

IL LICENZIAMENTO DISCRIMINATORIO

UN DIRITTO ANTICO VERSO UN CORSO NUOVO: pag. 1

IL REGIME DELLE TUTELE: pag. 2

LA DISCRIMINAZIONE COME VIZIO OBIETTIVO DELL'ATTO DI LICENZIAMENTO: pag. 4

LA DISCRIMINAZIONE: UN SISTEMA MULTILIVELLO : pag. 6

IL RILIEVO DEL DIVIETO GENERALE DI DISCRIMINAZIONE; LA AMPIEZZA DEI FATTORI DI PROTEZIONE NOMINATI: pag. 7

LE DIRETTIVE EUROPEE E LA NORMATIVA ITALIANA DI ATTUAZIONE: pag.11

LE POTENZIALITA' ESPANSIVE DEL PRINCIPIO DEL PRINCIPIO DI NON DISCRIMINAZIONE: IL PRINCIPIO DI PARITA' DI TRATTAMENTO: pag. 17

APPENDICE: pag. 20

-UN DIRITTO ANTICO VERSO UN CORSO NUOVO

La esperienza giudiziaria delle azioni avverso il licenziamento discriminatorio ci ha consegnato l'immagine di una chimera.

Il motivo di questa marginalità del diritto antidiscriminatorio è agevolmente riconducibile alle difficoltà dell'onere probatorio posto tradizionalmente a carico del lavoratore, secondo la seguente costruzione:

- Spetta al lavoratore allegare e provare la dedotta discriminatorietà del licenziamento;
- La discriminazione attiene all'area dei motivi dell'atto di licenziamento;
- Il motivo discriminatorio determina, dunque, nullità del licenziamento soltanto ove sia l'unico determinante (articolo 1345 cod.civ.) sicchè , simmetricamente esso, seppure esistente, non inficia l'atto ove concorra una qualsiasi altra ragione giustificativa

Il lavoratore nell'invocare la tutela antidiscriminatoria non poteva dunque giovare dell'esonero dalla prova previsto nelle ipotesi di allegazione della illegittimità del licenziamento per carenza di giusta causa e giustificato motivo ed assumeva, invece, l'onere di fornire la difficile prova della volontà del datore di lavoro (intenzionalità discriminatoria), restando comunque soccombente in caso di carattere non-esclusivo del motivo di discriminazione.

La entrata in vigore della legge 92/2012, dapprima e del D.Lvo23/2015, poi, sono soltanto lo spunto per una riflessione sulla discriminazione che restituisca al diritto del lavoratore a non essere discriminato— anche nelle condizioni di licenziamento— una centralità a lungo negletta.

-IL REGIME DELLE TUTELE

a) L'articolo 18 della legge 300/1970, al comma 1 (nella formulazione vigente), prevede il licenziamento discriminatorio tra le fattispecie di licenziamento nullo ivi specificamente elencate, richiamando per la sua definizione l'articolo 3 della legge 11 maggio 1990 nr. 108.

Si noti che il citato comma 1 contempla distintamente tanto la ipotesi di nullità del licenziamento perché discriminatorio—indicata in apertura— che quella— di chiusura— del licenziamento determinato da un motivo illecito determinante ai sensi dell'articolo 1345 cod civ.

A parere di chi scrive, tuttavia, ciò non consente di attribuire alla norma dell'articolo 18 dello Statuto il valore di disposizione innovativa delle fonti interne in tema di licenziamento discriminatorio (nel senso che solo con il testo dell'articolo 18 introdotto dalla riforma del 2012 si attribuirebbe autonomia al licenziamento discriminatorio rispetto al licenziamento per motivo illecito).

La norma è piuttosto l'ulteriore conferma, semmai ve ne fosse stato bisogno, di quanto già immanente nel sistema, senza alcuna pretesa innovativa.

Ben più decisivo è il peso delle disposizioni interne ed europee anteriormente vigenti, della cui lettura si dirà nel prosieguo.

Del resto sotto il profilo sistematico l'articolo 18 non è norma di individuazione dei vizi del licenziamento ma di fissazione delle tutele per i casi di invalidità determinati da altre norme sostanziali.

b) L'articolo 2 del D.L.vo 23/2015, al comma 1, richiama specificamente il licenziamento discriminatorio, di cui all'art 15 legge 20 maggio 1970 nr. 300, come fattispecie di licenziamento nullo, per il resto rinviando genericamente «agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge».

La tutela fissata nelle fattispecie di licenziamento discriminatorio nei due regimi del contratto di lavoro subordinato «tradizionale» (ante 7 marzo 2015) e del contratto a tutele crescenti, è sovrapponibile.

Per tutti i lavoratori- indipendentemente dalla data di assunzione- la natura discriminatoria del licenziamento dà luogo a reintegra nel posto di lavoro ed al pagamento delle retribuzioni maturate dal licenziamento alla reintegra- con la soglia minima di cinque mensilità e detratto quanto percepito nel periodo di estromissione per lo svolgimento di altre attività lavorative- oltre al pagamento dei contributi.

E' riconosciuto al lavoratore il diritto di opzione per la indennità sostitutiva della reintegra, in misura di quindici mensilità .

L'unica differenza per i lavoratori del contratto a tutele crescenti riguarda la commisurazione delle suddette indennità alla retribuzione utile al TFR piuttosto che alla retribuzione globale di fatto.

Una diversa considerazione riguarda il profilo del rito applicabile.

L'articolo 1 co. 47 della legge 92/2012 ha introdotto un rito speciale per le azioni di impugnativa dei licenziamenti, applicabile alle controversie instaurate successivamente alla data di entrata in vigore della stessa legge (il 18.7.2012), nelle ipotesi regolate dall'articolo 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, tra le quali rientra il licenziamento discriminatorio. Tale norma appare prevalente , sotto il profilo della specialità, rispetto a quella prevista dall'articolo 28 del D.L.vo 150/2011 per le controversie in materia di discriminazione.

Il contratto a tutele crescenti è invece, espressamente sottratto (con l'articolo 9 del D.lvo 23/2015) al rito ex lege 92/2012; ad esso (così come alle controversie instaurate anteriormente alla entrata in vigore della legge 92/2012) resta applicabile, dunque, il rito sommario di cognizione, come previsto dal suddetto articolo 28, che si segnala per la adozione di uno specifico criterio di competenza territoriale (il Tribunale del domicilio del ricorrente).

L'articolo 18 specifica che la tutela avverso il licenziamento discriminatorio (nullo e orale) si estende anche ai dirigenti; eguale disposizione manca nell'articolo 2 del D.lvo 23/2015, in coerenza con il fatto che -a norma del precedente articolo 1- i dirigenti sono estranei all'intero impianto normativo del contratto a tutele crescenti. Per i dirigenti, dunque, in caso di licenziamento discriminatorio continuano a trovare applicazione (anche se assunti successivamente al 6 marzo 2015) i commi da 1 a 3 dell'articolo 18 L. 300/1970 e così pure il rito introdotto dalla legge 92/2012 .

Resta da aggiungere che la tutela descritta prescinde dal requisito dimensionale tanto nel regime dell'articolo 18 l. 300 /1970 (ai sensi del successivo comma 8) che ai sensi del D.lvo 23/2015 (si veda l'articolo 9 del suddetto decreto legislativo).

Alla luce della pienezza di tutela garantita avverso il licenziamento discriminatorio, a fronte di una sensibile diminuzione, se non alla eccezionalità, delle ipotesi di *restitutio in integrum* nelle altre ipotesi di invalidità, specie nel contratto a tutele crescenti, è evidente la importanza di una corretta definizione della discriminazione, che restituisca ad essa il giusto rilievo sovranazionale.

