

LO SVILUPPO DELLA TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA NEL DIRITTO COMUNITARIO

di Jesús Cruz-Villalón

1. Diritti fondamentali e tutela antidiscriminatoria nell' ordinamento comunitario. 2. Gli interrogativi aperti. In particolare: la riserva di legge. 3. L'attività giurisdizionale. 4. L'intervento amministrativo: ispezione del lavoro e misure promozionali. 5. L'azione sindacale.

1. L'Unione europea, fin dalla sua istituzione, ha affrontato in un modo paradossale il riconoscimento e la tutela dei diritti fondamentali e delle libertà pubbliche. Da una parte, sotto il profilo politico, lo ha considerato come un elemento forte che identifica il modello sociale, sul quale si basa lo sviluppo dei diversi Stati membri dell'Unione. Dall'altra, sotto il profilo giuridico, la normativa comunitaria era in pratica orfana di qualcosa che somigliasse ad una classica dichiarazione dei diritti dei cittadini, sia nei Trattati istitutivi, che nel diritto derivato. La situazione così descritta ha avuto senza dubbio moltissime contraddizioni.

In effetti, se si analizza il diritto interno dei diversi Stati membri come un insieme, si può affermare senza dubbio che i relativi sistemi giuridici accolgono un riconoscimento dei diritti fondamentali e delle libertà pubbliche con una profondità ed un'efficacia superiore al resto degli Stati del contesto internazionale.

Per quanto riguarda gli ordinamenti interni dell'Europa continentale è facile avvertire la presenza di elementi giuridici comuni nell'incorporazione dei diritti fondamentali, che sono una chiara espressione della perfezione giuridica con la quale vengono disciplinati attraverso un'indicazione ampia e relativamente completa dell'elenco dei diritti fondamentali e delle libertà pubbliche universalmente accettate; il riconoscimento, in particolare, dei diritti di seconda generazione, secondo la configurazione degli Stati sociali di diritto, che implicano la cosiddetta costituzionalizzazione dei diritti fondamentali dei lavoratori; l'accettazione espressa dell'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali, che implica l'estensione ai soggetti privati e, soprattutto, ai poteri economici, del vincolo di rispetto di tali diritti fondamentali; la centralità della tutela nei confronti dei comportamenti discriminatori, che permette di reagire dinanzi ad atti di segregazione ed emarginazione sociale di natura diversa; l'allestimento di strumenti specifici giudiziari e amministrativi, che

*Jesus Cruz Villalón è professore di diritto del lavoro e della sicurezza sociale nella Università di Siviglia.

** Il presente saggio costituisce la rielaborazione della relazione tenuta dall'A. al Convegno su: "Tecniche di tutela ed efficacia degli strumenti giudiziari di lotta alle discriminazioni", svolto a Pescara il 21-22 giugno 2002. La traduzione dallo spagnolo è di Marina Colasacco.

garantiscono sul piano processuale la possibilità di una risposta efficace; la previsione di un sistema sanzionatorio effettivo, di modo che le reazioni dello Stato alle violazioni di tali diritti possano superare il semplice atto dichiarativo, facendo sì che le sanzioni abbiano una doppia efficacia, risarcitoria e preventiva, al fine di evitare trasgressioni future.

Inoltre, il superamento del *test* sul rispetto dei diritti fondamentali è diventato una condizione imprescindibile per l'accettazione della candidatura di uno Stato europeo all'adesione alle istituzioni comunitarie: ad esempio, solo l'instaurazione di un modello di Stato democratico ha permesso a determinati Stati di avviare i negoziati in vista della successiva adesione. Sia l'ampliamento ad alcuni paesi del mediterraneo, negli anni '80, sia il futuro allargamento ai paesi dell'Est è una chiara dimostrazione di questa posizione politica delle istituzioni comunitarie, sicché è stato necessario un mutamento di regime politico in tali Stati per ottenere l'accettazione del Consiglio Europeo e poter avviare i relativi negoziati.

Purtroppo il contrasto è totale allorché si procede ad un'analisi della legislazione comunitaria, poiché in questa sede è immediatamente percepibile la totale assenza di riferimenti a regole di funzionamento democratico delle istituzioni comunitarie quali garanti dei diritti fondamentali e delle libertà pubbliche dei cittadini degli Stati membri. Al riguardo, nei Trattati istitutivi non figurava neppure formalmente l'esigenza di rispetto delle dichiarazioni dei diritti fondamentali quale requisito di appartenenza alla Comunità europea e tanto meno la previsione di un meccanismo di reazione, inclusa l'espulsione, nel caso di un mutamento radicale di regime giuridico non rispettoso dei principi democratici.

Inizialmente la situazione poteva spiegarsi come rispondente ad un'implicita divisione dei ruoli tra le diverse istituzioni sovrastatali in ambito europeo. In effetti, potrebbe considerarsi che all'atto della istituzione e nella prima fase di sviluppo delle Comunità europee il ruolo di vigile e garante dei diritti fondamentali nell'ambito regionale fosse assegnato al Consiglio d'Europa. Tale organismo ha assicurato la tutela di tali diritti attraverso l'approvazione della Convenzione Europea per la protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali del 4 novembre 1950 e attraverso l'istituzione della Corte Europea dei Diritti dell'uomo, con il riconoscimento esplicito della legittimazione dei singoli a ricorrere al medesimo e della efficacia diretta delle sue decisioni. La suddetta situazione rendeva superfluo il coinvolgimento della Comunità europea in questo ambito: era sufficiente che gli Stati membri facessero parte del Consiglio d'Europa e avessero proceduto alla ratifica della Convenzione per far sì che le istituzioni comunitarie si considerassero libere di non occuparsi della materia. Ancor più specificamente, in ambito lavoristico, era stato elaborato e approvato un testo "*ad hoc*" in seno al Consiglio d'Europa: la Carta sociale europea, conosciuta come Carta di Torino del 18 ottobre 1961, che riguarda aspetti importanti nell'ambito del riconoscimento dei diritti

sindacali e che consente il riconoscimento dei diritti fondamentali all'interno delle imprese e dei luoghi di lavoro.

