda l'eguaglianza nell'accesso alle cariche elettive ex art. 51 c.1.; al riguardo il Consiglio di Stato osserva che il costituente ha ritenuto opportuno (con riferimento alla situazione di allora, nella quale le donne erano escluse dalle cariche elettive e dalla maggior parte degli uffici pubblici) precisare che il diritto di accesso alle cariche e agli uffici si riferiva ai cittadini "dell'uno o dell'altro sesso"; ma, acquisito ciò, non può ritenersi che l'eguaglianza tra i sessi nelle cariche elettive significhi qualcosa di diverso dalla indifferenza del sesso ai fini considerati nella disposizione costituzionale, e in particolare che detta eguaglianza sia qualcosa che debba essere "attuato" mediante la positiva previsione del sesso come condizione di accesso alle cariche elettive.

Di diverso avviso il patrocinio del signor Maio secondo il quale la norma di cui si sospetta l'illegittimità costituzionale non impone incondizionatamente l'obbligo di proporzione tra i sessi nelle liste ma solo di motivare adeguatamente i casi in cui tale proporzione non può essere raggiunta, motivazione che se presente esclude ipso facto la violazione degli artt. 3, 49 e 51.

Le stesse argomentazioni evidenziate dall'amministrazione resistente, con particolare riferimento alle difficoltà incontrate dai presentatori delle liste nell'ottenere l'accettazione di candidature da parte di elettrici, mentre evidenzia l'assenza di qualsiasi danno per i presentatori (potendo essi stessi motivare tali ragioni, ottenendo la deroga), comproverebbero la sussistenza di legittime ragioni, sotto il profilo costituzionale, perseguite dal legislatore.

comunali, nei comuni fino a 15.000 abitanti, nessuno dei due sessi poteva di norma essere rappresentato in misura superiore ai due terzi. Per la Corte costituzionale la disposizione censurata "tendeva a configurare una sorta d'azione positiva volta a favorire il raggiungimento di una parità non soltanto formale⁴²⁹, bensì sostanziale, fra i due sessi nell'accesso alle cariche pubbliche".

La Corte riteneva che l'intento perseguito dal legislatore con la . 81/93 tendesse a configurare un'azione positiva che, in quanto misura volutamente disuguale, non avrebbe potuto incidere direttamente sul contenuto stesso dei diritti fondamentali rigorosamente attribuiti a tutti i cittadini ed in particolare il diritto di voto⁴³⁰.

Tale affermazione ha contribuito ad accrescere l'equivoco secondo cui le azioni volte a promuovere la parità tra i sessi nella rappresentanza politica sono assimilabili allo strumento del trattamento preferenziale e quindi alle azioni positive, in particolare quelle adottate in ambito giuslavoristico. Conclusione errata in quanto queste ultime necessitano di una caratterizzazione in senso sostanziale del principio generale di uguaglianza, mentre le disposizioni adottate per promuovere la parità tra i sessi in campo elettorale sono conformi al principio

Né potrebbe disconoscersi sia il ruolo che l'effetto dispiegato dalla norma, e cioè quello di rimuovere, ove correttamente interpretata ed applicata, gli ostacoli che, per tradizione o costume o per altri motivi di natura socioeconomica impediscono di fatto, in particolare al sesso femminile, di prendere parte alla vita politica locale, relegandone le potenzialità e le capacità di impegno in un contesto marginale, e riconoscendo di fatto, al sesso maschile, un vero e proprio monopolio all'interno della vita politica di tanti comuni e piccole realtà locali.

In assenza della citata norma, prosegue il signor Maio, verrebbe vanificata l'attuazione dell'art. 3 c. 2 della Costituzione, il quale diverrebbe un'inutile ripetizione del primo comma, ovvero del principio valido, ma tuttavia superato dal sistema giuridico-costituzionale, dell'"eguaglianza formale", ovvero di una eguaglianza di per sé inidonea a garantire ai cittadini "pari opportunità" ed "uguali diritti", quanto meno nelle disposizioni "di partenza", e conseguentemente anche in sede di elettorato attivo (opportunità di scelta) e passivo (diritto di accesso alle cariche: art. 51 della Costituzione).

⁴²⁹ Il precetto di uguaglianza formale è inteso in senso impeditivo di misure direttamente attributive di risultato; in tal senso vedasi Cerri A., Veneziani B., *“Le azioni positive dopo la sentenza Marschall. Le opinioni di”*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 78, 1998, 2, pp. 415-416.

⁴³⁰ La Corte così si esprime: “ Non è questa la sede per soffermarsi sul dibattito dottrinale, storico e politico che si è sviluppato intorno ai concetti di uguaglianza formale e uguaglianza sostanziale, e conseguentemente al nesso che intercorre fra il primo ed il secondo comma dell'art. 3 della Costituzione. Certamente fra le cosiddette azioni positive intese a rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini impediscono il pieno sviluppo della persona umana e la effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica economica e sociale del Paese, vanno ricomprese quelle misure che, in vario modo, il legislatore ha adottato per promuovere il raggiungimento di una situazione di pari opportunità fra i sessi. Ma se tali misure legislative, volutamente diseguali, possono certamente essere adottate per eliminare situazioni di inferiorità sociale ed economica o, più in generale, per compensare e rimuovere le disuguaglianze materiali tra gli individui, quale presupposto del pieno esercizio dei diritti fondamentali, non possono, invece, incidere direttamente sul contenuto stesso di quei medesimi diritti rigorosamente garantiti in ugual misura a tutti i cittadini in quanto tali”.

di uguaglianza in quanto hanno come fine quello di regolare in modo uguale l'accesso alle cariche elettive senza distinzioni di sesso.⁴³¹

Quello che stupisce è, usando le parole di Pollicino, “lo spostamento concettuale per cui una norma volta a consentire la parità di chances viene considerata direttamente attributiva del risultato. Ma il risultato è l'elezione non la candidatura”⁴³².

Anche Pinotti⁴³³ afferma che “la Corte ha errato ponendo la questione in termini di quote intese quali risultati elettorali, piuttosto che in termini di pari; e dunque, avendo mal posto il problema, ha concluso correttamente che non si può parlare di quote perché queste ultime costituiscono un'inaccettabile discriminazione positiva nel campo elettorale, in quanto vanno a nuocere un'aspettativa di pari opportunità dell'uomo nella candidatura. La Corte sembra aver omesso di ricordare come nella questione sottoposta non si parlasse di seggi ma di candidabilità, in altri termini la posta in gioco non era il risultato, ma un'azione di possibile successo alle cariche elettive”.

Diversamente si esprime la Corte laddove statuisce che in tema di diritto all'elettorato passivo, la regola inderogabile stabilita dallo stesso Costituente, con l'art. 51 c.1, è quella dell'assoluta parità, sicché ogni differenziazione in ragione del sesso non può che risultare oggettivamente discriminatoria, diminuendo per taluni cittadini il contenuto concreto di un diritto fondamentale in favore di altri, appartenenti ad un gruppo che si ritiene svantaggiato. E aggiunge che la norma oggetto del vaglio costituzionale individua misure non coerenti con le finalità di cui all'art. 3 c. 2 Cost. dato che esse non si propongono di "rimuovere" gli ostacoli che impediscono alle donne di raggiungere determinati risultati, bensì di attribuire loro direttamente quei risultati medesimi.

La Corte aveva, quindi, desunto dal dettato costituzionale il principio di “irrilevanza giuridica” del sesso come elemento fondamentale del principio di uguaglianza formale che, per quanto riguarda la materia elettorale e, più in generale, l'accesso a pubblici uffici, sarebbe stato ribadito dall'art. 51 c.1. Cost., laddove si dice che “tutti i cittadini dell'uno e dell'altro sesso possono accedere agli uffici pubblici ed alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge”. Diretto corollario era l'affermazione secondo cui,

⁴³¹ Op. ult. cit., 259.

⁴³² Op. cit. 257.

⁴³³ Pinotti C., op. cit. 489

“in tema di elettorato passivo, la regola inderogabile stabilita dallo stesso costituente con l’art. 51 c. 1. è quello dell’assoluta parità, sicché ogni differenziazione in ragione del sesso non può che risultare discriminatoria”.