-LA DISCRIMINAZIONE COME VIZIO OBIETTIVO DELL'ATTO DI LICENZIAMENTO

Nella fonti interne il regime del licenziamento discriminatorio è contenuto nell'art. 4 della legge 604/1966 e nell'articolo 15 della legge 300/1970.

La legge del 1966 stabilisce la nullità del licenziamento determinato da «ragioni di credo politico o fede religiosa, dalla appartenenza ad un sindacato e dalla partecipazione ad attività sindacali», indipendentemente dalla motivazione adottata.

Il riferimento alle «ragioni del licenziamento» poteva ingenerare l'equivoco della dimensione soggettiva della discriminazione e della sua attrazione all'area dei motivi.

Per buona parte della dottrina già l'articolo 15 della legge 300/1970, sancendo la nullità di ogni «atto diretto» a licenziare un lavoratore per una causa discriminatoria aveva accolto, invece, una nozione oggettiva di discriminazione, spostando l'accento dalle «ragioni» dell'atto alla sua «direzione», intesa in senso obiettivo.

Lo statuto dei lavoratori individua come fattori di discriminazione vietati la affiliazione o attività sindacale del lavoratore e la sua partecipazione ad uno sciopero e, con il comma ultimo, estende il divieto alla discriminazione politica, religiosa, razziale, di lingua, di sesso, di handicap, di età o basata sull'orientamento sessuale o sulle convinzioni personali.

Già prima della legge 92/2012 e del D.lvo 23/2015 la legge n. 308 del 1990 disponeva, con l'articolo 3, che il licenziamento determinato da ragioni discriminatorie –(ai sensi della L. 15 luglio 1966, n. 604, art. 4 e della L. 20 maggio 1970, n. 300, art. 15) - è nullo indipendentemente dalla motivazione addotta e comporta le conseguenze previste dall'articolo 18 legge 300/1970 (nel testo modificato dalla stessa legge), a prescindere dalla dimensione occupazionale del datore di lavoro ed anche per la categoria dei dirigenti.

La Corte di Cassazione, con sentenza del 5 aprile 2016 nr. 6575, ha preso posizione circa la natura oggettiva del licenziamento discriminatorio, con un percorso argomentativo che trova sostegno nel diritto interno e nel diritto europeo, affermando che «la discriminazione - diversamente dal motivo illecito - opera obiettivamente - ovvero in ragione del mero rilievo del trattamento peggiore riservato al lavoratore quale effetto della sua appartenenza alla categoria protetta - ed a prescindere dalla volontà illecita del datore di lavoro».

Quanto alle fonti interne, la Corte di legittimità ha osservato che esse sanciscono imperativamente la nullità del licenziamento discriminatorio, senza rinviare all'articolo 1345 cod.civ. ; il coordinamento tra le due disposizioni, in alcun modo autorizzato dalle specifiche disposizioni sopra richiamate, finisce per limitare indebitamente l'area del precetto imperativo.

Nel diritto europeo la Corte di Giustizia ha sempre sposato tale opzione oggettiva della discriminazione; nella sentenza dell' 8 novembre 1990, in causa C-177/88, *Dekker* ciò è motivato dalla esigenza di garantire l'effetto utile dei principi di non discriminazione, che sarebbe notevolmente ridotto se gravasse sulla parte attrice l'onere di provare la colpevolezza del soggetto che ha posto in essere il comportamento vietato.

Del resto , come ha osservato la Corte di Cassazione nel precedente citato, la applicazione nei casi di licenziamento discriminatorio della norma dell'art. 1345 cod.civ. determinerebbe una interpretazione del diritto nazionale in contrasto con le direttive europee in materia di discriminazione e, dunque, con il canone della interpretazione conforme predicato dalla Corte di Giustizia.

Il diritto interno antidiscriminatorio ove venisse in gioco l'articolo 1345 cod.civ. conterrebbe, infatti, una generale causa di giustificazione della discriminazione—ovvero la concorrenza di una causa legittima di licenziamento—laddove le cause di giustificazione della discriminazione sono partitamente e strettamente disciplinate dalle direttive europee .

Nella sentenza in commento la Corte di legittimità non ha dunque aderito all'orientamento tradizionale (per il quale: Cass. n. 3986/2015; Cass. n. 17087/11; Cass. n. 6282/11; Cass. n. 16155/09) che riconduceva anche il licenziamento ritorsivo all'area del licenziamento discriminatorio; soltanto il licenziamento ritorsivo resta attratto alla disciplina dell'articolo 1345 cod.civ. (salvo, naturalmente, il caso che l'intento ritorsivo sia connotato dalla specifica finalità di vendetta nei confronti del lavoratore per caratteristiche personali rientranti in un fattore discriminatorio).

Il caso esaminato nel precedente di legittimità citato era quello della dipendente di uno studio legale licenziata in conseguenza della intenzione manifestata alla datrice di lavoro di recarsi all'estero per sottoporsi a pratiche di inseminazione artificiale; l'avvocato-datrice di lavoro sosteneva che il licenziamento fosse giustificato da un motivo oggettivo, esternato nella comunicazione di licenziamento, consistente nel riflesso negativo delle future assenze della dipendente sulla organizzazione dello studio professionale .

La Corte di legittimità, in coerenza con la ricostruzione sopra illustrata, ha affermato che la natura discriminatoria del licenziamento è di per sé ragione di nullità dell'atto, respingendo il relativo motivo di ricorso della professionista.

Sotto il profilo sistematico deve conclusivamente riconoscersi che la discriminazione opera sul piano dell'atto e non della volontà del suo autore ; non interessa in questa sede stabilire se come vizio della causa (il che troverebbe conferma nella previsione di cause di giustificazione) o, più semplicemente, come vizio di nullità derivante dalla violazione della norma imperativa di un divieto di discriminazione, che costituirebbe un limite esterno al potere di licenziamento (i divieti di discriminazione vengono in tal senso intesi come norme imperative che vietano di accordare ad un soggetto o gruppo, individuato in base al fattore di rischio, un trattamento svantaggioso).

Il recupero del carattere obiettivo della discriminazione si concilia con il regime probatorio agevolato previsto nelle fonti sulla discriminazione, in quanto fondato anche su una prova statistica, che non sarebbe congruente con l'accertamento di uno stato soggettivo (*id est*: la «volontà» discriminatoria del datore di lavoro), da effettuarsi caso per caso .

Si allude all'articolo 28, co 4 del decreto legislativo 150 /2011 che , in accordo con la normativa europea, prevede che quando il ricorrente fornisca elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, dai quali si puo' presumere l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori, spetta al convenuto l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione.

Tale norma deve ritenersi applicabile anche nelle controversie soggette al rito di cui alla legge 92/2012, in quanto attuativa delle previsioni contenute nelle direttive europee sulla discriminazione in punto di onere della prova.

-LA DISCRIMINAZIONE: UN SISTEMA MULTILIVELLO

Affermare che la discriminazione è un vizio oggettivo dell'atto di licenziamento non è un punto di arrivo ma piuttosto un punto di partenza .

Una definizione del licenziamento discriminatorio nella economia di questo scritto non può che essere incompleta e di prima approssimazione, posto che il diritto a non essere discriminato è disciplinato da un sistema multilivello in continua stratificazione e coordinamento.

Per non indulgere a digressioni rispetto al tema trattato si rimanda alla appendice per una sintetica esposizione delle fonti internazionali ed europee di maggior rilievo.

In questa sede si limiterà la analisi al diritto della Unione Europea e, nel suo ambito, alla normativa antidiscriminatoria sulla occupazione— cui si ascrivono le condizioni di licenziamento— ed alla legislazione interna attuativa di quest' ultima.