Tale divisione dei ruoli appariva perfetta, poiché si considerava che l'ambito naturale di realizzazione della Comunità fosse del tutto diverso, circoscritto com'era agli aspetti economici e commerciali, con l'unica finalità di creare un grande mercato che, attraverso economie di scala, producesse uno sviluppo delle condizioni di vita dei cittadini europei.

Questo panorama di divisione implicita dei ruoli è stato superato con il passare del tempo e con la trasformazione di entrambe le istanze sovrastatali. Da una parte, il Consiglio d'Europa, sebbene godesse formalmente di un regime di piena autonomia, appariva figlio dell'epoca della guerra fredda e della creazione dei due grandi blocchi che hanno caratterizzato il periodo post-bellico in Europa. Perciò, parallelamente alla caduta dei modelli politici dell'Europa dell'Est durante gli anni '80 e alla scomparsa della cortina di ferro, ha perso vigore e vitalità proprio il Consiglio d'Europa. Anche se la vigenza della Convenzione Europea e della Carta Sociale permane, tali documenti si dimostrano sotto tutti i profili insufficienti e soprattutto si avverte che il Consiglio d'Europa perde capacità di influenza politica, venendo meno il suo potere di iniziativa. In conclusione, il Consiglio d'Europa vede ridimensionata la sua attività e ridotto il suo impatto politico in ambito europeo.

Non è casuale che questa fase coincida con un processo parallelo di approfondimento del progetto di costruzione europea da parte delle istituzioni comunitarie, che tende a superare l'obiettivo originario di istituire un grande mercato comune, per spostarsi sul piano della creazione di un vero e proprio potere politico, con competenze generali nei diversi ambiti della costruzione sociale europea, per trasformarsi in una autentica Unione Europea come soggetto politico. Proprio questa trasformazione qualitativa della Comunità europea evidenzia in modo immediato il *deficit* di legittimità democratica e le carenze nell'esercizio dei diritti fondamentali e delle libertà pubbliche, là dove si applica la legislazione comunitaria e dove intervengono in modo diretto le istituzioni comunitarie.

Il nucleo originario della dimensione sociale europea è molto ridotto, al punto che è stato affermato che in questo ambito potevano essere apprezzate solo due "oasi" di socialità, nella nostra prospettiva potremmo dire due "oasi" di tutela antidiscriminatoria: da un lato, il divieto di discriminazione salariale in ragione del sesso e, dall'altro, il divieto di discriminazione a motivo della nazionalità, limitatamente alla libera circolazione di lavoratori e professionisti, a favore dei cittadini degli Stati membri della Comunità. Grazie al diritto derivato e agli interventi della Corte di giustizia della Comunità europea, entrambe queste oasi hanno avuto grande sviluppo durante gli anni '60 e '70, più di quanto fosse immaginabile alla luce dei testi delle relative disposizioni nel Trattato di Roma. Purtroppo, la stessa loro qualificazione in termini di "oasi" ne sottolineava sin dall'inizio i limiti e, in particolare, impediva che diventassero il nucleo della tutela generalizzata dei diritti fondamentali nell'ambito comunitario

senza dover procedere ad una riforma intensa dei Trattati istitutivi. Per questa ragione, i diversi tentativi intrapresi durante gli anni '80 e all'inizio degli anni '90, di procedere al riconoscimento di tali diritti per via indiretta, in particolare attraverso il diritto derivato o tramite dichiarazioni programmatiche di intenzioni, erano destinati al fallimento; per lo meno nel caso della pretesa di fondare sul diritto comunitario l'effettività di tali diritti attraverso un riconoscimento ed una effettività simile a quella esistente nei diversi capitoli delle costituzioni degli Stati democratici.

In questo senso, è stato necessario procedere alla incorporazione di tali diritti negli stessi Trattati istitutivi, al fine di consentire un'applicazione più autentica dei parametri costituzionali in materia di diritti fondamentali alle norme comunitarie. Anche se si segnalano importanti approcci nelle riforme precedenti, in particolare nell'Atto Unico Europeo del 1986, nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989 e nel Trattato di Maastricht del 1992, il mutamento di prospettiva decisivo è avvenuto con la riforma dei Trattati di Amsterdam nel 1997, riforma che ha aperto le porte a un approfondimento reale di questa materia.

Tra le novità più rilevanti del Trattato di Amsterdam si possono richiamare le seguenti: in primo luogo, l'articolo 6.1 del Trattato dell'Unione dichiara che: "L'Unione si fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dello stato di diritto, principi che sono comuni agli Stati membri". A seguire, il secondo comma prevede: "l'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario".

L'articolo 7 contempla un procedimento che permette di accertare l'esistenza di una violazione grave e persistente da parte di uno Stato membro di questi principi e allo stesso tempo consente la sospensione di alcuni diritti di quello Stato membro. Infine, l'articolo 13 del Trattato istitutivo della Comunità europea dispone che: "Fatte salve le altre disposizioni del presente trattato e nell'ambito delle competenze da esso conferite alla Comunità, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, può prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali".

A partire dall'entrata in vigore delle citate riforme, le istituzioni comunitarie hanno la competenza e la relativa legittimazione giuridica per sviluppare una politica più ampia in questo settore, sia con riguardo al potere di esigere il rispetto dei diritti fondamentali da parte degli Stati membri e dei paesi candidati a diventarlo, sia riguardo allo sviluppo di normative comunitarie in questa materia.

E' proprio quest'ultimo aspetto che ha reso possibile l'elaborazione e, in alcuni casi significativi, l'approvazione nel 2000 e nel 2002 di testi comunitari che introducono novità importanti nel diritto comunitario. Tra questi si possono citare innanzitutto la dichiarazione solenne relativa alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea fatta al Vertice di Nizza del dicembre 2000 (Documento 2000/C 364/01). In secondo luogo, diverse direttive adottate sulle nuove basi giuridiche previste dai Trattati istitutivi. Tra queste, vanno evidenziate tre direttive di grande incidenza in ambito lavoristico: la direttiva 2000/43, del 29 giugno 2000, relativa all'applicazione del principio di parità di trattamento delle persone a prescindere dalla razza o dall'origine etnica; la direttiva 2000/78, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro; la direttiva 2002/73, del 23 settembre 2002, che modifica la direttiva 76/207 relativa alla parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionale e alle condizioni di lavoro.