Tuttavia, dopo aver affermato l’illegittimità delle disposizioni volte ad ottenere un’equa rappresentazione nelle liste elettorali in quanto imposte per legge, proseguiva statuendo che “le stesse possono essere positivamente valutate ove liberamente adottate dai partiti politici, associazioni, o gruppi che partecipano alle elezioni, anche con apposite previsioni dei rispettivi statuti o regolamenti concernenti la presentazione delle candidature. A risultati validi si può quindi pervenire con un’intensa azione di crescita culturale che porti partiti e forze politiche a riconoscere la necessità improcrastinabile di perseguire l’effettiva presenza paritaria delle donne nella vita pubblica, e nelle cariche rappresentative in particolare. Determinante in tal senso può risultare il diretto impegno dell’elettorato femminile ed i suoi conseguenti comportamenti”⁴³⁴.

La pronuncia 422/95, resa appena un mese prima della sentenza *Kalanke*, fa emergere come la Corte italiana resta fortemente ancorata ad una logica formalistica secondo la quale lo strumento del trattamento preferenziale si deve limitare a realizzare l’uguaglianza dei punti partenza e non di devee in alcun caso spingersi oltre. Diversamente nella sentenza *Kalanke* emerge la coscienza dell’importanza, a livello comunitario, del caso sottoposto all’attenzione della Corte proprio perché è in discussione il significato del principio di eguaglianza, la contrapposizione tra uguaglianza formale, intesa come parità di trattamento tra individui di gruppi diversi, e uguaglianza sostanziale, intesa come eguaglianza fra i gruppi. In definitiva, il diritto di ogni individuo a non essere discriminato in base al sesso, riconosciuto dalla stessa Corte come un diritto fondamentale di cui essa ne garantisce l’osservanza, deve cedere il passo rispetto ai diritti di un gruppo svantaggiato, nella specie le donne, al fine di compensare le discriminazioni subite da tale gruppo nel passato⁴³⁵.

Nella descrizione dei tre modelli di azioni positive, operata dal Tesauro e di cui si è già detto, il terzo, quello dell’azione come rimedio ai perduranti effetti di storiche discriminazioni giuridicamente rilevante, assumendo carattere

⁴³⁴ Secondo Pollicino, op. ult. cit, 277 si è di fronte ad un caso classico di “esternalizzazione costituzionale in cui il problema dell’uguaglianza e della parità viene posto fuori dall’area di azioni del diritto.

⁴³⁵ P.to 7.

risarcitorio, legittima trattamenti preferenziali a favore delle categorie svantaggiate, in particolare mediante sistemi di quote e di goals. Tuttavia l'imposizione di quote, sebbene strumento utile per raggiungere la parità, è quello più soggetto a critiche perché è quello che maggiormente incide sul principio di eguaglianza tra individui, principio che trova riconoscimento nelle carte costituzionali degli Stati membri.

Nonostante ciò l'Avvocato generale prosegue chiedendosi se, tenuto conto che qualsiasi azione specifica a favore di una categoria minoritaria o comunque debole si pone in contrasto con il principio di uguaglianza in senso formale, sia possibile concepire che, in circostanze ben determinate e per raggiungere uno scopo corrispondente ad una scelta sociale tesa a cancellare le disuguaglianze derivanti da pregiudizi del passato, possano essere adottate delle disposizioni in contrasto con detto principio e ciò non di meno giuridicamente consentite. Si chiede, quindi, se ci si trovi di fronte ad un esempio di uguaglianza sostanziale e se ciò sia ammissibile.

E per dare una risposta si pone un ulteriore interrogativo circa il significato del concetto di pari opportunità, più precisamente chiarire se con tale espressione s'intende l'eguaglianza dei punti di partenza ovvero quella dei punti di arrivo. Dare opportunità pari non può che significare, sostiene il Tesauro, mettere in condizione di ottenere un eguale risultato, dunque ristabilire tra gli appartenenti ai due sessi le condizioni di parità nei punti di partenza. Per ottenere tale risultato, è evidentemente necessario rimuovere gli ostacoli di fatto che impediscono la realizzazione di pari opportunità fra uomini e donne nel campo del lavoro: occorrerà dunque individuare gli ostacoli e poi procedere alla loro rimozione, utilizzando gli strumenti più adeguati a tale scopo.

Conclude affermando che il principio di eguaglianza sostanziale implica la presa in considerazione delle disparità di fatto che dipendono dall'appartenenza ad una classe di persone o ad un gruppo sociale determinato; e consente ed impone di eliminare o comunque neutralizzare, attraverso misure specifiche, le conseguenze diseguali e pregiudizievoli derivanti agli appartenenti al gruppo in questione da tali disparità.

A differenza del principio di eguaglianza formale, che vieta di fondare le disparità di trattamento degli individui su taluni fattori differenzianti, quale appunto il sesso, il principio di eguaglianza sostanziale rimanda, invece, ad un

concetto positivo, fondandosi proprio sulla rilevanza di quegli stessi fattori diversi per legittimare un diritto diseguale, strumento per il raggiungimento dell'eguaglianza tra persone assunte non come neutre ma tenuto conto delle differenze.

In definitiva, il principio di eguaglianza sostanziale è integrativo del principio di eguaglianza formale, dal quale consente unicamente quelle deviazioni che siano giustificate dal fine cui tendono: assicurare un'effettiva parità. L'obiettivo finale è dunque lo stesso: assicurare l'eguaglianza tra persone.

Tuttavia, la Corte Costituzionale italiana si esprime in senso contrario rispetto alle osservazioni dell'Avvocato Generale dando un segnale forte alla Corte di Giustizia di diffidenza nei confronti di una norma, quale quella tedesca, che ammetteva in modo così audace il trattamento preferenziale; e quest'ultima non resta sorda alle indicazioni della Corte italiana⁴³⁶.

5. La sentenza 49/03 a Costituzione variata.

Nel 2001 sono entrate in vigore rispettivamente le leggi costituzionali n. 2 e 3, la prima relativa all'elezione diretta dei Presidenti delle Regioni a Statuto speciale e delle Provincia autonome di Trento e Bolzano avente il fine di conseguire l'equilibrio della rappresentanza dei sessi, promuovendo le condizioni di parità per l'accesso alle consultazioni elettorali. La seconda modificativa del Titolo V, in particolare per quanto qui di interesse l'art. 117 c.7 ai sensi del quale le leggi regionali rimuovono ogni ostacolo che impedisce la piena parità degli uomini e delle donne nella vita sociale, culturale ed economica e promuovono parità di accesso tra donne ed uomini nelle cariche elettive.

Con queste importanti modifiche della Carta Costituzionale viene riconosciuto alle Regioni un ruolo attivo nella rimozione degli ostacoli per il raggiungimento della parità, oserei dire un riconoscimento in capo alle Regioni di attuazione del principio di uguaglianza sostanziale, nonché un ruolo attivo nelle

⁴³⁶ Secondo Pollicino O., op. cit. 101, la decisione presa dalla Corte di Giustizia di lì ad un mese da quella italiana è un atto di deferenza nei confronti del potere legislativo dei singoli Stati membri le cui Corti, all'epoca dei fatti di causa, risultavano restie a legittimare il trattamento preferenziale. Nonostante ciò tra i pregi della sentenza *Kalanke* vi è stato quello di avviare un dibattito a livello comunitario sullo strumento del trattamento preferenziale.

scelte politiche di pari opportunità in materia di elezioni regionali. A modificare ulteriormente il quadro costituzionale di riferimento è intervenuta, di lì a poco la legge costituzionale n. 1/2003 che, all'originario art. 51 c.1. secondo cui “tutti i cittadini dell'uno o dell'altro sesso possono accedere agli uffici pubblici ed alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza”, ha aggiunto che “a tal fine la Repubblica promuove con appositi provvedimenti le pari opportunità tra donne e uomini”⁴³⁷.