IL RILIEVO DEL DIVIETO GENERALE DI DISCRIMINAZIONE; LA AMPIEZZA DEI FATTORI DI PROTEZIONE NOMINATI.

In ambito europeo la Corte di Giustizia ha da tempo riconosciuto che il divieto generale di discriminazione, da essa considerato come una specificazione del principio di parità di trattamento, rientra nel novero dei diritti fondamentali che costituiscono parte integrante dei principi generali del diritto comunitario; ha affermato che esso vincola gli Stati membri, sempre che la situazione nazionale rientri nell'ambito di applicazione del diritto comunitario (si vedano, tra le altre, le sentenze 12 dicembre 2002, causa C-442/00, Rodríguez Caballero, punti 30 e 32; 12 giugno 2003, causa C-112/00, Schmidberger, punto 75 e giurisprudenza citata; sentenza 11 luglio 2006, causa C-13/05, Chacón Navas, punto 56).

In seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, nel dicembre 2009, l'articolo 6 del Trattato sulla Unione Europea ha riconosciuto lo stesso valore dei Trattati alla CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UNIONE EUROPEA (in prosieguo: Carta di Nizza o Carta), che era stata proclamata nel dicembre 2000 nell'ambito del Consiglio Europeo di Nizza come mera dichiarazione, non vincolante giuridicamente. Gli articoli 20 e 21 della Carta sono rispettivamente dedicati alla uguaglianza di tutte le persone davanti alla legge ed alla non discriminazione.

L'articolo 21, in specie, sancisce:

«1. È vietata *qualsiasi forma* di discriminazione fondata, *in particolare*, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale.

2. Nell'ambito d'applicazione dei trattati e fatte salve disposizioni specifiche in essi contenute, è vietata qualsiasi discriminazione in base alla nazionalità».

Sicché è ormai codificato nell'ordinamento europeo un divieto generale di discriminazione, che si pone come fonte di vertice ma il cui ambito è comunque limitato al campo di applicazione del diritto dell'Unione.

L'articolo 6 del Trattato UE statuisce, infatti, che le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati.

Allo stesso modo l'articolo 51 della stessa Carta stabilisce che:

- le disposizioni della Carta si applicano esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione
- la Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione.

Un secondo limite alla efficacia della Carta di Nizza deriva, poi, dalla distinzione tra "diritti" e "principi" contemplata nell'articolo 52 della Carta, alla quale corrisponde la previsione (nel paragrafo 5 dello stesso articolo) che le disposizioni della Carta che contengono dei "principi" possono essere attuate da atti legislativi ed esecutivi dell'Unione e da atti di Stati membri che danno attuazione al diritto dell'Unione e possono essere invocate dinanzi a un giudice solo ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità di detti atti.

La differenza tra diritti e principi non è nominalistica ma risiede nel fatto che i diritti tutelano una situazione giuridica già definita, i principi non definiscono una situazione giuridica soggettiva ma indicano talune materie ed obiettivi, lasciando al legislatore dell'Unione ed a quello nazionale il compito di concretizzarne il contenuto e gli scopi. Essa deve dunque essere effettuata analizzando il contenuto dei singoli articoli della Carta: solo là dove la formulazione è precisa e incondizionata, e non rinvia alla legislazione derivata e alle disposizioni nazionali, si è in presenza di diritti immediatamente precettivi.

Il suddetto limite tuttavia non incide sulla portata dell'articolo 21 della Carta di Nizza, cui la Corte di Giustizia ha riconosciuto il valore non di norma di principio ma di norma costitutiva di diritti.

Con sentenza della Grande Sezione del 15 gennaio 2014 in causa C 176/12 *Association de meditation sociale* la Corte di Giustizia, incidentalmente (punto 47 della sentenza), ha preso posizione sul principio di non discriminazione in base all'età, che pur non costituiva oggetto della controversia, al fine di sottolinearne la differenza con la fattispecie oggetto del suo giudizio (l'articolo 27 della Carta di Nizza) ed ha affermato che il principio di non discriminazione in base all'età sancito dall'articolo 21, paragrafo 1, della Carta, è di per sé sufficiente per conferire ai singoli un diritto soggettivo invocabile in quanto tale.

Per questa via la Corte di Giustizia ha confermato, espressamente richiamandola, la sua sentenza del 19 gennaio 2010 — *Kücükdeveci*, in causa C 555/07.

Più recentemente, nella sentenza della Grande sezione 19/04/2016, nella causa C-441/14, *Dansk Industri (DI)* la Corte di Giustizia è tornata a ribadire che il principio della non discriminazione in ragione dell'età conferisce ai privati un diritto soggettivo evocabile in quanto tale che, persino in controversie tra privati, quando la materia rientri nel campo di applicazione del diritto dell'Unione obbliga i giudici nazionali, ove non sia percorribile una interpretazione conforme a detto principio, a disapplicare le disposizioni nazionali.

In sostanza la non applicazione del diritto interno presuppone il contrasto con un altro puntuale precetto comunitario dotato di efficacia diretta , quale è il diritto a non essere discriminato in ragione dell'età.

Eguali soluzioni possono essere predicate per gli altri fattori di discriminazione nominati nell'articolo 21 della Carta e concretizzati dalle direttive europee.

Forti sono invece le perplessità in relazione ai fattori di discriminazione che non hanno formato oggetto della normativa comunitaria secondaria ed *a fortiori* in ordine alla immediata efficacia diretta del principio generale di non discriminazione, contenuto nell'articolo 21 della Carta di Nizza .

La Corte di Giustizia nell'affermare la esistenza del diritto del lavoratore a non essere discriminato sulla base della età ha sempre dato rilievo alla specificazione del principio generale compiuta dalla direttiva 2000/78.

Nella sentenza dell'11 luglio 2006 in causa C 13/05, *Chacon Navas* la Corte di giustizia, pur riconoscendo nel novero dei diritti fondamentali il generale divieto di discriminazione, ha affermato (punto 56) che esso non può essere utilizzato per estendere la direttiva 2000/78 al di là delle discriminazioni fondate sui motivi enunziati nella stessa direttiva (all'articolo 1). Nella fattispecie esaminata ha negato la possibilità di estendere le disposizioni relative all'handicap alla malattia in quanto tale.

Né la giurisprudenza è mutata a seguito della entrata in vigore della Carta di Nizza. Ancora in epoca recente la Corte di Giustizia (sentenza Corte di giustizia 01 dicembre 2016, in causa C-395/15, *Mo. Da.*) ha escluso la possibilità di estendere la tutela avverso le discriminazioni per ragioni di handicap, prevista dalla direttiva 2000/78, ai casi di licenziamento del lavoratore portatore di una invalidità temporanea (nella fattispecie esaminata , peraltro, derivante da un infortunio sul lavoro).

La sentenza si segnala anche per la definizione della nozione di handicap di cui alla direttiva 2000/78 e per la adozione del criterio dell'interpretazione conforme alla Convenzione ONU sulla disabilità, in quanto ratificata dalla Unione Europea.

La Corte, soprattutto, ha escluso che la tutela avverso il licenziamento dovuto alla invalidità temporanea del lavoratore possa trovare fonte nell'articolo 21 paragrafo 1 della Carta (o in altre disposizioni della stessa).

Il limite, ha affermato la Corte, è quello generale derivante dall'articolo 6, paragrafo 1, TUE e dall'articolo 51, paragrafo 2, della Carta, secondo cui le disposizioni di quest'ultima non estendono l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione.

Le disposizioni della Carta *ex se*, dunque, non possono fondare una competenza dell'Unione ma occorre verificare che la situazione in causa rientri nell'ambito di applicazione di un'altra norma del diritto dell'Unione, diversa da quelle della Carta (punti 60-63 della sentenza e giurisprudenza ivi richiamata).