Non si tratta di una mera coincidenza se in tempi così brevi la Commissione, il Parlamento e il Consiglio hanno trovato un'intesa per affrontare questo insieme di materie che incidono direttamente sui diritti fondamentali in campo lavoristico, ma del risultato dell'applicazione del Trattato di Amsterdam, che comincia a dare i primi frutti.

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea è il primo testo comunitario che contiene una tipica dichiarazione di riconoscimento dei diritti fondamentali in ambito comunitario, con la caratteristica di essere un testo di ultima generazione. Essa contiene un ampio elenco di diritti, non limitandosi ad una "codificazione" della molteplicità dei diritti tradizionalmente riconosciuti in ambito internazionale e costituzionale, compresi i diritti economici e sociali; ma riconoscendo nuovi diritti, in sintonia con nuovi valori e sensibilità sociali e nel tentativo di dare risposta alla sfida derivante dalla pervasività delle nuove tecnologie e alla loro influenza su alcuni diritti fondamentali più vulnerabili rispetto ad esse. Inoltre, viene attribuita maggiore certezza giuridica all'elenco dei diritti, di modo che il loro riconoscimento non sia rimesso alla maggiore o minore volontà della Corte di giustizia di forzare il quadro normativo comunitario esistente. Ma, soprattutto, siamo davanti a un testo che permette di rafforzare la posizione politica delle istituzioni comunitarie, giacché costituisce uno strumento efficace di sviluppo dell'articolo 6 del Trattato dell'Unione, che legittima e dà coerenza alla politica estera e di sicurezza comune della Comunità e costituisce un referente indispensabile nella fase di realizzazione dell'allargamento dell'Unione ai nuovi Stati membri.

Nella prospettiva sociale e del lavoro, le tre direttive sopra citate avranno una ripercussione pratica immediata. Le prime due, le direttive 2000/43 e 2000/78, giacché suppongono il superamento definitivo delle due oasi tradizionali di tutela antidiscriminatoria, consolidando una capacità di armonizzazione delle legislazioni nazionali in relazione al principio di parità di

trattamento nei confronti di condotte di emarginazione sociale diverse da quelle tradizionali del diritto comunitario. Non sono più soltanto la nazionalità e il sesso gli elementi da prendere in considerazione rispetto ai trattamenti discriminatori, perché a questi si sommano altri fattori di grande attualità che riguardano razza, origine etnica, religione o convinzioni personali, handicap, età o tendenze sessuali. In queste direttive comincia ad evidenziarsi la volontà di superare ciò che costituisce, sotto il profilo tecnico-giuridico, il terreno naturale della tutela antidiscriminatoria, per avvicinarsi a diritti fondamentali diversi: faccio riferimento in concreto alla novità della previsione di misure di reazione nei confronti di atti di molestia, sia sessuale che di altra natura, che non si collegano in senso proprio con la parità di trattamento, ma riguardano diritti di natura diversa come, ad esempio, il diritto all'intimità o *privacy*, così come il diritto alla dignità personale.

La terza direttiva, che riguarda la parità di trattamento tra uomini e donne nell'ambito delle condizioni di lavoro, riguarda un terreno tradizionale, ben consolidato nella politica sociale comunitaria. Tuttavia, questa circostanza non sminuisce la portata delle modifiche introdotte nel 2002 alla nota direttiva del 1976. In effetti, i profondi mutamenti giuridici e sociali avvenuti in ambito comunitario dall'ormai lontano 1976, hanno reso necessario qualcosa di più di un semplice aggiornamento della citata direttiva sulla parità di trattamento. Molte sono state, infatti, le questioni affrontate dalla Corte di giustizia che hanno portato al consolidamento di una dottrina che era consigliabile incorporare nel testo della norma; la stessa riforma dell'ex art. 119 –attuale 141— del Trattato della Comunità ha permesso un approfondimento soprattutto in materia di misure di azione positiva; così come le trasformazioni intervenute sul mercato di lavoro richiedevano nuove risposte e, per finire, si è manifestata l'opportunità di creare un documento coerente e parallelo rispetto alle due direttive precedenti.

Da un'altra prospettiva, è opportuno porre l'accento sul fatto che l'attuazione della normativa comunitaria nel diritto del lavoro, sul terreno del divieto di trattamenti discriminatori, non si limita alle direttive prima citate. Esistono altre direttive complementari che approfondiscono l'obiettivo di estendere la tutela antidiscriminatoria in materia di parità di trattamento tra uomini e donne, come le ben note direttive in materia di parità salariale (direttiva 75/117/CEE), di onere della prova (direttiva 97/80/CE), di sicurezza sociale (direttive 79/7/CEE e 86/378) e di esercizio di un'attività autonoma, ivi compreso nel settore agricolo (direttiva 86/613).

Soprattutto mi interessa evidenziare un altro tipo di interventi nell'ambito comunitario che hanno un obiettivo immediato diverso da quello di risolvere situazioni di esclusione o emarginazione sociale, diretti come sono a correggere effetti indesiderati nel mercato di lavoro: si tratta di un tipo di intervento che si realizza attraverso la tecnica giuridica della tutela antidiscriminatoria. Secondo i promotori di queste iniziative la tutela antidiscriminatoria è, infatti, uno strumento di grande efficacia per agire su certi dualismi esistenti nel mercato di

lavoro, che possono incidere negativamente sulla libera concorrenza commerciale o provocare effetti nocivi di *dumping* sociale. Possiamo citare i seguenti esempi di utilizzazione ad altri effetti della tecnica di tutela antidiscriminatoria: la direttiva 97/81/CE, del 15 dicembre 1997, che riguarda l'accordo sul lavoro a tempo parziale, la cui clausola 4 colloca al centro di tutta la sua disciplina il principio di non discriminazione, per garantire la parità di trattamento e il rispetto del criterio di proporzionalità ai lavoratori a tempo parziale rispetto ai lavoratori a tempo pieno; la direttiva 99/70/CE, del 28 giugno 1999, che riguarda l'accordo sul lavoro a tempo determinato, la cui clausola 4 attribuisce un'importanza decisiva al principio di non discriminazione, onde evitare che il contratto a tempo determinato sia utilizzato come meccanismo per stabilire condizioni meno favorevoli per i lavoratori a termine nei confronti dei lavoratori fissi comparabili; l'accordo quadro europeo sul telelavoro del 16 luglio 2002, la cui clausola 4 richiama il principio generale di parità di trattamento, quando stabilisce che i telelavoratori devono beneficiare degli stessi diritti assicurati dalla legislazione e dai contratti collettivi applicabili ai lavoratori comparabili che lavorano nei locali dell'impresa; la proposta di direttiva che riguarda le condizioni di lavoro dei lavoratori forniti dalle imprese di lavoro interinale (COM 2002, 701 finale, del 28 novembre 2002), il cui art. 5 afferma ugualmente il principio generale di non discriminazione, con l'obiettivo di garantire che i lavoratori temporanei, durante la loro missione, siano trattati, per quanto riguarda le condizioni di lavoro e di impiego, in modo quanto meno uguale a quello di un lavoratore della stessa categoria dipendente dalla impresa utilizzatrice.