Con la decisione n. 49/2003 la Corte Costituzionale è chiamata a pronunciarsi, in virtù della questione sollevata dal Governo, sulla di legittimità della legge elettorale della Valle d'Aosta laddove prevedeva la presenza obbligatoria di entrambi i sessi nelle liste, senza fissare alcuna percentuale, e laddove prevedeva che in sede di verifica venissero dichiarate invalide quelle liste in cui non erano presenti entrambi i sessi⁴³⁸.

Anche la legge della Val d'Aosta come la precedente legge oggetto della sentenza 422/94 prevedeva un vincolo nella formazione delle liste elettorali imponendo che entrambi i sessi, anche con un solo esponente, fossero presenti nelle liste, a differenza della legge 87/91, oggetto della sentenza 422/95 in cui si richiedeva la percentuale minima pari ad 1/3 del sesso sottorappresentato.

La Regione Val d'Aosta, nel proprio intervento, sosteneva che in relazione alle norme impugnate si era di fronte a previsioni normative conformi ai vincoli che derivano da una serie di strumenti di diritto internazionale, cui l'Italia ha aderito, e che ribadiscono l'esigenza di una tutela anche attiva della posizione della donna, in particolare per quanto concerne la rappresentanza elettorale,

⁴³⁷ Da ultimo la l. n. 90/2004, concernente le elezioni dei membri del Parlamento europeo, ai sensi della quale “al momento della formazione delle liste elettorali, nessuno dei due sessi può essere rappresentato in misura superiore ai due terzi dei candidati”.

⁴³⁸ Il Governo richiama in toto, facendola propria, la posizione della Corte Costituzionale resa nella sentenza 422/95, sostenendo peraltro che solo qualora la norma impugnata venisse interpretata come norma preramente propositiva, quasi un auspicio che ogni lista sia formata da conadidati di entrambi i sessi allora non sarebbe ravvisabile il contrasto costituzionale.

Secondo la Regione Val d'Aosta si tratterebbe, invece, di previsioni conformi ai vincoli che derivano da una serie di strumenti di diritto internazionale, cui l'Italia ha aderito, e che ribadiscono l'esigenza di una tutela anche attiva della posizione della donna, in particolare per quanto concerne la rappresentanza elettorale, richiamando la convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna del 1979, e di previsioni coerenti alle nuove prospettive emergenti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, adottata a Nizza il 7 dicembre 2000, il cui art. 23 c.2 proclama che “il principio della parità non osta al mantenimento o all'adozione di misure che prevedano vantaggi specifici a favore del sesso sottorappresentato”.

Da ciò si, secondo la difesa della Regione Val d'Aosta che il quadro di riferimento costituzionale, rispetto al quale vanno collocate le norme regionali sottoposte al vaglio di legittimità costituzionale, non coincide con quello vigente al momento della sentenza di illegittimità costituzionale n. 422 del 1995.

richiamando la Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna del 1979, e di previsioni coerenti alle nuove prospettive emergenti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, adottata a Nizza il 7 dicembre 2000, il cui art. 23 c.2 proclama che “il principio della parità non osta al mantenimento o all'adozione di misure che prevedano vantaggi specifici a favore del sesso sottorappresentato”.

Da ciò si ricava, secondo la difesa della Regione Val d'Aosta, che il quadro di riferimento costituzionale, rispetto al quale vanno collocate le norme regionali sottoposte al vaglio di legittimità costituzionale, non coincide con quello vigente al momento della sentenza di illegittimità costituzionale n. 422 del 1995.

La Corte, torna sui suoi passi e, prendendo atto del quadro internazionale e delle recenti modifiche del testo costituzionale⁴³⁹, nonché dell'inerzia dei partiti nell'attivarsi, su base volontaria dichiarava costituzionalmente legittimo un vincolo legale rispetto alle scelte di chi forma e presenta liste, ritenendo di conseguenza conforme al nuovo quadro costituzionale di riferimento “il perseguire come effetto di legge quello che si auspicava potesse avvenire attraverso scelte statutarie e regolamentari dei partiti i quali fino ad ora - aggiungeva la Corte - non hanno mostrato grande propensione a tradurle spontaneamente in atto con regole di autodisciplina previste ed effettivamente seguite”⁴⁴⁰. In relazione alle novità introdotte con la riforma del Titolo V della Costituzione la Corte ha precisato che l'art. 117 “ non appare nemmeno tale da incidere propriamente, in modo significativo, sulla realizzazione dell'obbiettivo di un riequilibrio nella composizione per sesso della rappresentanza. Infatti, esso si esaurisce nell'impedire che, nel momento in cui si esplicano le libere scelte di ciascuno dei partiti e dei gruppi in vista della formazione delle liste, si attui una discriminazione sfavorevole ad uno dei due sessi, attraverso la totale esclusione di candidati ad esso appartenenti. Le condizioni di parità tra i sessi, che la norma costituzionale richiede di rimuovere, sono qui imposte nella misura minima di una non discriminazione, ai fini della candidatura, a sfavore dei cittadini di uno

⁴³⁹ “Il vincolo che la normativa impugnata introduce alla libertà dei partiti e dei gruppi che presentano le liste deve essere valutata oggi anche alla luce di un mutato quadro costituzionale di riferimento che si è evoluto rispetto a quello in vigore all'epoca della pronuncia di questa Corte invocata dal ricorrente a sostegno dell'odierna questione di legittimità costituzionale”.

⁴⁴⁰ Il nuovo orientamento costituzionale è stato tenuto in considerazione dal legislatore con la legge l. n. 90/2004, concernente le elezioni dei membri del Parlamento europeo, secondo cui al “momento della formazione delle liste elettorali, nessuno dei due sessi può essere rappresentato in misura superiore ai due terzi dei candidati”.

dei due sessi. In definitiva, ribadito che il vincolo resta limitato al momento della formazione delle liste, e non incide in alcun modo sui diritti dei cittadini, sulla libertà di voto degli elettori e sulla parità di chances delle liste dei candidati e delle candidate nella competizione elettorale, né sul carattere unitario della rappresentanza politica, la misura disposta può senz'altro ritenersi una legittima espressione sul piano legislativo dell'intento di realizzare la finalità promozionale espressamente sancita dallo statuto speciale in vista dell'obbiettivo di equilibrio della rappresentanza".

Inoltre ha modo di correggere l'errore, di cui prima si è detto, che ha portato alla sovrapposizione concettuale tra la parità dei punti di partenza, in questo caso la presenza nelle liste, e l'assicurazione del risultato finale cioè l'ottenimento del seggio. Afferma, infatti, che le disposizioni contenute nella legge della Val d'Aosta pur avendo l'intento di favorire la rappresentanza paritaria tra i sessi non potevano in alcun modo essere considerate misure di disuguaglianza, e che le stesse stabilivano un vincolo non sull'esercizio di voto o sull'esplicazione dei diritti dei cittadini eleggibili, ma alla formazione delle libere scelte elettorali, precludendo solo la possibilità di presentare liste formate da candidati dello stesso sesso.

Tuttavia la Corte con questa sentenza è ancora lontana dall'orientamento espresso con la sentenza 109/93⁴⁴¹, si limita piuttosto a fornire una sentenza monito nei confronti di partiti e gruppi politici affinché gli stessi in sede statutaria si facciano carico di dare attuazione al principio della parità di trattamento.

Nel 2005 con l'ordinanza n. 39 la Corte ha l'occasione di tornare nuovamente sul punto grazie al ricorso presentato dal Consiglio di Stato⁴⁴², il

⁴⁴¹ In tal senso Pinotti C., op. cit., 491.

⁴⁴² La vicenda trae origine dall'esito finale di un concorso per un posto di direttore del Museo di Bassano del Grappa impugnato innanzi il TAR del Veneto, dalla candidata non vincitrice la quale lamentava che l'espletamento degli atti concorsuali ad opera di una commissione tutta al maschile, sarebbe avvenuto in violazione dell'art. 9 c.2, d.P.R. n. 487/1994 regolamento recante norme sull'accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni e le modalità di svolgimento dei concorsi, dei concorsi unici e delle altre forme di assunzione nei pubblici impieghi in base al quale almeno 1/3 dei posti dei componenti delle commissioni di concorso deve essere riservato a donne.