Nella specie il giudice europeo ha ritenuto che la invalidità temporanea del lavoratore licenziato in sé non rientra nell'ambito di applicazione del diritto della Unione, salvo che essa rientri nella nozione di handicap.

Deve pertanto concludersi che il principio generale di non discriminazione può applicarsi nei rapporti tra privati solo quando esistono specifiche norme di diritto europeo che disciplinano la controversia, in tale ipotesi con efficacia diretta (il che autorizza il giudice alla disapplicazione di norme interne nei rapporti tra privati); non è invece possibile far leva sul principio generale di non discriminazione per creare una norma di diritto sostanziale che impedisca *tout court* il licenziamento discriminatorio.

Resta da verificare se un generale divieto del licenziamento discriminatorio sia ricavabile dalle fonti interne.

Tradizionalmente la Corte di legittimità nell'analizzare la fattispecie del licenziamento ritorsivo affermava che i fattori di discriminazione nominati non costituiscono un numero chiuso.

Tale affermazione era tuttavia strettamente funzionale alla qualificazione del licenziamento ritorsivo nel genere del licenziamento discriminatorio ed alla finale riconduzione di entrambi alla disciplina dell'art. 1345 cod.civ.

Il ripensamento circa la autonomia del licenziamento discriminatorio rispetto al licenziamento ritorsivo mina dunque le fondamenta della affermata atipicità del divieto di licenziamento discriminatorio.

- LE DIRETTIVE EUROPEE E LA NORMATIVA ITALIANA DI ATTUAZIONE

Nel quadro delle direttive contro la discriminazione, il divieto di discriminazione riguarda tre settori:

- 1) l'occupazione
- 2) il sistema di protezione sociale ed altre forme di prestazioni sociali
- 3) i beni e servizi.

La materia dei licenziamenti attiene al primo .

Vengono qui in rilievo due direttive dell'anno 2000 :

- la direttiva nr. **78/2000** sulla parità di trattamento in materia di occupazione: essa vieta le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale, la disabilità, l'età e la religione o convinzione personale;
- la direttiva sull'uguaglianza razziale nr.**43/2000**: concerne le discriminazioni fondate sulla razza o l'origine etnica, anche nel contesto del lavoro.

Alle direttive del 2000 va aggiunta la direttiva nr. **54/2006** (di rifusione), che ha riunito e modificato le direttive riguardanti l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego (direttiva 75/117; direttiva 76/207 ; direttiva 86/378; direttiva 97/80) .

Le direttive contro la discriminazione escludono espressamente dal loro campo di applicazione la discriminazione basata sulla nazionalità, che è disciplinata dalla direttiva sulla libera circolazione (Direttiva 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri).

Secondo quest'ultima, soltanto i cittadini degli Stati membri dell'UE godono di un diritto automatico di ingresso e di soggiorno in altri Stati membri dell'UE; dopo aver soggiornato legalmente per cinque anni in un altro Stato membro dell'UE, un cittadino dell'UE acquisisce il diritto di soggiorno permanente, che a sua volta gli conferisce diritti equivalenti a quelli di cui gode la categoria dei «lavoratori».

Le direttive contengono definizioni sovrapponibili della discriminazione diretta e indiretta, nonché delle molestie e dell'ordine di discriminare, alle quali si riporta, poi, la normativa nazionale attuativa.

Si ha discriminazione diretta quando una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga in

ragione del fattore protetto; la discriminazione è invece indiretta quando la disposizione o l'atto discriminatorio siano apparentemente neutri ma possano mettere la persona portatrice del fattore protetto in una situazione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone.

La discriminazione diretta è di più immediata evidenza ; i suoi elementi identificativi sono costituiti:

-1) dal trattamento sfavorevole ;
-2) dal nesso di derivazione causale del trattamento deteriore da uno dei motivi protetti.

-1) Per accertare il primo occorre un termine di confronto, rappresentato dal trattamento riservato ad una persona che si trovi in posizione analoga; tale termine di confronto non è necessariamente una persona reale, essendo data la possibilità della comparazione anche con un lavoratore -terzo meramente ipotetico.

Nella fattispecie oggetto del recentissimo precedente della Corte di Giustizia del 14.3.2017, in causa C 157/2015, *Samira Achbita* la lavoratrice, dipendente di una società belga, veniva licenziata per avere indossato il velo islamico sul luogo di lavoro in violazione delle disposizioni aziendali; la Corte di Giustizia ha escluso che il regolamento del datore di lavoro desse luogo a discriminazione diretta, utilizzando come termine di confronto la platea degli altri dipendenti della impresa. Ha rilevato che la norma interna riguardava tutte le convinzioni, politiche, filosofiche o religiose e trattava in maniera identica tutti i dipendenti; neppure risultava che la sua applicazione nei confronti della lavoratrice, di fede islamica, fosse stata diversa dalla applicazione fattane per qualsiasi altro dipendente. Il caso bene illustra la importanza del termine di comparazione, che nella fattispecie ha portato la Corte ad escludere la disparità di trattamento, benchè la norma aziendale attenesse a due fattori protetti, la religione e le convinzioni personali.

-2) Per la verifica del rapporto causale deve compiersi un giudizio di tipo alternativo- ipotetico ovvero interrogarsi sul se il soggetto avrebbe ricevuto lo stesso trattamento se non fosse stato portatore del fattore protetto; se la risposta è negativa quel trattamento ha natura discriminatoria.

Mentre la discriminazione diretta deriva dal trattamento diverso di persone in posizione comparabile (in ragione del fattore protetto) la discriminazione indiretta discende dal riservare al lavoratore titolare del fattore di protezione un trattamento uguale a quello dei soggetti comparabili, senza tenere conto di una sua posizione di sostanziale svantaggio ovvero dall'introdurre un trattamento differenziato per una ragione apparentemente neutra- cioè estranea al fattore di discriminazione- che,

tuttavia, porti a sfavorire particolarmente i soggetti che possiedono la caratteristica protetta.

Nella discriminazione indiretta non è discriminatorio il trattamento in sé ma l'effetto che esso produce, in quanto esso incide diversamente ed in senso pregiudizievole per il soggetto discriminato.

Occorre dunque verificare non il trattamento ma l'effetto discriminatorio; a tal fine occorre procedere con gli stessi criteri del metodo comparativo e della verifica causale, riferendoli agli effetti (per quanto qui rileva, delle condizioni di licenziamento) e non al regime in sé .

La distinzione tra discriminazione diretta ed indiretta è di notevole rilievo.

Le direttive europee contengono una eccezione di portata generale soltanto in relazione alla discriminazione indiretta.

Si tratta del caso in cui l'atto o disposizione «*siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari» .*

Nella giurisprudenza della Corte di Giustizia le finalità legittime nella materia del lavoro si riferiscono per lo più alla realizzazione di obiettivi di politica sociale e di mercato del lavoro, sempre a condizione che:

- la scelta compiuta sia proporzionata rispetto alla importanza dell'obbiettivo (appropriata)
- il sacrificio imposto non sia evitabile con altra misura (necessario) ; in altri termini il livello di pregiudizio deve essere il minimo occorrente a realizzare la finalità perseguita.

Nel precedente del 14.3.2017 sopra citato il giudice europeo ha evidenziato che la disposizione aziendale oggetto del suo esame (che vietava ai dipendenti di indossare sul luogo di lavoro segni visibili delle proprie convinzioni politiche, filosofiche o religiose) potrebbe costituire una discriminazione indiretta.