Infine, va ricordato che la stessa Corte di giustizia delle Comunità europee ricorre alla tecnica dell'analisi comparativa di ragionevolezza e proporzionalità di certe differenze, al fine di accertare l'esistenza di violazioni dell'ordinamento comunitario, basate sulla lesione del principio di non discriminazione. Come esempio possiamo citare due pronunce recenti. La prima riguarda la condanna della Repubblica italiana in materia di incentivi economici all'occupazione per alcune fasce di lavoratori in alcune regioni, ritenuti discriminatori in quanto comportanti effetti distorsivi della concorrenza tra imprese (sentenza 7 marzo 2002, C-310/99). La seconda riguarda la responsabilità del Fondo di garanzia salariale spagnolo ai sensi della direttiva 80/987/CEE, e contiene una condanna della Spagna in quanto viene considerato discriminatorio il fatto di riconoscere la responsabilità del Fondo solo nei casi in cui si allega una pronuncia giudiziaria di riconoscimento del debito della impresa e non, invece, quando il titolo giuridico allegato è costituito dall'accordo intervenuto in sede conciliativa (sentenza 12 dicembre 2002, C-442/00).

2. A prescindere delle importanti novità contenute nei testi sopra richiamati, in ambito europeo si sta affrontando un nuovo processo di approfondimento della tutela dei diritti fondamentali, oggi allo stato ancora embrionale. Per questo, sono evidenti incertezze di ordine sia politico che giuridico, che prevedibilmente daranno luogo a un dibattito che ci occuperà per i prossimi anni. E' sufficiente, al riguardo, limitarsi a segnalare le sfide più significative alle quali dovremo far fronte nell'immediato futuro, derivanti quasi tutte dalle carenze che già cominciano ad emergere nei testi richiamati.

Innanzitutto, è noto che la forma finale adottata dalla Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione di "dichiarazione solenne" costituisce il falso finale di una questione ancora tutta da chiarire: la natura giuridica che infine verrà adottata per questo documento, in particolare per quanto riguarda il suo carattere vincolante e la sua efficacia giuridica al fine di assicurare il rispetto dei diritti in essa contenuti. Non vi è alcun dubbio che la forma "dichiarazione solenne" sia sotto ogni profilo insufficiente e che con questa non si soddisfino le grandi aspettative sorte dopo la elaborazione della Carta. A riprova di ciò stanno le conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Nizza, che affermano: "In conformità con le conclusioni di Colonia, la questione della efficacia giuridica della Carta verrà esaminata in un momento successivo". È ovvio che il problema non è risolto, giacché il Consiglio è consapevole di dover dotare la Carta di efficacia giuridica, non potendo farla rimanere in una semplice dichiarazione programmatica, senza nascondere i rischi connessi al pieno riconoscimento della sua efficacia giuridica.

Per quanto riguarda le tre direttive in materia di parità di trattamento, va chiarito che anche se esse ampliano notevolmente i motivi di trattamento discriminatorio, finiscono tuttavia per definire un elenco limitato e chiuso delle cause di discriminazione. Non esiste, infatti, una clausola generale come, per esempio, quella presente nell'art. 14 della costituzione spagnola, che stabilisce che si considera ugualmente trattamento discriminatorio vietato quello che riguarda "qualsiasi altra condizione o circostanza personale o sociale"; oppure nell'art. 3 della costituzione italiana, che nella parte finale stabilisce l'uguaglianza senza distinzioni di "condizioni personali e sociali". Non essendoci formule equiparabili a quelle citate, è chiaro che soprattutto nel campo dei rapporti di lavoro, emergeranno ancora determinati fenomeni di esclusione o emarginazione sociale, per i quali la legislazione comunitaria non avrà risposte esplicite. Anzitutto va ricordato che nell'ambito della politica sociale esistono ancora materie per le quali le istituzioni comunitarie non hanno competenza per l'armonizzazione delle diverse legislazioni nazionali, ciò che di riflesso può provocare l'impossibilità di estendere a questo campo l'intervento della politica antidiscriminatoria. Così, finché non saranno modificati i Trattati istitutivi, non sembra possibile applicare la normativa antidiscriminatoria all'esercizio della libertà sindacale o del diritto di sciopero (art. 137.5 TCE). D'altra parte, è opportuno richiamare i problemi sempre più attuali del trattamento dei lavoratori extracomunitari, delle differenze linguistiche e i potenziali problemi di

discriminazione su questo terreno, le differenze culturali tra segmenti di popolazione lavorativa, la ripercussione delle nuove scoperte scientifiche sul genoma umano e la loro possibile utilizzazione a fini di selezione del personale, ecc.

A fronte di ciò, va sottolineata la volontà espansiva che si avverte nella Carta dei diritti fondamentali. In effetti, l'art. 21 fornisce una formulazione onnicomprensiva delle cause di discriminazione, citando successivamente le cause concrete sulle quali si è centrata fino a questo momento la disciplina comunitaria: "E' vietata qualsiasi forma di discriminazione, fondata in particolare...". Nell'elenco delle possibili cause che determinano i trattamenti discriminatori, si aggiungono nuovi fattori non presenti finora nell'ordinamento comunitario: origini sociali, caratteristiche genetiche, lingua, opinioni politiche o di qualunque altro tipo, appartenenza a una minoranza nazionale, patrimonio, nascita, ecc. Ma, anche se va apprezzata l'estensione della tutela antidiscriminatoria, attraverso la generalizzazione dei diritti fondamentali — l'insieme dei diritti contenuti nella Carta dei diritti— e la sua ripercussione sui rapporti di lavoro, a livello comunitario rimane in pratica quasi tutto ancora da fare. In ogni caso, non sono risolti i problemi generali derivanti dall'applicazione della Carta dei diritti fondamentali riguardo al suo grado di vincolatività giuridica e all'estensione rispetto a quanto previsto nei Trattati istitutivi, e in particolare al contrasto con l'elenco più ridotto e, soprattutto, chiuso dell'art. 13 TCE, relativo alle cause vietate di trattamento discriminatorio.