Il Tribunale amministrativo accoglieva il ricorso ed annullava gli atti concorsuali. Il Comune di Bassano del Grappa provvedeva ad eseguire la sentenza licenziando il vincitore e includendo in una nuova commissione giudicatrice un commissario di sesso femminile. All'esito alla rinnovata procedura risultava vincitrice la candidata esclusa nella prima tornata concorsuale annullata e il signore che era risultato vincente nella stessa occasione e licenziato successivamente, appellava la sentenza del Tribunale amministrativo del Veneto davanti al Consiglio di Stato.

Lo stesso dopo aver rilevato come il regolamento avesse il proprio fondamento normativo nell'art. 61, lett. a), d.lgs. n. 29/1993, sollevava questione di costituzionalità in relazione a tale disciplina legislativa in quanto la norma si sarebbe scontrata con il principio fondamentale di

quale a fondamento delle proprie ragioni richiamava l'approccio *gender blind* seguito dalla Corte Costituzionale con la sentenza 422/95. Secondo il Consiglio di Stato la disposizione impugnata è tale da imporre la presenza di donne per almeno un terzo nelle commissioni di concorso, con l'asserita e irragionevole conseguenza che una commissione risulterebbe legittimamente composta se formata di sole donne, mentre sarebbe illegittimamente composta se formata di soli uomini. E ancora il Consiglio di Stato ritiene la norma in contrasto con il principio di razionalità in quanto se il suo obiettivo è quello di garantire pari opportunità tra uomini e donne per l'accesso al lavoro ed il trattamento sul lavoro, la pari opportunità deve essere quella finalizzata ad conseguimento del posto di lavoro e non alla partecipazione alle commissioni esaminatrici.

La Corte ha dichiarato irricevibile il ricorso in quanto il Consiglio di Stato è risultato essere fermo alla sentenza del '94, e non ha tenuto in debita considerazione non solo la sentenza n. 49/03 ma si è completamente dimenticato di valutare il caso di specie alla luce delle recenti modifiche dalla Costituzione.

Sicché la Corte nelle sue motivazioni richiama in toto la decisione 49/2003 e compie un ulteriore passo avanti proiettando la legittimazione dello strumento del trattamento preferenziale formulato in termini neutrali o bidirezionali, come era nel caso della normativa ad oggetto in quel giudizio, anche nei confronti delle fattispecie normative che, come nel caso che si commenta, sono esplicitamente *women oriented*, per via della loro identificazione *ex ante*, nella enunciazione linguistica significativa, delle donne come dirette destinatarie della misura di favore.

Possiamo dire quindi che la Corte costituzionale ha avuto modo di modificare la propria posizione dando rilievo, nei tempi più recenti, agli orientamenti delle istituzioni comunitarie, e alle modifiche intervenute con il Titolo V, nonostante una resistenza da parte del Governo, soprattutto per quanto attiene la parità tra uomo e donna in campo elettorale, e una resistenza dei tribunali a riconoscere l'importanza dell'uguaglianza sostanziale, e ad intraprendere il passaggio da uno orientamento *gender blinde*, ad uno bidirezionale. La Corte, inoltre, ha anche riconosciuto la difficoltà di lasciare al settore privato, inteso in senso ampio, e qui in particolare in riferimento ai partiti,

uguaglianza tra sessi, sancito in generale all'art. 3 c.1 Cost. e, per quanto riguarda l'accesso agli uffici ed alle cariche elettive, previsto dall'art. 51 Cost.

il compito di adottare misure volte a perseguire la parità di trattamento; settore che se non adeguatamente spronato resta totalmente indifferente alla necessità di adottare meccanismi idonei al raggiungimento dell'obiettivo.

6. Il legislatore italiano e la direttiva 2006/54.

La direttiva 2006/54 indica il 15 agosto 2008⁴⁴³ quale termine per il recepimento, tuttavia consente il differimento di un anno "ove necessario per tenere conto di particolari difficoltà".

Al momento in cui si scrive è al vaglio del Senato⁴⁴⁴ lo schema di legge comunitaria per l'anno 2008 nel quale è contenuta anche la delega al Governo per il recepimento della direttiva 2006/54, pertanto non solo il termine non è stato rispettato, ma nei lavori preparatori di predisposizione dello schema di delega non viene dato atto di quali siano le particolari difficoltà che giustificano uno slittamento dei termini⁴⁴⁵.

Attualmente il contesto della normativa italiana vede in vigore il d.lgs. 145/05 che recepisce la direttiva 2002/73⁴⁴⁶ che segue le indicazioni del legislatore comunitario ampliando l'oggetto dell'applicazione della disciplina antidiscriminatoria non solo al lavoro subordinato⁴⁴⁷, ma al lavoro in ogni sua forma subordinata, autonoma o in qualsiasi altra forma. Inoltre il divieto di discriminazione si riferisce non solo all'accesso al lavoro, all'orientamento professionale, alla formazione, perfezionamento e aggiornamento professionale, ma anche all'affiliazione e all'attività in un'organizzazione di lavoratori o datori di

⁴⁴³ Art. 33 della direttiva 2006/54

⁴⁴⁴ Disegno di legge Atto Senato n. 1078-A "Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee - Legge comunitaria 2008". Una critica è già stata mossa in quanto il termine indicato dalla direttiva si riferisce all'atto del recepimento, mentre quello indicato nello schema di legge delega si riferisce all'emanazione del decreto legislativo, ciò comporta che di fatto il termine indicato dal legislatore comunitario non sarà rispettato.

⁴⁴⁵ Attualmente pendono innanzi alla Commissione due procedure di infrazione, n. 2006_4917 e 2006_2535, per non corretto recepimento della direttiva 2002/73.

⁴⁴⁶ Direttiva, come si è detto, che modifica a distanza di vent'anni la direttiva 76/207/C.E.E.

⁴⁴⁷ Così come era previsto dall'art. 11. 903/77.

lavoro, o in qualunque organizzazione i cui membri esercitino una particolare professione e alle prestazioni erogate da tali organizzazioni⁴⁴⁸.

Tuttavia nel dettato del decreto legislativo manca del tutto il riferimento al gender mainstreaming, mentre la direttiva indicava espressamente che “gli Stati membri tengono conto dell’obiettivo della parità tra gli uomini e le donne nel formulare e attuare le leggi, regolamenti, atti amministrativi, politiche e attività”⁴⁴⁹. Il riferimento al gender mainstreaming è rinvenibile sia nella direttiva 2002/73, sia nell’art. 28 della successiva direttiva 2006/54; si confida che in fase di recepimento di quest’ultima il legislatore tenga in debita considerazione l’omissione del 2005 e provveda a colmare la lacuna.

Omissione che lascia assai perplessi⁴⁵⁰; in quanto il gender mainstreaming ha lo scopo di informare leggi, regolamenti, atti amministrativi, politiche ed attività all’obiettivo della parità tra gli uomini e le donne.

Ulteriore mancanza è rinvenibile nell’omesso riferimento all’invito operato nella direttiva 2002/73 all’art. 8 ter. rivolto agli Stati membri di incoraggiare il dialogo sociale, al fine di promuovere il principio della parità di trattamento.

Nel 2006 il legislatore italiano adotta il d.lgs.198, noto come il codice delle pari opportunità con il chiaro intento di fornire un inquadramento organico della materia⁴⁵¹.

L’art. 1 par 2 fornisce la definizione di discriminazione diretta come qualsiasi atto, patto o comportamento che produca un effetto pregiudizievole discriminando le lavoratrici o i lavoratori in ragione del sesso, e comunque, il trattamento meno favorevole rispetto a quello di un’altra lavoratrice o di un altro lavoratore in situazione analoga”. Ebbene molte critiche sono state mosse in quanto il legislatore si è limitato a riprendere la definizione data dalla legge 125/91 senza tenere in alcuna considerazione né le definizioni fornite con le

⁴⁴⁸ Tale ampliamento è stato introdotto dal d.lgs. 145/05 che modifica l’art. 1 c. 3 della l. 903/77.