Ha demandato al giudice del rinvio di verificare:

- da un lato, se il trattamento, apparentemente neutro, comportasse di fatto un particolare svantaggio per le persone che aderivano ad una determinata ideologia o fede religiosa.
- dall'altro, comunque, se la eventuale disparità di trattamento accertata fosse coperta dalla suindicata clausola di esonero. Sul punto la discrezionalità dell'accertamento è stata limitata alla luce di precisi criteri di orientamento.

La Corte ha affermato che costituisce una «finalità legittima» la volontà del datore di lavoro di mostrare nei rapporti con i clienti una politica di neutralità, politica, filosofica o religiosa, in quanto tale volontà rientra nella libertà di impresa riconosciuta dall'articolo 16 della Carta, in particolare quando ne siano coinvolti soltanto i dipendenti in contatto con i clienti. Detta finalità, pertanto, consente la limitazione della libertà di religione (che comprende la esternazione della propria fede religiosa) nei limiti della stretta necessità (su ciò il giudice europeo ritorna nel prosieguo, ponendo a carico del datore di lavoro l'onere di ricercare, senza sostenere oneri aggiuntivi, soluzioni percorribili alternative al licenziamento, come la assegnazione della lavoratrice a mansioni non comportanti il contatto con il pubblico) ;

Quanto al profilo dei mezzi impiegati per perseguire detta finalità:

- il divieto fatto ai dipendenti di indossare segni visibili di convinzioni politiche, filosofiche, religiose è *appropriato* rispetto alla finalità, semprechè la politica di neutralità sia realmente perseguita, in modo coerente e sistematico;
- ricorre il requisito della *stretta necessità* allorchè il divieto riguardi esclusivamente i dipendenti che hanno rapporti con i clienti.

Da ultimo la Corte ha ritenuto necessaria la verifica ai fini della non-discriminatorietà del licenziamento della impossibilità per la impresa di adibire la lavoratrice a mansioni non comportanti il contatto con il pubblico senza sostenere oneri aggiuntivi, al fine di contenere le restrizioni alla libertà di religione nei limiti della stretta necessità.

L'ampia risonanza, anche mediatica, della decisione citata è legata al riconoscimento come finalità legittima, tale da escludere la discriminazione indiretta, della volontà della impresa di darsi una certa immagine, come espressione della libertà di impresa e, soprattutto, della possibilità che tale libertà dell'imprenditore comprima (comunque nei limiti della stretta necessità) una libertà fondamentale della persona, la libertà religiosa, garantita dall'articolo 10 della Carta di Nizza e dall'articolo 9 della CEDU.

La direttiva del 2000 per la parità di trattamento in materia di occupazione prevede una seconda giustificazione generale, concernente unicamente la disabilità.

In realtà la direttiva non autorizza l'effetto pregiudizievole ma semplicemente prevede che la condotta, il criterio, la prassi che potrebbero potenzialmente produrre pregiudizio alle persone portatrici di un determinato handicap siano leciti sotto il profilo della parità di trattamento quando la legge faccia carico al datore di lavoro di adottare misure adeguate per ovviare agli svantaggi provocati.

La previsione fa diretto rinvio, nella individuazione del concetto di adeguatezza delle misure, al successivo articolo 5, rubricato "*soluzioni ragionevoli per i disabili*".

Accanto alla eccezione generale del divieto di discriminazione indiretta le direttive prevedono un insieme di eccezioni specifiche, che permettono di giustificare le disparità di trattamento in un numero limitato di circostanze.

In tutte le direttive è presente l'eccezione relativa al «requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, purchè la finalità sia legittima ed il requisito proporzionato»; tale requisito permette ai datori di lavoro di riservare alle persone un diverso trattamento, benchè in ragione di un motivo protetto, qualora esso sia intrinsecamente legato all'idoneità per svolgere un determinato lavoro o alle qualifiche richieste.

Esiste un insieme consolidato di professioni alle quali si applica la deroga relativa al requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa.

Ad esempio, nelle professioni artistiche possono essere necessari attributi che fanno parte delle caratteristiche individuali di una persona, come la richiesta di una persona non disabile o che non superi una certa età per un corpo di ballo. In altre situazioni si rifiuta l'assunzione di persone disabili per impieghi considerati impegnativi sul piano fisico.

La giustificazione deve essere strettamente correlata con le funzioni normalmente svolte in un determinato impiego, deve essere giustificata, cioè, dalle mansioni e non può sussistere semplicemente in ragione del settore di attività del datore di lavoro.

La Corte di Giustizia, Grande Sezione, nella sentenza del 14.3.2017 in causa C 188/2015, *Asma Bougnaoui*, resa nella stessa data del precedente sopra citato, ha esaminato una seconda vicenda di licenziamento conseguente al rifiuto della lavoratrice di aderire alla richiesta del datore di lavoro di non indossare il velo islamico nei rapporti con i clienti della impresa, in questo caso regolata dal diritto francese.

Ivi il percorso argomentativo è stato in parte diverso, poiché tra le ragioni del divieto del velo islamico l'imprenditore aveva indicato la richiesta specifica proveniente da un cliente presso cui la lavoratrice era intervenuta.

Il giudice europeo ha escluso che in tale situazione possa ricorrere la eccezione di cui all'articolo 4 della direttiva 2000/78.

Ha osservato che il «requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa» rinvia ad un requisito oggettivamente dettato dalla natura e

dal contesto in cui viene svolta la attività lavorativa ; pertanto esso non può includere un elemento soggettivo, quale è la volontà del datore di lavoro di tenere conto dei desideri di un cliente.

Viene in sostanza posta una distinzione tra ciò che viene marginalizzato alla qualifica di «considerazione soggettiva» dell'imprenditore- in particolare la volontà di assecondare i *desiderata* di un cliente— che non giustifica disparità di trattamento e la vigenza nella impresa alla data del licenziamento di una norma interna di divieto ispirata ad una politica di neutralità nei confronti della clientela, questa ricadente, invece, nella copertura generale prevista per la discriminazione indiretta, secondo gli stessi criteri indicati nel precedente relativo al diritto belga.

Va segnalato da ultimo che nella direttiva contro la discriminazione di genere —nr. 54/2006— la giustificazione del requisito essenziale determinante per lo svolgimento della attività lavorativa è prevista (Titolo II, capo III, relativo al settore della occupazione) solo per quanto riguarda l'accesso al lavoro e non anche, dunque, quanto alle condizioni di licenziamento (articolo 14 par. 2 della direttiva 2006/54).

L'atto di licenziamento che costituisce discriminazione DIRETTA per ragioni di sesso è dunque sempre vietato, come mette in luce la sentenza della Corte di Cassazione nr. 6575/2016 sopra citata, richiamandosi a Corte di Giustizia UE 18/11/2010, nel procedimento C-356/09, *Pensionsversicherungsanstalt* .

Altre due eccezioni sono previste soltanto dalla direttiva sulla parità di trattamento in materia di occupazione.

- In primo luogo, è ammessa la discriminazione basata sulla religione o sulle convinzioni personali nel caso delle attività professionali di organizzazioni la cui etica è fondata sulla religione o sulle convinzioni personali (art. 4, paragrafi 2 e 3) .
- In secondo luogo, è ammessa la discriminazione in ragione dell'età laddove essa sia oggettivamente giustificata nell'ambito del diritto nazionale da una finalità legittima, compresi giustificati obiettivi di politica del lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale ed i mezzi per il conseguimento di tale finalità siano appropriati e necessari (articolo 6).

Le direttive UE considerano le «molestie» una distinta forma di discriminazione così come dispongono che l'«ordine di discriminare» debba essere considerato una

forma di discriminazione; non paiono tuttavia ipotesi attinenti, almeno direttamente, al regime del licenziamento.