La disciplina comunitaria di armonizzazione nel settore della politica sociale ha tradizionalmente adottato un criterio di non ingerenza nelle opzioni nazionali di attuazione degli obiettivi perseguiti attraverso l'intervento comunitario. Essa, mentre può essere molto dettagliata per quanto riguarda i diritti sostanziali da riconoscere ai soggetti del rapporto di lavoro, non fornisce, invece, riferimenti concreti in materia processuale e procedimentale. Ciononostante, anche in questo settore, c'è un intervento comunitario che suscita diversi interrogativi. Essi derivano dalla efficacia vincolante dei recenti testi normativi comunitari, così come dalle relative modalità di attuazione.

L'interrogativo più importante, secondo noi, proviene dall'impatto generale delle norme comunitarie sul sistema delle fonti nazionali. Il più innovativo e rilevante si trova nella stessa Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, quando si precisa che: "Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà" (art. 52.1). Siamo davanti a una regola che costituisce una delle chiavi di volta di qualsiasi sistema costituzionale nazionale: la determinazione delle regole di riserva normativa e, in particolare, i poteri assegnati al Parlamento, con la correlativa restrizione dei margini di attuazione da parte di altri poteri normativi. La materia è prevista nelle costituzioni dei diversi Stati membri, soprattutto di quelli che hanno sistemi normativi tipici dell'Europa continentale. In molti degli Stati

membri esiste una riserva normativa precisa a favore del Parlamento riguardo alla regolamentazione dei diritti fondamentali e, in particolare, alle limitazioni del principio di uguaglianza e del divieto di trattamenti discriminatori. Tuttavia, in altri sistemi nazionali, il sistema delle fonti può risultare più confuso o addirittura può richiedere una riforma costituzionale per rendere possibile l'adempimento a quanto previsto dall'art. 52.1 della Carta. Questo è senza dubbio il primo elemento che ha determinato le cautele comunitarie al momento di rafforzare l'efficacia giuridica della Carta. Più in particolare, è opportuno analizzare quale sia il contenuto concreto della regola enunciata nell'art. 52 e, concretamente, come debba essere interpretato il richiamo alla "legge" come strumento giuridico esclusivo di limitazione dell'esercizio dei diritti fondamentali. Al riguardo, possono aversi almeno tre binomi.

In primo luogo, il binomio legge del Parlamento c./ regolamento del potere esecutivo, che è quello più classico e prevedibilmente quello che in modo più diretto il legislatore comunitario aveva presente quando ha introdotto questa condizione; probabilmente l'interpretazione più immediata dell'articolo è quella di identificare il termine "legge" con norma emanata dal Parlamento nazionale, vietando che essa possa essere posta in essere attraverso il potere normativo attribuito al Governo, assai rilevante in alcuni Stati membri dell'Unione europea.

In secondo luogo, il binomio legge "nazionale" c./ legge "regionale". In relazione a quegli Stati caratterizzati da una struttura di potere politico decentralizzato, con importante assunzione di competenze pubbliche da parte di entità politiche regionali –*länders* tedeschi, *comunidades autónomas* spagnole, regioni italiane, ecc.— si dovrà chiarire fino a che punto l'espressione legge fa riferimento anche a questo livello di regolazione, giacché in molti di questi modelli più o meno federali di strutturazione del potere statale esistono Parlamenti regionali con relativi poteri normativi, e i loro prodotti talora vengono qualificati anche formalmente come "leggi".

In terzo luogo, connesso alla specialità dell'assetto normativo nel sistema di diritto del lavoro, il binomio legge "statale" c./ norma "collettiva", prodotto quest'ultimo della autonomia collettiva. Naturalmente, è difficile che il legislatore comunitario, al momento di elaborare una norma generale relativa ai diritti fondamentali e alla tutela antidiscriminatoria dei cittadini europei rispetto a diversi fattori di discriminazione, abbia valutato il suo impatto sulla specificità dei rapporti di lavoro; ragion per cui l'ipotesi più plausibile resta che la Carta intende limitare soprattutto la capacità normativa dei Governi nazionali, intesi come espressione del potere esecutivo, a beneficio della centralità della potestà legislativa del Parlamento, senza prendere in considerazione la ripartizione dei ruoli tra norma statale e norma collettiva. Non appare comunque superfluo considerare questo terzo binomio, giacché prima o poi si renderà necessario individuare quali siano i limiti in cui incorre la contrattazione collettiva allorché prevede differenze di trattamento, partendo in ogni caso dalla premessa che anche i contratti collettivi sono sottoposti al principio della tutela

antidiscriminatoria. Va ricordato al riguardo come in quasi tutti i modelli nazionali è la negoziazione collettiva che fissa la struttura e il *quantum* retributivo da corrispondere ai lavoratori, da cui possono aver origine importanti discriminazioni indirette dovute a una pluralità di fattori proibiti: sesso, lingua, origine, ecc.

Da un'altra prospettiva, va ricordato che anche stavolta, e con maggior intensità, la politica sociale comunitaria insiste sul dialogo sociale auspicando, tra le sue manifestazioni, la trasposizione delle normative comunitarie attraverso la contrattazione collettiva, come segno della specifica identità della disciplina del lavoro. Così, anche in questo settore occorrerà chiedersi fino a che punto ciò sia compatibile con la regola contenuta nell'art. 52.1 della Carta, quando fa appello esclusivo alla legge come forma di regolamentazione o di limitazione del principio di tutela antidiscriminatoria.