⁴⁴⁹ Definizione che non coincide con quella proposta in origine dal Parlamento e dal Consiglio, COM (2000) 334 def., che individuava a carico degli Stati un ruolo più attivo, individuandoli come destinatari dell’introduzione di misure necessarie a consentire di promuovere attivamente e visibilmente gli obiettivi della parità di trattamento tra gli uomini e le donne, integrandole, in particolare, in tutte le leggi, regolamenti, atti amministrativi, politiche e attività.

⁴⁵⁰ Guaglianone L., in *“Il nuovo diritto antidiscriminatorio”*, a cura di Barbera M., 283.

⁴⁵¹ Esigenza simile a quella che ha portato il legislatore europeo all’adozione della direttiva 2006/54.

direttive 2000/43 e 2000/78⁴⁵², né la definizione, peraltro uguale, della direttiva 2002/73 nella parte in cui vi è il riferimento al criterio per individuare la discriminazione diretta e cioè allorché una “persona sia trattata meno favorevolmente in base al sesso di quanto un'altra sia, sia stata o sarebbe trattata in una situazione analoga”⁴⁵³.

Pertanto, attualmente, non si può far altro che confidare nella sensibilità del legislatore in sede di recepimento della direttiva 2006/54, e nella volontà di modificare la normativa interna provvedendo ad adottare una nozione di discriminazione più estesa.

Pertanto si può dire che il legislatore italiano non solo sia in vistoso ritardo nel recepimento della direttiva del 2006, ma che di fatto operi una sorta di resistenza passiva nei confronti di quelle che sono le influenze comunitarie o omettendo di recepire piccole parti di definizioni, così come è avvenuto per la discriminazione diretta, oppure dimenticando completamente il ruolo e l'importanza che hanno assunto negli ultimi dieci anni il *mainstreaming*, ed il dialogo sociale. Attualmente non è dato conoscere quali saranno le future determinazioni del legislatore nei confronti della direttiva 2006/54, e soprattutto non è dato sapere se l'occasione da questa fornita sarà utilizzata per integrare le definizioni date nel Codice delle pari opportunità, ed il richiamo al dialogo sociale, ovvero come momento di riflessione nei confronti sulle importanti novità in sede europea degli ultimi anni, ovvero, come più di frequente accade con il legislatore dei tempi recenti, per provvedere ad un veloce recepimento omettendo la necessaria coordinazione con la normativa interna.

Dallo studio compiuto emerge con chiarezza come a livello comunitario si stia affermando la convinzione della necessità di non devolvere ai soli strumenti giuridico-sanzionatori il raggiungimento del principio di uguaglianza tra uomini e donne, obiettivo che per l'Unione europea non può rimanere vincolato alla sola

⁴⁵² “Sussiste discriminazione diretta quando, a causa della sua razza od origine etnica, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga”. Art. 2. par. 2 lett a) di entrambe le direttive.

⁴⁵³ In tal senso fortemente critico per la scelta del legislatore interno, vedasi le osservazioni rese da Favilli C. in “*Il Codice delle Pari Opportunità*”, a cura di De Marzo G., op. cit. 133 ss. In senso contrario Guaglianone L., in “*Il nuovo diritto antidiscriminatorio*”, a cura di Barbera M, op. cit., 263, Secondo l'autrice la scelta operata permette di non lasciare eccessivo spazio alla libera valutazione dei giudici, con il rischio di ampia discrezionalità nell'esame di casi analoghi.

sfera giuslavoristica, ma deve essere raggiunto attraverso un maggior coinvolgimento di tutti i soggetti, istituzionali e non, attraverso l'utilizzo di strumenti di *hard law* e di *soft law* e deve permeare di sé tutti i settori della vita istituzionale e sociale, in un'ottica di gender mainstreaming.

Nel contesto italiano, invece, è stata rilevata una sorta di resistenza passiva nei confronti di queste sollecitazioni comunitarie, vuoi ignorando qualsiasi riferimento in fase di recepimento della dir. 2006/54, al mainstreaming, vuoi con qualche timido riconoscimento al dialogo sociale, che però non vede concretizzarsi, soprattutto a livello locale l'individuazione di strumenti atti al conseguimento della parità di genere, vuoi con un approccio prevalentemente giuslavoristico, sicché con rammarico si evidenzia la tendenza a rilegare la problematica al contesto giuslavoristico e all'organizzazione interna dell'impresa.

Alla luce della complessità della società moderna, nonché delle necessità di modificare i processi normativi europei tradizionali in un'Europa a 27 diviene di primaria importanza a livello comunitario e a livello interno accompagnare gli strumenti giuridici-sanzionatori a forme di regolamentazione più flessibili, quali quelli individuati dalla *soft-law*, coinvolgendo tutti i settori della vita sociale, politica, e tutti i soggetti siano essi istituzionali e non istituzionali.

B I B L I O G R A F I A

AA.VV.,

- La sociologia economica contemporanea, a cura di REGINI M., Laterza Editore, 2006
- “I diritti fondamentali in Europa” – Ass. It. di Diritto Comparato - XV Colloquio Biennale – Messina – Taormina, 31 maggio – 02 giugno 2001, Giuffrè 2002.
- Nuove forme di regolazione: il metodo aperto di coordinamento delle politiche sociali, a cura di Barbera M., Giuffrè, 2006
- Il nuovo diritto antidiscriminatorio, a cura di BARBERA M., Giuffrè, 2007
- Tutela dei diritti fondamentali e multilevel constitutionalism tra Europa e Stati nazione, Giuffrè, 2004
- Riflessi della Carta Europea dei diritti sulla giustizia e sulla giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto, a cura di Pizzorusso A., Romboli A., Ruggeri A., Saitta A., Silvestri G., Giuffrè, 2003.
- Nuove dimensioni nei diritti di libertà (scritti in onore di P. Barile), Cedam, Padova, 1990.
- Le relazioni internazionali dell’Unione Europea dopo i Trattati di Amsterdam e Nizza, a cura di Bonvicini G. e Tosato G.L., Giappichelli, 2003.
- Contributi allo studio della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea, a cura di Siclari M., Giappichelli 2003.

Adinolfi A.,

- “ Le innovazioni previste dal Trattato di Amsterdam in tema di politica sociale”, in Dir. Un. Eur., 1998

Ainis M.,

- “Azioni positive e principio di uguaglianza”, in Giur. cost., 1992, p. 582.

Ales E.,

- “Azioni positive e parità di trattamento uomo-donna nel diritto comunitario; la Corte di giustizia supera l’indirizzo Kalanke”, in Diritto del lavoro, 1998 II, p. 109 ss.

Alpa G.,

- “Women in Law – Programmi ed iniziative del Consiglio Nazionale Forense per le pari opportunità nel mondo dell’

Avvocatura e nel contesto europeo”, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, Parte II 02/06, p. 541 ss.

Amato – Barbera Cafalà,

- “Note sul progetto di Codice delle pari opportunità tra uomo e donna”, in www.cgil.it/giuridico/

Angelini L.

- “La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea – A proposito dei diritti sociali e principio di uguaglianza nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea”, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2001.

Azzera L.,

- “Divieto di discriminazione e posizione dei soggetti “deboli”. Spunti per una teoria della “debolezza”, in *Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale – Atti del seminario di Perugia del 18 marzo 2005*, a cura di Calmieri C., Giappichelli, 2006
- “Prospettive della Carta europea dei diritti e ruolo della giurisprudenza, in *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza*”, a cura di Ferrari G. F. , Giuffrè 2002 p. 123.
- “Catalogo dei diritti e Costituzione europea: relazione del gruppo di esperti in materia di diritti fondamentali (c.d. comitato Simitis)”, in *Foro it.*, 1999, V, p. 543 ss.