Vi è da ultimo da segnalare che il soggetto discriminato può anche essere diverso da quello portatore del fattore protetto, il che accade quando il soggetto-terzo subisca un trattamento meno favorevole in quanto associato con la persona che possiede la caratteristica protetta. Si parla di discriminazione per associazione, riconosciuta dalla Corte di giustizia con la sentenza *Coleman*, relativa ad un caso di disabilità (sentenza della Corte, grande sezione del 17 luglio 2008, causa C-303/06).

Nel diritto interno la attuazione delle direttive sulla discriminazione è stata realizzata dai seguenti testi normativi:

-DECRETO LEGISLATIVO 9 luglio 2003 n.215 (in Gazz. uff. 12 agosto, n. 186). -
Attuazione della direttiva 2000/43/CE per la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica.

-DECRETO LEGISLATIVO 9 luglio 2003, n. 216 (in Gazz. Uff., 13 agosto , n. 187). -
Attuazione della direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro.

-DECRETO LEGISLATIVO 5/2010 - Attuazione della direttiva 2006/54/CE relativa al principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego (rifusione).

-LE POTENZIALITA' ESPANSIVE DEL PRINCIPIO DEL PRINCIPIO DI NON DISRIMINAZIONE: IL PRINCIPIO DI PARITA' DI TRATTAMENTO.

Nel compiere una ricognizione, necessariamente sommaria per la complessità del tema, delle principali fonti di interesse non può trascurarsi l'esame di una recente decisione della Corte di giustizia in tema di licenziamento discriminatorio giacchè attesta le notevoli potenzialità di applicazione del principio generale di non discriminazione, in combinazione con il principio di parità di trattamento sancito dall'articolo 2 della direttiva 2000/78, sempre in funzione dei motivi elencati nella stessa direttiva .

Trattasi della sentenza della Corte di Giustizia 9 marzo 2017 in causa C 406/15 PETYA MILKOVA, in tema di discriminazione per disabilità.

Il caso riguardava una lavoratrice bulgara (la signora PETYA MILKOVA) che impugnava il licenziamento intimato dal datore di lavoro "Agenzia per la privatizzazione ed il controllo post privatizzazione"; nella Agenzia erano inquadrati sia lavoratori in regime di pubblico impiego, come la ricorrente della causa principale, che lavoratori subordinati, questi ultimi in regime di diritto privato. La ricorrente, portatrice di una invalidità del 50% per disturbi psichici, veniva licenziata per soppressione del posto di lavoro e lamentava la illegittimità del licenziamento perché effettuato senza la autorizzazione preventiva dell'ispettorato del lavoro; tale autorizzazione tuttavia era prevista dalla legislazione bulgara solo nel regime del rapporto di lavoro di diritto privato e non per i pubblici impiegati benchè entrambi lavorassero presso la pubblica amministrazione .

Il giudice nazionale interrogava la Corte di Giustizia sul se il differente trattamento dei disabili circa le condizioni di licenziamento previsto nel lavoro pubblico rispetto a quello dettato dal codice del lavoro fosse in contrasto con la direttiva 2000/78.

Nella decisione la Corte ha evidenziato che la disparità di trattamento discendente dalla normativa nazionale non costituisce discriminazione diretta, giacchè non deriva direttamente dalla disabilità ma dalla diversa natura (pubblico impiego/lavoro subordinato) del rapporto di lavoro; la discriminazione diretta, ha precisato la Corte, si fonda su un criterio indissolubilmente legato alla disabilità.

Non vi erano poi elementi nella causa principale per affermare che le norme, seppure formulate in modo apparentemente neutro -ovvero con riferimento a criteri diversi dalla disabilità- determinassero un effetto sfavorevole tale da configurare una discriminazione indiretta .

Il giudice europeo ha tuttavia qualificato la misura adottata dal legislatore nazionale per il lavoro privato come una delle misure specifiche, previste dall'articolo 7 par 2 della direttiva 78/2000, tese a salvaguardare l'inserimento dei disabili nel modo del lavoro ed a garantire una parità sostanziale, con la conseguenza che essa rientrava nel campo di applicazione del diritto dell'unione.

Da qui la premessa per l'ulteriore sviluppo argomentativo.

Gli stati membri quando agiscono nel campo di applicazione del diritto dell'Unione (pure ove dispongano di un potere discrezionale per la sua attuazione) devono rispettare i diritti fondamentali dell'ordinamento giuridico dell'unione ed i principi generali, tra i quali figura il principio di parità di trattamento , sancito negli articoli 20 e 21 della Carta .

Tale principio impone che situazioni analoghe non siano trattate in maniera diversa e situazioni diverse non siano trattate in maniera uguale, a meno che detto trattamento sia obiettivamente giustificato. Tale giustificazione ricorre qualora la

differenza di trattamento sia rapportata ad uno scopo legittimo e sia proporzionata allo scopo perseguito.

La Corte ha dunque rimesso al giudice nazionale il compito di verificare se l'insieme delle regole di diritto nazionale applicabili offra ai pubblici impiegati con disabilità un livello di tutela equivalente a quello previsto— (attraverso la autorizzazione preventiva dell'ispettorato del lavoro)— per i lavoratori subordinati con disabilità egualmente impiegati nel settore della pubblica amministrazione.

Ove tale verifica desse esito negativo l'organo nazionale sarebbe tenuto a verificare se la disparità di trattamento sia obiettivamente giustificata (ovvero rapportata ad un legittimo scopo perseguito e proporzionata a tale scopo).

In caso diverso il giudice del rinvio dovrebbe disapplicare qualsiasi disposizione nazionale discriminatoria— senza doverne attendere la rimozione da parte del legislatore— nonché ad applicare ai componenti del gruppo sfavorito lo stesso regime riservato alle persone della categoria privilegiata, indipendentemente dalla esistenza di una norma che gli attribuisca tale competenza nel diritto interno.

Quando una discriminazione, contraria al diritto dell'Unione, sia stata constatata e finché non siano adottate misure volte a ripristinare la parità di trattamento, il rispetto del principio di parità può essere garantito solo mediante la concessione alle persone appartenenti alla categoria sfavorita degli stessi vantaggi di cui beneficiano le persone che rientrano nella categoria privilegiata.

Tale soluzione è destinata a essere applicata, comunque, soltanto in presenza di un sistema di riferimento valido, quale esistente nella fattispecie sottoposta al giudice europeo (punti 66- 68 della sentenza in commento e giurisprudenza ivi citata).

E' dunque evidente la rilevanza dell'approccio, che sta nella sollecitazione al giudice nazionale , indipendentemente dalle sue competenze interne, ove si rientri nel campo di applicazione del diritto dell'Unione, a provvedere non solo alla disapplicazione del precetto interno contrario al principio generale di non discriminazione (o di parità di trattamento) ma anche, all'esito, ad ampliare, in attuazione del principio di parità di trattamento, l'ambito di applicazione di altro precetto di riferimento valido .

APPENDICE

LE FONTI DEL DIRITTO ANTIDISCRIMINATORIO

A) IL DIRITTO INTERNAZIONALE

Le fonti che sanciscono il divieto di discriminazione sono in primo luogo quelle di rilievo internazionale.

1) LA CEDU

Viene in considerazione in primo luogo la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU).

Il divieto di discriminazione è sancito dall'articolo 14 della CEDU a tenore del quale il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione.

La formula di chiusura fa dei motivi di discriminazione una categoria aperta; ai sensi dell'articolo 14 della CEDU, comunque, la discriminazione è vietata soltanto riguardo nell'ambito dei diritti individuati nella stessa convenzione; quando la Cedu esamina una presunta violazione dell'articolo 14, lo fa sempre in associazione con un diritto sostanziale.