Per concludere, qualunque sia il risultato di questo dibattito sui tre binomi, mi interessa sottolineare che, con il suo richiamo al necessario intervento della legge, la Carta si è insinuata in uno spazio nevralgico dei nostri sistemi giuridici su di un aspetto cruciale, com'è quello relativo alla funzionalità delle fonti del diritto, con ciò evidenziando l'interdipendenza dell'ordinamento comunitario con l'ordinamento nazionale a un livello rilevante come quello costituzionale; giacché, insisto, sono di solito i testi costituzionali che definiscono i casi sottoposti a riserva di legge e affermano il ruolo centrale del Parlamento nazionale. Essa finisce così per incidere sulla concezione nazionale di sviluppo del modello di Stato democratico di diritto.

3. Le sentenze di condanna costituiscono per eccellenza la forma tipica di attuazione del diritto in questione. Particolarmente incisive sono state alcune pronunce giudiziali, la cui autorità tanto giuridica che morale ha sanzionato comportamenti lesivi e fornito orientamenti per un corretto esercizio del potere organizzativo nell'impresa. In origine, tanto i procedimenti giudiziali che le sentenze cui essi davano luogo non erano stati concepiti per dare risposta a situazioni discriminatorie. Ciò nonostante, con il passare del tempo, è stato creato un sistema di norme che ha reso più facile affrontare tali questioni da parte dei nostri giudici del lavoro.

Sotto il profilo comunitario, l'aspetto più importante, conseguenza dell'incorporazione della tutela antidiscriminatoria nell'ordinamento europeo, è stato quello di provocare l'intervento della Corte di giustizia delle Comunità Europee. L'effettiva vincolatività giuridica della Carta dei diritti fondamentali e lo sviluppo delle direttive antidiscriminatorie, sfociano irrimediabilmente nell'ampliamento delle competenze della Corte di giustizia ad un ambito nel quale finora essa è intervenuta solo con carattere marginale o, quanto meno, secondario. Ciò, naturalmente, crea problemi e possibilità di scontro con le istanze giudiziali nazionali, soprattutto con quelle specializzate nella tutela dei diritti fondamentali e delle libertà pubbliche: le Corti costituzionali nazionali in alcuni paesi, le Corti di cassazione in altri.

D' altra parte, nonostante la normativa comunitaria si mostri rispettosa delle disposizioni nazionali per quanto riguarda il controllo sull'attuazione della tutela antidiscriminatoria, essa ha ben presente la posizione centrale che nella maggioranza degli Stati membri occupa l'azione giudiziaria (art. 6 della direttiva 76/207; art. 7.1 della direttiva 2000/43; art. 9.1 della direttiva 2000/78). Così, anche se la via giudiziale non sempre si impone come obbligatoria, è da presumere tuttavia che costituirà la via generale; e, per l'ipotesi di scelta dell'attuazione per via giudiziale, progressivamente sono state introdotte disposizioni processuali di enorme impatto, come garanzia che la soluzione giudiziale possa essere realmente efficace come strumento di tutela antidiscriminatoria. Molte di tali regole sono nate storicamente nell'"oasi" esclusiva della tutela contro le discriminazioni per ragioni di sesso, sebbene una delle novità del Trattato di Amsterdam e delle direttive del 2000 sia data dalla generalizzazione di tali criteri, estesi "*mutatis mutandis*" ai nuovi fattori di discriminazione vietati.

Tra queste regole, le più rilevanti sono: in primo luogo, il superamento dell'analisi formalistica, che si limita a verificare l'identità del lavoro dei diversi gruppi di riferimento, per far strada ad analisi di merito, che indagano sulle diverse forme possibili di discriminazione occulta o indiretta. Dal momento che la società diventa più complessa, lo diventano anche gli strumenti giuridici e, con ciò, aumentano infatti le possibilità di ricorrere a formule di ingegneria giuridica che rendono più difficile scoprire trattamenti discriminatori mascherati. Sotto questo profilo, si impone al giudice del lavoro un compito di ricerca della verità materiale, che vada al di là della costruzione formale che si pretende di far valere. In questo contesto acquista rilievo la definizione di trattamento discriminatorio, relativo tanto alle discriminazioni dirette che a quelle indirette, con formule che obbligano a indagare in profondità sulla regolamentazione materiale delle condizioni di lavoro (art. 2, direttiva 76/207; art. 2, direttiva 2000/43; art. 2, direttiva 2000/78).

In secondo luogo, e strettamente connessa con la prima, la fissazione di regole di alleggerimento dell'onere della prova (direttiva 97/80, sull'onere della prova nei casi di discriminazione basata sul sesso; art. 8, direttiva 2000/43; art. 10, direttiva 2000/78). Partendo dalla premessa che i dati di fatto sono nella disponibilità del datore di lavoro e che per alcune situazioni di discriminazione la loro piena dimostrazione si trasforma in prova diabolica, alla presunta vittima che lamenta un trattamento discriminatorio si richiede esclusivamente un *fumus* della discriminazione, cioè elementi idonei a fondare ragionevoli indizi di trattamenti differenziali ingiustificati nelle sue condizioni di lavoro. Da questo momento l'onere della prova della inesistenza di trattamenti discriminatori spetta al datore di lavoro, che è il soggetto che si trova nelle condizioni di apportare gli elementi di giudizio su come si è prodotta la situazione, normalmente risultante da un'azione di esercizio dei poteri organizzativi nell'impresa e derivante dalla situazione di subordinazione del lavoratore. Non ci troviamo davanti ad una vera inversione dell'onere della prova, giacché non

qualunque differenza di trattamento costituisce necessariamente discriminazione.

In terzo luogo, la considerazione come lesiva di diritti fondamentali, quale il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva, di qualunque reazione sanzionatoria o pregiudizievole in senso ampio adottata nei confronti di chi presenti un reclamo per fare accertare la presenza di una condotta discriminatoria da parte del datore di lavoro (art. 7, direttiva 76/207; art. 9, direttiva 43/2000; art. 11, direttiva 2000/78).

Ma fino a che punto regole processuali molto diffuse nel campo della tutela antidiscriminatoria, possono essere estese a livello comunitario? Tra queste, a titolo esemplificativo e in forma telegrafica, mi limiterò a citarne alcune.