Baldassarre A.,

- *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997
- *Diritti sociali*, in *Enciclopedia Giuridica*, Milano, 1989
- *Diritti inviolabili*, in *Enciclopedia Giuridica*, Milano, 1989

Ballestrero M.V.,

- *Lavoro delle donne*” in *Digesto delle discipline privatistiche –sez. commerciale*, 1990”, p. 150-175.
- “Azioni positive. Punto e a capo”, in *L. D.*, 1996, p. 122 ss.
- “Commento all’art. 2 Cost. in *Comm. Cost.*”, Zanichelli – *Il Foro italiano*, Bologna-Roma, 1975.
- “Europa dei mercati e promozione dei diritti” in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.INT – 55/2007.*

Barbera M.

- *Discriminazioni indirette e azioni positive: riflessioni comparate dal caso nord-americano*, RGL, 1984
- *Eguaglianza di opportunità ed azioni positive nel diritto comunitario e nella legislazione dei paesi membri della C.E.E.*, in *RIDL*, 1986
- *Discriminazioni ed uguaglianza nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, 1991, 37
- *La nozione di discriminazione*, in *Nuove leggi commentate*, 1996.
- *Dopo Amsterdam. I nuovi confini del diritto sociale comunitario*, Promodis, Brescia, 2000.
- *L’eguaglianza come scudo e l’eguaglianza come spada*, in *RGL*, 2002.
- *La riforma delle istituzioni e degli strumenti delle politiche di pari opportunità. Introduzione*, in *Nuove leggi civili e commentate*, 2003.

- Uguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario, in DLRI, 2003.
- Barcellona P.,
 - “Lo spirito dei tempi, in Contratto e Costituzione in Europa – Convegno di Studio in onore del prof. Giuseppe Benedetti”, Cedam, 2005, p. 3.
- Baroncelli S.,
 - “La partecipazione dell’Italia alla Governance dell’Unione europea nella prospettiva del Trattato di Lisbona – un’analisi sulle fonti del diritto nell’ottica ascendente e discendente”, Giappichelli, 2008.
- Bell M.,
 - “The new article 13 EC Treaty: a sound basis for european antidiscrimination law?” in Maastricht J. Eur. Comp. L., 1999
- Bell M., Waddington L.,
 - “Diversi eppure eguali. Riflessioni sul diverso trattamento delle discriminazioni nella normativa europea in materia di uguaglianza”, in Gior. Dir. Lav. Rel. Ind., 2003, 3/4, 373 ss.
- Bobbio N.
 - Eguaglianza e libertà, Torino, 1995
 - L’età dei diritti, Einaudi Editore, 1990
- Bognett G.,
 - “Diritti dell’uomo” in Dig. Disc. Priv. – Sez. Civ., 1989.
- Bortone R.,
 - “Divieto di discriminazione”, in Digesto delle discipline privatistiche - sez. Commerciale, 1990, p. 16 – 26.
- Bribosia E.
 - “La Charte des droits fondamentaux de l’Union Européenne: un exemple de codification au plan européen”, in Rev. Dr. ULB, 28, 2003, p. 231 ss.
- Brunelli G.,
 - “Divieto di discriminazioni e diritti di cittadinanza”, in Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale –Atti del seminario di Perugia del 18 marzo 2005, a cura di Calmieri C., Giappichelli, 2006, p. 3 ss.
- Busnelli D. F.,
 - “Carta dei diritti fondamentali autonomia privata, in Contratto e Costituzione in Europa – Convegno di Studio in onore del prof. Giuseppe Benedetti”, Cedam, 2005, p. 59 ss. Cantucci R. “Parità di trattamento”, in Digesto delle Discipline Privatistiche, sez. comm., vol X.
- Carretti P.,
 - I diritti fondamentali – libertà e diritti sociali, Giappicchelli, 2002.
- Cartabia M. e Celotto A.
 - “La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza” in Giur. Cost., 2002, p. 4477 ss.
- Casonato C.,
 - “La discriminazione genetica: una nuova frontiera nei diritti dell’uomo”, in Associazione Italiana di Diritto Comparato, XV

- Colloquio Biennale Messina – Taormina 3 maggio – 2 giugno 2001, I diritti fondamentali in Europa, Giuffrè 2002, p. 641 ss.
- Caielli M.,
- Azioni positive, in Dig. Disc. Pubbl., 2008, 125 ss.
- Castronovo C.,
- “Autonomia Privata e Costituzione Europea”, in Contratto e Costituzione in Europa – Convegno di Studio in onore del prof. Giuseppe Benedetti, Cedam, 2005, p. 39.
- Cattaneo M.A.,
- “Uguaglianza”, in Digesto delle discipline pubblicistiche, 1999, p. 417 – 428.
- Charpentier L.,
- “La sentenza Kalake e il discorso dualista della disparità”, in Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind., 69, 1996, p. 155 ss.
- “L’arrêt Kalanke – Expression du discours dualiste de l’égalité”, in RTD eur., avr.-juin, 1996, p. 281 ss.
- Cerri A.,
- Uguaglianza (principio costituzionale di) Enc. Giur., 1994
- Cerri A., Veneziani B.,
- “Le azioni positive dopo la sentenza Marschall. Le opinioni di”, in Dir. Lav. Rel. Ind., 78, 1998, 2.
- Chessa O.,
- Libertà fondamentali e teoria costituzionale, Milano. 2002
- Chiti G.,
- Il principio di non discriminazione ed il Trattato di Amsterdam, in Riv. it. dir. pub. Com., 2000, 3-4
- Comba M.,
- “La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea come testo compilativi e la sua efficacia in quanto atto di auto-limitazione della Commissione. Verso una tutela amministrativa dei diritti fondamentali?”, in Associazione Italiana di Diritto Comparato, XV Colloquio Biennale Messina – Taormina 3 maggio – 2 giugno 2001, I diritti fondamentali in Europa, Giuffrè 2002, p..627 ss.
- Corti M.
- “Le decisioni IFT e Laval della Corte di Giustizia: un passo avanti e due indietro per l’Europa sociale” in Riv.it. dir.lav., 02/2008.
- Criscuoli R.,
- “Commissioni di concorso e pari opportunità”, in C.d.S., 2002, II, 2133.
- Crudden C.,
- “L’efficacité des normes communautaires relatives à l’égalité entre les homme et les femmes” in Droit social, 6/ 1994 p.604 ss.
- Cruz J. – Villalòn,
- “Lo sviluppo della tutela antidiscriminatoria nel diritto comunitario”, in Dir. Lav. Rel. Ind., 2003, p.351.
- D’Andrea A.,
- Le proposte della Commissione contro la discriminazione nell’Unione Europea, in Lav. Pre. Oggi, 2000, p. 429 ss.
- De Luca Tamajo S.

- “La fissazione di un’altezza minima ai fini dell’accesso al lavoro quale fonte di discriminazione indiretta” in N.G.C.C., 2008, I, 579 ss.
- De Marzo G.,
 - a cura di, *Il codice delle pari opportunità*, Giuffrè 2007, p.138 ss.
- Del Punta R.,
 - “I diritti sociali come diritti fondamentali: riflessioni sulla Carta di Nizza” in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2001, 3, p. 335 ss.
- De Siervo U.
 - “L’ambigua redazione della Carta dei diritti fondamentali nel processo di costituzionalizzazione dell’Unione Europea”, in *Dir. Pubbl.*, 2001.
 - “La mano pesante della Corte sulle “quote” nelle liste elettorali”, in *Giur. Cost.*, 1995.
- De Simone G.
 - “Le molestie di genere e le molestie sessuali dopo la direttiva 2002/73” in *RIDL*, 3/2004.
 - “Eguaglianza e nuove differenze nei lavori flessibili, tra diritto comunitario e diritto interno” in *Studi in Onore di Giorgio Ghezzi*, Cedam, 2005, 637 ss.
- Donà A.,
 - “Il Metodo aperto di coordinamento e l’Italia: il caso della politica delle pari opportunità nella strategia europea per l’occupazione”, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2005, p. 205.
 - “La dimensione sociale europea tra governance e governin: il caso della politica per la parità di genere, paper presentato al Convegno di Cagliari 21-23 settembre 2005”, in *La governance e i suoi limiti*.
- Dutheil de la Rochère J., Grief N.
 - “*Application du droit communautaire et juridictions britanniques*”, in *RTD eur.*, 31 (4), oct.-déc. 1995, p. 815 ss.;
 - “*Application du droit communautaire et juridictions britanniques*”, in *RTD eur.*, 37 (2), avr.-juin., 2001 p. 457 ss;
- Gottardi D.,
 - “Dalle discriminazioni di genere alle discriminazioni doppie o sovrapposte: lo stato della normativa in Italia”, da *Convegno Nazionale ed Europeo Che “genere” di conciliazione? Famiglia, Lavoro e Genere: equilibri e squilibri*, Convegno di Pescara del 21-22 giugno 2002.
 - “Dalle discriminazioni di genere alle discriminazioni doppie o sovrapposte: le transizioni” in *DLRI*, 2003, p.448.
- Greco S.,
 - “Nuovi sviluppi in materia di tutela dei diritti fondamentali” in *Riv. it. dir. pubbl. comm.*, 1998, p. 1369 ss.;
 - “I diritti fondamentali nella Costituzione Europea”, in *Riv.it.dir.pubbl.comm.*, 2001, 1, p.187 ss.
- Greppi. E.,
 - “I diritti fondamentali nelle organizzazioni europee: il Trattato e la Carta dell’Unione, la CEDU e la dimensione dei diritti umani dell’OSCE” in *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza – Il*