La Corte ha comunque attribuito una portata autonoma all'articolo 14 in una duplice direzione:

- da un lato, chiarendo che i ricorsi basati sull'articolo 14 possono essere esaminati in relazione a un diritto sostanziale ancorché non sussista un'effettiva violazione di detto diritto di per sé considerato.
- dall'altro, affermando che l'ambito di applicazione della CEDU va oltre la lettera dei diritti garantiti, essendo sufficiente che la fattispecie sia genericamente ricollegabile ad uno degli aspetti protetti dalla convenzione. Per quanto rileva. In alcune circostanze l'articolo 8 della CEDU, Diritto al rispetto della vita privata e familiare, è stato considerato applicabile alla sfera dell'occupazione (ad esempio per l'accesso all'impiego o per l'esercizio di una professione) sebbene la CEDU non preveda un diritto al lavoro.

La portata dell'articolo 14 è stata successivamente ampliata dal protocollo n. 12 alla CEDU, (entrato in vigore il [1º aprile 2005](#)), che ha garantito la parità di trattamento "nel godimento di ogni diritto previsto dalla legge"; restano pertanto compresi nella portata dell'articolo 14 i diritti previsti dalla legislazione nazionale.

Secondo la relazione esplicativa il protocollo punta alla tutela dei singoli contro le discriminazioni delle autorità pubbliche; esso riguarda tuttavia anche quei rapporti tra privati che di norma rientrano nel campo delle normative nazionali, «per esempio, il rifiuto arbitrario dell'accesso al lavoro, dell'accesso a ristoranti o a servizi che i privati possono mettere a disposizione del pubblico, come l'assistenza medica o la fornitura di acqua e di elettricità».

In generale, il protocollo n. 12 vieta pertanto la discriminazione al di fuori dei contesti puramente personali.

Si segnala tuttavia che l'Italia ha formato il protocollo ma non lo ha ancora ratificato.

L'Unione Europea non ha ancora materialmente aderito alla Cedu nonostante la previsione contenuta in tal senso nell'articolo 6 del Trattato sulla Unione Europea; la questione è attualmente in stallo, dopo che nel 2014 la Corte di giustizia ha respinto il progetto di adesione elaborato dalle istituzioni europee, affermando che esso metteva a rischio l'indipendenza del diritto dell'UE.

Il Parlamento europeo nell'ottobre 2016 ha invitato la Commissione europea a presentare, entro il giugno 2017, una nuova bozza di accordo per l'accesso dell'Ue alla Cedu.

La CEDU è vincolante nei confronti dello Stato italiano, Paese firmatario, in forza della Legge 4 agosto 1955 n. 848 portante la ratifica della Convenzione e del protocollo aggiuntivo firmato a Parigi il 20 marzo 1952.

Le sentenze della Corte costituzionale n. 348 e nr. 349 del 2007 hanno ribadito che la Cedu non può essere assimilata al diritto comunitario, perché non crea un ordinamento giuridico sopranazionale ma è diritto internazionale pattizio capace di vincolare lo Stato ma non produttivo di effetti diretti nell'ordinamento interno, tali da legittimare i giudicinali a disapplicare le norme interne in contrasto.

In secondo luogo la Corte nelle suddette pronunzie ha riconosciuto alla CEDU un ancoraggio costituzionale nell'articolo 117, dal quale deriva la forza di resistenza della Cedu rispetto alle leggi ordinarie successive nonché la attrazione delle sue norme nella sfera di competenza della Corte, nel senso che l'eventuale incompatibilità tra norme interne e CEDU si presenta come una questione di legittimità costituzionale, per eventuale violazione del 117, I comma.

Nelle stesse sentenze il giudice delle leggi ha puntualizzato che le norme della CEDU vivono attraverso l'interpretazione che di esse dà la giurisprudenza della Corte di Strasburgo e dunque che la norma "sub-costituzionale" non è la disposizione CEDU ma la norma come prodotto dell'interpretazione.

2) TRATTATI DELLE NAZIONI UNITE SUI DIRITTI UMANI

Tutti gli Stati membri dell'UE hanno aderito a una serie di trattati dell'ONU sui diritti umani che contemplano un divieto di discriminazione, vale a dire:

- il Patto internazionale sui diritti civili e politici (ICCPR)
- il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali (ICESCR)
- la Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale (ICERD) conclusa a New York il 21 dicembre 1965,
- la Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna (CEDAW) adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 18 dicembre 1979 (entrata in vigore internazionale il 3 settembre 1981).
- la Convenzione contro la tortura
- la Convenzione sui diritti del fanciullo (CRC).
- la Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità (UNCRPD) del 13 dicembre 2006, ratificata in Italia con L. 18/2009; anche l'UE ha ratificato la Convenzione nel dicembre 2010 (si tratta del primo trattato generale sui diritti umani ratificato dall'UE nel suo insieme).

-B) IL DIRITTO DELLA UNIONE EUROPEA

A) I TRATTATI FONDATIVI

I trattati originari delle Comunità europee non facevano riferimento ai diritti umani o alla loro protezione; all'epoca, infatti, non si riteneva che la creazione di una zona di libero scambio in Europa potesse incidere su questa categoria di diritti.

Soltanto la discriminazione sulla base della nazionalità è sempre stata proibita dai trattati europei così come la discriminazione sulla base del sesso, quest'ultima, tuttavia, nel solo contesto dell'occupazione onde impedire agli stati membri di acquisire vantaggi concorrenziali gli uni sugli altri offrendo alle donne condizioni di lavoro meno favorevoli.

Gli altri motivi di discriminazione sono stati menzionati per la prima volta nel trattato di Amsterdam (del 2 ottobre 1997).

Nell'attuale ordinamento dell'Unione Europea, risultante dal trattato di Lisbona (del 13.12.2007), la discriminazione è oggetto di diverse disposizioni dei due trattati di

vertice, il Trattato sull'Unione europea (derivante dalla modifica del trattato di Maastricht) ed il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (derivante dalla riforma del Trattato CE, già CEE).

Del Trattato sulla Unione Europea sono rilevanti gli articoli 2,3 e 6.

A tenore dell'**articolo 2** i valori su cui l'Unione si fonda (rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto, dei diritti umani) sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla *non discriminazione*, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini.

Il successivo **articolo 3** stabilisce che *"L'Unione combatte l'esclusione sociale e le discriminazioni e promuove la giustizia e la protezione sociali, la parità tra donne e uomini, la solidarietà tra le generazioni e la tutela dei diritti del minore"*.

A tenore dell'**articolo 6**:

" L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati"

ed ancora

" I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali".

Quanto al Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, l'**articolo 10** stabilisce che *"Nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni, l'Unione mira a combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale"*.

A norma dell'**articolo 19**, poi, il Consiglio, nell'ambito delle competenze dell'Unione, deliberando all'unanimità secondo una procedura legislativa speciale e previa approvazione del Parlamento europeo, può prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale. Nel campo della lotta contro la discriminazione, dunque, si deve utilizzare una procedura legislativa speciale (APP): il Consiglio deve deliberare all'unanimità e previa approvazione del Parlamento europeo.

-B) LA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UNIONE EUROPEA

Nell'ambito del Consiglio europeo di Nizza che ha condotto alla stipula del Trattato di Nizza (del 26 febbraio 2001) è stata solennemente proclamata la [Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea](#) (cd. Carta di Nizza), che però non è entrata a far parte del trattato.

La Carta enuncia una serie di diritti che traggono spunto da quelli sanciti nelle Costituzioni degli Stati membri, dalla CEDU e dai trattati universali sui diritti umani, fra cui la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo.