In primo luogo, la dichiarazione di nullità radicale delle condotte lesive di diritti fondamentali, tra i quali spicca il divieto di trattamenti discriminatori. Ciò comporta che non sia sufficiente la tutela risarcitoria, perché questi illeciti, per la loro gravità, devono comportare una tutela reintegratoria del danno causato. Nei testi comunitari si fa uso di una espressione simile, imponendo che alcuni atti siano dichiarati nulli, sebbene la nullità abbia un ambito di applicazione limitato ad alcune ipotesi. In effetti, in alcuni testi comunitari si parla di nullità riferita a disposizioni contrarie al principio di parità di trattamento contenute nei contratti collettivi o individuali di lavoro, nei regolamenti interni delle imprese o negli statuti delle associazioni con o senza fini di lucro (art. 5, direttiva 76/207; art. 14, direttiva 43/2000; art. 16, direttiva 2000/78). Tali testi non fanno, invece, riferimento alle decisioni unilaterali del datore di lavoro, che costituiscono una delle cause più rilevanti di trattamenti discriminatori.

Con riguardo agli atti imprenditoriali di esercizio del potere organizzativo, essi sono vietati quando pongano in essere trattamenti discriminatori, anche se nella prospettiva comunitaria ciò non conduce necessariamente ad una condanna alla reintegrazione in forma specifica. In ogni caso, la Corte di giustizia ha realizzato importanti progressi, intendendo per esempio che il divieto si estende al contratto a durata determinata, che la lavoratrice non ha l'obbligo di notificare al datore di lavoro il suo stato di gravidanza (Corte giust., 4 ottobre 2001, causa 109/00), e che la condanna può comportare il rinnovo del contratto a durata determinata alla scadenza del termine se questa è motivata dallo stato di gravidanza della lavoratrice (Corte giust., 4 ottobre 2001, causa C-438).

Inoltre, per quanto riguarda le sanzioni nei confronti degli inadempimenti, le direttive si rimettono alle modalità che gli Stati membri ritengono opportune, accogliendo i principali orientamenti della giurisprudenza comunitaria: l'esigenza che si tratti di sanzioni "effettive, proporzionate e dissuasive" (art. 15, direttiva 2000/43; art. 17, direttiva 2000/78; art. 8.5, direttiva 2002/73). Finora non si è andati molto oltre quanto previsto dalla giurisprudenza comunitaria, non è chiaro se per cautela, in mancanza di consenso politico, o per una chiara opzione di non intervento da parte delle istituzioni comunitarie in

ossequio al principio di sussidiarietà. In ogni caso, riguardo alla tutela risarcitoria come manifestazione tipica del sistema sanzionatorio degli ordinamenti nazionali dei diversi Stati membri, alcune direttive la menzionano come una misura sanzionatoria possibile, non obbligando tuttavia le normative di recepimento a prevederla. Una delle novità della direttiva 2002/73, di riforma della direttiva sulla parità di trattamento uomo-donna, consiste nella previsione di una formulazione molto più accurata in questa materia. In effetti, con questa direttiva per la prima volta nell'ordinamento comunitario viene posta una norma imperativa, la quale stabilisce che gli Stati membri introducano nei rispettivi ordinamenti giuridici nazionali le misure necessarie per garantire "un indennizzo o una riparazione reale ed effettiva che essi stessi stabiliscono per il danno subito". Viene quindi stabilita una alternativa tra forme di indennizzo e di riparazione, sebbene rimangano notevoli margini di ambiguità, in particolare per quanto riguarda la modalità alternativa all'indennizzo consistente nella "riparazione". In particolare, viene previsto come regola generale che "tale indennizzo o riparazione non può avere un massimale stabilito a priori", fatto salvo un caso specifico relativo all'accesso all'impiego (art. 6.2, direttiva 2002/73).

Un'altra questione riguarda la risposta da dare in presenza di una differenza di trattamento discriminatoria con riguardo al suo risultato: in concreto, fino a che punto l'effetto provocato dal comportamento discriminatorio obblighi a che la parità di trattamento si realizzi sempre e in ogni caso per mezzo di un uguagliamento verso l'alto della differenza delle condizioni di lavoro, oppure se può verificarsi che in determinate fattispecie la differenza di trattamento consista in un trattamento privilegiato di un determinato gruppo che deve essere soppresso attraverso la tecnica dell'uguagliamento verso il basso. Ad esempio, in materia retributiva, in generale è la persona discriminata, in quanto percepisce un compenso inferiore, ad ottenere il trattamento superiore finora percepito dal gruppo con il quale viene condotta la comparazione; la domanda è se si tratta di una regola generalizzabile e se può essere estesa a livello comunitario. D'altra parte, la tutela reintegratoria in molte occasioni si considera che richieda che la risoluzione giudiziale abbia efficacia tanto per il passato che per il futuro.

In secondo luogo, l'ammissione della prova statistica o sociologica come elemento di supporto per la valutazione degli indizi: ciò implica la possibilità di allegare come elemento di prova i diversi trattamenti praticati con riguardo a gruppi favoriti e gruppi svantaggiati e le differenze esistenti tra tali gruppi.

In terzo luogo, l'ammissione della "prova tecnica" in modo che, quando nel processo si invochi una questione di discriminazione, il giudice possa basarsi sulla relazione degli organismi pubblici competenti o di enti privati specializzati nella materia.

In quarto luogo, la dichiarazione di irrinunciabilità dei diritti fondamentali e delle libertà pubbliche, in modo da impedire ogni tipo di transazione per i danni provocati, conferendo singolari poteri di iniziativa all'organo giudiziale.

Come quinto punto, la previsione di procedimenti “ad hoc” a rilievo collettivo, che permettano una trattazione della controversia che tenga conto della situazione di un gruppo generico di lavoratori, senza necessità di individuare in modo preciso i singoli lavoratori lesi dalla condotta discriminatoria.

Oltre ai punti di forza, vanno anche ricordati gli elementi di debolezza della via giudiziale quale strumento determinante ai fini della repressione delle varie forme di discriminazione. Tra questi vorrei citarne alcuni.