- costituzionalismo dei diritti, AIDC Taormina giugno 2001, sez. pubblicistica, estratto, Ferrari G.F., a cura di, Giuffrè. 2002.
- Favilli C.,
- L'istituzione di un organismo per la promozione delle pari opportunità prevista dalla normativa comunitaria, in Riv. Un. Eur., 2002
- Ferrari G. F.,
- "I diritti tra costituzionalismi statuali e discipline transazionale", in Ferrari G.F. (a cura di) I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il Costituzionalismo dei diritti, Giuffrè, Milano 2001.
- Ferrera M. e Sacchi S.
- "Il metodo aperto di coordinamento e le capacità istituzionali nazionali: l'esperienza italiana", DLRI, 105, 205, I.
- Fioravanti M.,
- "Il Trattato Costituzionale Europeo: una nuova tappa del processo costituente in Europa", in Contratto e Costituzione in Europa – Convegno di Studio in onore del prof. Giuseppe Benedetti, Cedam, 2005, p. 3.
- Fonteneau G.,
- "La question des droits sociaux – La dimension sociale dans la mondialisation de l'économie" in Rev. Dr. ULB, 23, 2001, p. 8 ss.
- Garrone P.,
- "La discrimination indirecte en droit communautaire: vers une théorie générale", in RTD eur. 30 (3) juill.-sept. 1994, p. 425 ss.
- Ghera E.
- "Azioni positive e pari opportunità", in Dir. Lav. Rel. Ind., 1995, p.1 ss.
- Ghera F. ,
- Il principio di uguaglianza nel diritto comunitario e nel diritto interno, in Giur. Cost., 1999, 3279
- Il principio di uguaglianza nella Costituzione italiana e nel diritto comunitario, Padova, 2003
- Gianformaggio L.,
- Eguaglianza formale e sostanziale: il grande equivoco, in Foro it, 1996, 1961
- "Politica della differenza e principio di uguaglianza", in Lav. Dir. 1992, p. 227.
- Giubboni S.,
- Diritti sociali e mercato, la dimensione sociale dell'integrazione europea, Mulino editore, Bologna, 2003
- "Libera circolazione delle persone e solidarietà europea", in Lav. e Dir., 4, 2006
- Greco S.,
- " Nuovi sviluppi in materia di tutela dei diritti fondamentali" in Riv.it.dir.pubbl. com., 1998, p. 1369 ss.
- "I diritti fondamentali nella Costituzione europea" in Riv. it. dir. pubb. com., 2001, 1, p.187
-
- Goldston A.,

- “Nuove prospettive in tema di discriminazione razziale: considerazioni a partire dalla direttiva 43/00”, in *Dir. Imm.e citt.* 2001, 2, p. 16 ss.
- Gottardi D.,
 - “Dalle discriminazioni di genere alle discriminazioni doppie o sovrapposte: la transitività” in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2003, p. 447 ss.
- Greppi E.,
 - “I diritti fondamentali nelle organizzazioni europee: il Trattato e la Carta dell’Unione, la CEDU e la dimensione dei diritti umani dell’OSCE”, in *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza*, a cura di Ferrari G. F. , Giuffrè 2002 p.155.
- Hoppe T.,
 - “La protection contre la discrimination sexuelle à l’embauche en Europe” in *Revue de droit internationale t droit comparé*, Bruyant, 2002, p. 32 ss.
- Guariello F.,
 - “Il nuovo diritto antidiscriminatorio” in *Gior.dir. lav. rel. Ind.*, 2003, 3-4, 341 ss.
- Iliopoulou A.,
 - “What’s in a name? Cityenneté, égalité et dorit au nom; à propos de l’arrêt *Garcia-Avello*”, *RTD eur.* 40 (3) juill.-sept. 2004, p. 565 ss.
 - “ La Méthode ouverte de coordination: un nouveau mode de gouvernance dans l’Unione européenne”, *Cahier de droit européen*, 2006, p. 315 ss.
- Izzi D.,
 - Discriminazione senza comparazione? Appunti sulle direttive comunitarie di “seconda generazione”, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2003, 423 ss.
 - Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro: il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti, Napoli, 2005.
- Lanquentin M.T.
 - “La preuve de la discrimination: l’apport du droit communautaire”, *Droit social*, 5/ 1995, p. 436 ss.
 - “De l’égalité des chances – A propos de l’arrêt *Kalanke*, CJCE 17 octobre 1995”, *Droit social*, 5/ 1996, p. 494 ss.
- Levi L.,
 - “Carta dei diritti e Costituzione Europea”, in *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza*, a cura di Ferrari G. F. , Giuffrè 2002, p. 175.
- Lillo P.,
 - Diritti fondamentali e libertà della persona, Lumsa, Collana facoltà di Giurisprudenza, Giappichelli 2006.
- Lo Faro A., Andronico A.,
 - “Metodo aperto di coordinamento e diritti fondamentali. Strumenti complementari o grammatiche differenti?”, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2005, p. 513.
- Lugato M.,

- "La rilevanza giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea", in Riv. dir. int. , 2001, p. 1009 ss.
- Ludovico G.,
 - "La nozione di discriminazione indiretta di nuovo all'esame della Corte di Giustizia", in Riv. it. dir. lav., 2000, 1. 3
- Mayer F.C.
 - "*La Charte européenne des droit fondamentaux et la Constitutions européenne*" in RTDeur., 39 (2) avr.-juin, 2003, p. 175.ss.
- Martin D.,
 - " "*Discriminations*", "*entraves*" et "*raion imperieuses dans le Traitè CE: trois concepts et quête d'identité*", in Cahiers de droit europèen, 2008, p. 263
- Martines T.,
 - "Fortuna e declino dei concetti di sovranità e di autonomia" ora in ID, Opere, I, Teoria Generale, Milano, 2000
- Masselot A., Berthou K.,
 - "*La CJCE, le droit de la maternità et le principe de non discrimination – vers une clarification*", in Cahier de droit europèen, 2002, p. 637 ss.
- Mengozzi P.,
 - Istituzioni di diritto comunitario e dell'Unione Europea, Cedam, 2003.
- Mori P.,
 - Quale uguaglianza? Ovvero le azioni positive davanti alla Corte di giustizia delle Comunità europee, Dir. Un. Eur. 1996, 3, p. 821.
- Morbidelli G.
 - " Corte Costituzionale e Corti europee: la tutela dei diritti (dal punto di vista della Corte di Lussemburgo)" in Dir. proc. amm., 02/2006, p. 285.
- Morozzo della Rocca P.,
 - "Recenti orientamenti di diritto europeo in materia di discriminazione dei transessuali", in Europa e Diritto Privato 03/04, p. 991
- Nanì L.
 - "Uguaglianza tra lavoratori e lavoratrici nel rapporto di lavoro", in Dir. Lav. Rel. Ind., 78, 1998, 2.
- Pace A.
 - A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea? Appunti preliminari, in Gius. Cost., 2001, p. 193 ss.
- Palici Di Suni E.,
 - Parità di genere, in Dig. Disc. Pubbl., 2008, p. 593 ss.
- Pallaro P.,
 - La sentenza Guimont: un definitivo superamento "processuale" dell'irrilevanza comunitaria "sostanziale" delle c.d. "discriminazioni a rovescio?" Riv. it. dir. pubbl. comunit. 2001, 1, 95
- Pesole L.,
 - "L'attuazione del principio di non discriminazione nelle pronunce costituzionali che manipolano più volte lo stesso testo legislativo, in Divieto di discriminazione e giurisprudenza