Benché il documento adottato nel 2000 fosse una semplice «dichiarazione» non vincolante giuridicamente, la Commissione europea (principale organo incaricato di presentare proposte normative per l'UE) si era impegnata a conformarvisi nelle sue proposte.

Successivamente ai sensi dell'art. 6 del Trattato sull'Unione europea (come risultante dal [Trattato di Lisbona](#)) la Carta di Nizza ha assunto il medesimo valore giuridico dei trattati: si pone dunque come pienamente vincolante per le istituzioni europee e gli Stati membri, allo stesso livello dei trattati e protocolli ad essi allegati, come vertice dell'ordinamento dell'Unione europea; anche gli Stati membri sono tenuti a conformarvisi, ma soltanto allorché si trovino a dare attuazione al diritto dell'Unione.

La discriminazione è trattata dall'articolo 21 della Carta, che vieta le discriminazioni fondate su vari motivi, che racchiudono quelli previsti dalla CEDU e dalle direttive contro la discriminazione. Ciò significa che è possibile contestare sia la normativa dell'UE che la legislazione nazionale che attua il diritto dell'Unione, qualora si ritenga che la Carta non sia stata rispettata.

Art. 21 Non discriminazione

1. È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale.

2. Nell'ambito d'applicazione dei trattati e fatte salve disposizioni specifiche in essi contenute, è vietata qualsiasi discriminazione in base alla nazionalità.

C) LE DIRETTIVE

Le direttive europee contro la discriminazione vietano la differenza di trattamento fondata su taluni motivi oggetto di protezione, secondo un elenco circoscritto, comprendente:

- a) il genere: la direttiva nr. 54/2006 (di rifusione) ha riunito e modificato le direttive riguardanti l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego (direttiva 76/207 ; direttiva 86/378; direttiva 75/117; direttiva 97/80) . Nel 2004 la direttiva sulla parità di trattamento tra uomini e donne in materia di accesso ai beni e ai servizi- direttiva 2004/113/CE del Consiglio- ha esteso la protezione contro la discriminazione fondata sul sesso a questo settore.
- b) l'orientamento sessuale, la disabilità, l'età e la religione o convinzione personale: direttiva nr. 78/2000 sulla parità di trattamento in materia di occupazione
- c) la razza o l'origine etnica (direttiva sull'uguaglianza razziale nr.43/2000); essa vieta le discriminazioni fondate sulla razza o l'origine etnica oltre che nel contesto del lavoro anche nell'accesso alla protezione e alla sicurezza sociale come pure nell'accesso ai beni e ai servizi. Si tratta di una significativa estensione dell'ambito di applicazione del diritto della non discriminazione dell'Unione, in quanto è stato riconosciuto che, per consentire agli individui di sviluppare appieno le proprie potenzialità, è essenziale garantire loro parità di accesso anche a beni e servizi ed a prestazioni sociali.

Alla attualità dunque la normativa comunitaria non prevede eguale tutela avverso tutti i motivi di discriminazione.

Nel quadro delle direttive contro la discriminazione, il divieto di discriminazione riguarda tre settori: 1) l'occupazione, 2) il sistema di protezione sociale ed altre forme di prestazioni sociali 3) i beni e servizi.

Attualmente solo la direttiva sull'uguaglianza razziale si applica a tutti e tre i settori. E' in corso di esame una proposta che estende la direttiva sulla parità di trattamento in materia di occupazione a tutti e tre i settori: cosiddetta «direttiva orizzontale contro la discriminazione».

La Direttiva è stata proposta nel 2008 dalla Commissione e dopo essere stata discussa, è stata approvata in plenaria al Parlamento europeo nel 2009; è bloccata dal Consiglio che deve approvarla all'unanimità.

Le direttive contro la discriminazione escludono espressamente dal loro campo di applicazione la discriminazione basata sulla nazionalità, che è disciplinata dalla direttiva sulla libera circolazione (Direttiva 2004/38/CE relativa al diritto dei

cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri).

Secondo quest'ultima, soltanto i cittadini degli Stati membri dell'UE godono di un diritto automatico di ingresso e di soggiorno in altri Stati membri dell'UE; dopo aver soggiornato legalmente per cinque anni in un altro Stato membro dell'UE, un cittadino dell'UE acquisisce il diritto di soggiorno permanente, che a sua volta gli conferisce diritti equivalenti a quelli di cui gode la categoria dei «lavoratori».

Le direttive contro la discriminazione in molti casi escludono dal loro campo di applicazione i cittadini dei paesi terzi (CPT) ovvero che non fanno parte dell'Unione europea.

La direttiva sull'uguaglianza razziale e la direttiva sulla parità di trattamento in materia di occupazione affermano entrambe di non istituire un diritto alla parità di trattamento per i cittadini di paesi terzi (CPT) in relazione alle condizioni di ingresso e di soggiorno.

In particolare l'articolo 3 paragrafo 2 della direttiva 78/2000 prevede:

«La presente direttiva non riguarda le differenze di trattamento basate sulla nazionalità e non pregiudica le disposizioni e le condizioni relative all' ammissione e al soggiorno dei cittadini di paesi terzi e di apolidi nel territorio degli Stati membri, né qualsiasi trattamento derivante dalla condizione giuridica dei cittadini dei paesi terzi o degli apolidi interessati» .

Queste disposizioni tuttavia non sembrano permettere agli Stati membri di escludere totalmente i CPT dalla protezione, in quanto nei «considerando» si legge che i CPT sono protetti dalla direttiva, ma non per quanto riguarda l'accesso al lavoro.

Nel considerando nr. 12 della direttiva 78/2000 si prevede che il divieto di qualsiasi discriminazione diretta o indiretta basata su religione o convinzioni personali, handicap, età o tendenze sessuali nei settori di cui alla direttiva dovrebbe applicarsi anche nei confronti dei cittadini dei paesi terzi, ma non comprende le differenze di trattamento basate sulla nazionalità e lascia impregiudicate le disposizioni che disciplinano l'ammissione e il soggiorno dei cittadini dei paesi terzi e il loro accesso all'occupazione e alle condizioni di lavoro.

Tuttavia i CPT godono del diritto alla parità di trattamento pressoché negli stessi ambiti previsti alle direttive contro la discriminazione allorché ottengono lo status di «soggiornante di lungo periodo» ai sensi della direttiva sui cittadini dei paesi terzi (Direttiva 2003/109/CE relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano

soggiornanti di lungo periodo, la quale prevede, tra gli altri requisiti, un periodo di soggiorno legale di cinque anni).

3) LE FONTI NAZIONALI

Nel diritto interno alla tutela avverso i comportamenti discriminatori provvedono i seguenti testi normativi:

- DECRETO LEGISLATIVO 25 luglio 1998, n. 286 - Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero (T.U. IMMIGRAZIONE)

-DECRETO LEGISLATIVO 9 luglio 2003 n.215 (in Gazz. uff. 12 agosto, n. 186). - Attuazione della direttiva 2000/43/CE per la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica.

-DECRETO LEGISLATIVO 9 luglio 2003, n. 216 (in Gazz. Uff., 13 agosto , n. 187). - Attuazione della direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro.

-LEGGE 1° marzo 2006, n.67 (in Gazz. Uff., 6 marzo, n. 54) - Misure per la tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazioni.

-DECRETO LEGISLATIVO 11 aprile 2006, n.198 (in Suppl. ordinario n. 133 alla Gazz. Uff., 31 maggio, n. 125). - Codice delle pari opportunità tra uomo e donna, a norma dell'[articolo 6 della legge 28 novembre 2005, n. 246](#) .

-DECRETO LEGISLATIVO 5/2010 - Attuazione della direttiva 2006/54/CE relativa al principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego (rifusione)