- costituzionale” – Atti del seminario di Perugia del 18 marzo 2005, a cura di Calmieri C., Giappichelli, 2006, p. 425 ss.
- Pinotti C.,
- “Parità di trattamento fra uomini e donne, tra maintreaming e azioni positive, nel diritto comunitario e nel diritto nazionale alla luce delle riforme costituzionali”, in *Il Diritto della Regione*, n° 3-4 maggio- agosto 2000, Cedam.
- Pocar –I. F.
- *Diritto comunitario del lavoro*, Cedam, 2001,
- Pochet F.
- “Méthode ouverte de coordination et modèle social européen” Note de Recherche n.03/01 Institut d’études européennes – Università de Montréal – McGill – Institute for european studies.
- Pollicino O.,
- Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario – Un profilo giurisprudenziale alla ricerca del nucleo duro del new legal order, Giuffrè editore, 2005
- “Di cosa parliamo quando parliamo di uguaglianza? Un tentativo di problematizzazione de dibattito interno alla luce dell’esperienza sopranazionale”, in *Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale –Atti del seminario di Perugia del 18 marzo 2005*, a cura di Calmieri C., Giappichelli, 2006, p. 439 ss.
- Pustorino P.,
- L’interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell’uomo nella prassi della Commissione e della Corte di Strasburgo , Esi, Napoli, 1998.
- Radighieri E.,
- Donne ed esercito: la visione della Corte di giustizia, p. 821, 2000.
- Raimondi G.,
- “La Carta di Nizza del 7 dicembre 2000 nel quadro della protezione dei diritti fondamentali in Europa”, in *Cass. Pen.* 2002, p. 1886 ss.
- Remiga V.
- “La legge organica 3/07 per l’uguaglianza effettiva di donne e uomini: un decisivo passo in avanti della Spagna verso la parità di genere”, *D.&L.*, 2007, 2, p. 345 ss.
- Ramm T.,
- “Diritti fondamentali e diritto del lavoro”, *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1991, p.359.
- Rapisarda,
- “Note in margine alle proposte di riforma del procedimento a tutela della parità uomo-donna in materia di lavoro”, *L80*, 1989, 9 ss.
- Resta G.,
- “Disponibilità dei diritti fondamentali e commercializzazione: prime note sul “sistema” della Carta dei diritti”, in *Associazione Italiana di Diritto Comparato, XV Colloquio Biennale Messina – Taormina 3 maggio – 2 giugno 2001, I diritti fondamentali in Europa*, Giuffrè 2002, p. 189 ss.

- Ridola P.,
- “Diritti di libertà e mercato nella “ Costituzione europea”, in Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Annuario 999. La Costituzione europea (atti del XIV convegno annuale, Perugia 7-8-9- ottobre 1999) Cedam, Padova, 2000.
- Ridola P.,
- Diritti fondamentali – Un’introduzione, Giappichelli, 2000.
- Romagnoli U.,
- Art. 3 in Commentario breve della Costituzione.
- Ronchetti G.,
- Uguaglianza sostanziale, azioni positive e Trattato di Amsterdam, in Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit., 1999, 995 ss.
- Rossi L.S.,
- Carta dei diritti fondamentali e costituzione dell’Unione Europea, Giuffrè 2002, p. 112 ss.
- Ruggeri A.,
- “Giurisprudenza costituzionale e valori” in Dir. Pubbl., 1998. 3-4
- La Corte di Giustizia e il sindacato su norme costituzionali “irragionevoli” per incompatibilità con il diritto comunitario, in DPCE, 2000
- Lineamenti di giustizia costituzionale, Giappichelli, Torino, 2001,
- Tradizioni costituzionali comuni e controlimiti, tra teoria delle fonti e teoria dell’interpretazione, in DPCE, 2003
- Salmoni F.,
- “La Corte Costituzionale, la Corte di Giustizia delle Comunità Europee e la tutela dei diritti fondamentali”, in Quaderni del “Gruppo di Pisa” , La Corte Costituzionale e le Corti d’Europa, Giappichelli, 2003, p. 289.
- Santiago González Ortega,
- “La tutela discriminatoria nel diritto e nella pratica giudiziaria spagnola”, in Giorn. dir. lav., 2003, p. 475.
- Saulnier-Cassia E.
- “*L’application du droit communautaire par les juridictions britanniques*”, in RTDeur. 41 (1) janv.-mars. 2005, p. 114 ss.
- Sauron J.L.,
- “Un bouleversement discret del la gouvernance européenne: la troisième partie de la Constitution”, in RTD eur., 41(2) avr.-juin., 2005, p. 411 ss.
- Scarponi S.,
- “La sentenza Marshall sui sistemi di quote: continuità o discontinuità rispetto a Kalanke”, in Riv. Giur. Lav. E prev. Soc., 1998, p. 45 ss.
- Schoukens P.,
- “Gli aspetti giuridici della politica della politica europea per combattere l’esclusione sociale” in Riv. Lav. Rel. Ind. 2003, 3/4.
- Sciarra S.,
- “La costituzionalizzazione dell’Europa sociale. Diritti fondamentali e procedure di soft law”, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” .INT – 16/2003
- Spitaleri F.,

- “Accesso alla professione forense e discriminazione alla rovescia nella sentenza Lussemburgo c. Parlamento europeo e Consiglio”, *Diritto dell’Unione europea*, 2001, p. 179 ss.
- Stanzione P.,
 - “Diritti essenziali della persona, tutela delle minoranze e Drittwirkung nell’esperienza europea”, in *Associazione Italiana di Diritto Comparato, XV Colloquio Biennale Messina – Taormina 3 maggio – 2 giugno 2001, I diritti fondamentali in Europa*, Giuffrè 2002, p. 277 ss.
- Sorrentino F.,
 - “L’eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di Giustizia delle Comunità Europee”, in *Pol. Dir.*, 2001, 194
- Strazzari D.,
 - *Discriminazione razziale e diritto – un’indagine comparata per un modello europeo dell’antidiscriminazione*, Cedam editore, 2008.
- Tesauro F.,
 - “Il ruolo della Corte di giustizia nell’elaborazione dei principi generali dell’ordinamento europeo e dei principi fondamentali”, in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Annuario 999. La Costituzione europea (atti del XIV convegno annuale, Perugia 7-8-9- ottobre 1999)* Cedam, Padova 2000.
- Tiberi G.
 - “La questione dell’adesione della Comunità alla Convenzione europea dei diritti dell’Uomo al vaglio della Corte di Giustizia” in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comm.* 1997, p 437 ss.
- Treu T.,
 - “L’ Europa sociale: problemi e prospettive” in *Dir. Rel. Ind.*, 2001, 307, ss
- Veronelli M.,
 - “Le azioni positive nell’ordinamento giuridico comunitario”, in *Riv. it. Dir. pubbl. comunit.*, 2004, p. 63 ss.
- Viarengo I.,
 - “Principio di non discriminazione e azioni positive nel diritto comunitario: la Corte di Giustizia supera l’indirizzo Kalake”, in *Riv.dir. Int. Priv. Proc.* 2001, p.57 ss.

This document was created with Win2PDF available at <http://www.daneprairie.com>.
The unregistered version of Win2PDF is for evaluation or non-commercial use only.