Innanzitutto il dato, constatato nella generalità dei sistemi processuali nazionali, secondo il quale le azioni giudiziali si concentrano nel momento finale del rapporto di lavoro, una volta estinto il contratto di lavoro; ciò suppone che la via giudiziale sia poco idonea a dare risposta ai trattamenti discriminatori individuali in costanza di rapporto, che costituiscono la parte più rilevante delle potenziali condotte discriminatorie in seno alle imprese. In secondo luogo, e parallelamente, la scarsità di azioni in giudizio promosse quando i rapporti di lavoro si svolgono nelle piccole imprese, là dove si concentrano le situazioni più gravi di discriminazione. In terzo luogo, l'estrema complessità di alcuni sistemi di gestione del personale, che rendono più difficile l'utilizzo delle tecniche di accertamento dell'esistenza di discriminazioni occulte, e, soprattutto, che richiedono a fini probatori che le indagini vengano svolte *in loco*, attraverso il sopralluogo dell'organo giudiziale, che, anche se formalmente previsto nelle normative processuali nazionali, è però di rara applicazione nella prassi giudiziaria.

Infine, il ruolo riconosciuto all'autonomia collettiva, che ne rende più problematica l'ingerenza nelle valutazioni di opportunità sindacali e imprenditoriali nella fase di definizione degli equilibri interni alla contrattazione collettiva.

4. L'altra possibilità di attuazione pubblica delle normative antidiscriminatorie riguarda la stessa pubblica amministrazione: sebbene sia l'ultima in ordine di tempo, sembra in via di progressivo consolidamento (art. 7.1 della direttiva 2000/43; art. 9.1 della direttiva 2000/78; art. 6 della direttiva 2002/73 di riforma della direttiva 76/207).

In questo contesto è riconosciuta grande importanza al ruolo degli ispettori del lavoro, quanto meno in quei sistemi nazionali che hanno avuto come riferimento l'amministrazione napoleonica francese, tra i quali rientra, senza dubbio, il sistema spagnolo. In alcuni Stati membri, la figura dell'ispettore del lavoro ha acquisito un elevato prestigio e riconoscimento nelle imprese e nei luoghi di lavoro, sicché attualmente la sua influenza appare decisiva, ben oltre la capacità reale ed effettiva di imporre sanzioni, pur non sottovalutando che detta prerogativa attribuisce comunque un indubbio potere alla figura.

Così, nella tipizzazione delle infrazioni amministrative, in alcuni paesi sono state recepite quelle di carattere discriminatorio, qualificandole con il più elevato livello di gravità. Per citare il caso spagnolo, sono considerate infrazioni

molto gravi “le decisioni unilaterali del datore di lavoro implicanti trattamenti sfavorevoli connessi all’età o trattamenti favorevoli o sfavorevoli in materia di retribuzione, orario di lavoro, formazione, promozione e altre condizioni di lavoro, per ragioni che riguardano sesso, origine, stato civile, razza, condizione sociale, idee religiose o politiche, adesione o meno a sindacati, vincoli di parentela con altri lavoratori dell’impresa, lingua all’interno dello Stato spagnolo, o per ragioni di incapacità fisiche, psicologiche o sensoriali”. Tale disposizione riconosce la possibilità di effettuare campagne specifiche di accertamento di possibili discriminazioni all’interno delle imprese.

Tra i punti deboli di questo strumento citerei i seguenti. In primo luogo, la concentrazione dell’attività di ispezione, in alcuni paesi, in due settori principali: la prevenzione degli infortuni sul lavoro e la raccolta di risorse della sicurezza sociale, materie lontane dalla prospettiva oggetto della nostra analisi. In secondo luogo, lo scrupoloso rispetto di un modello di Stato di diritto, nel quale la divisione dei poteri conduce all’esclusività nell’esercizio della attività giurisdizionale che appartiene soltanto ai giudici, senza interferenze della amministrazione del lavoro: questo provoca, come effetto derivato, che la amministrazione del lavoro eviti di assumere iniziative che possano indurre ad uno sconfinamento nell’azione giudiziaria. In terzo luogo, l’esistenza di un apparato giuridico formalmente garantista nei confronti del possibile sanzionato: tali regole di garanzia, dal punto di vista formale, in molte occasioni hanno come risultato la mancanza di operatività pratica della sanzione amministrativa o, quanto meno, un utilizzo assai limitato della stessa. Da ultimo, la funzione di controllo e di ispezione demandata all’amministrazione del lavoro è indirizzata verso le decisioni unilaterali del datore di lavoro, adottate nell’esercizio dei suoi poteri organizzativi, mentre le discriminazioni non provengono solo dalla direzione dell’impresa: in particolare, questo strumento si rivela inadeguato quando si devono affrontare trattamenti discriminatori originati dalla contrattazione collettiva.

Per esempio, per quanto riguarda il regime di garanzie, le direttive antidiscriminatorie introducono un’espressione notevolmente ambigua sull’estensione procedimentale della regola di alleggerimento dell’onere della prova. Nel caso della prima direttiva, la 97/80, relativa all’inversione dell’onere della prova in materia di sesso, si avverte espressamente che questa è applicabile fondamentalmente quando si invocano diritti “in via giurisdizionale”. Su questo punto, le due direttive del 2000 non contengono tale precisazione, facendo riferimento in generale al reclamo contro un trattamento discriminatorio presentato “presso un tribunale o altro organo competente”, ed escludendo espressamente la regola dell’alleggerimento dell’onere della prova nei procedimenti “penali”. E’ facile da immaginare che detta previsione darà luogo a molti dubbi interpretativi in quei sistemi nazionali in cui la pubblica amministrazione possiede ampie facoltà di controllo della legalità del lavoro e, in particolare, dove le viene riconosciuta un’importante potestà sanzionatoria. In effetti, sembra che queste direttive non circoscrivano la regola relativa

all'alleggerimento dell'onere della prova all'ambito giudiziale, implicando che, laddove all'amministrazione pubblica è riconosciuto tale potere, essa sarà sottoposta alle medesime regole sull'onere della prova. Senza dubbio questa interpretazione non è in grado di chiarire tutti i dubbi riguardo alle sanzioni amministrative, sotto un duplice profilo. Da un lato, sul piano comunitario, è necessario capire qual è il significato dell'espressione procedimenti "penali", se essa fa riferimento esclusivo ai procedimenti giudiziari o se i procedimenti amministrativi sanzionatori siano ugualmente compresi nell'eccezione posta dalla direttiva. D'altro lato, sul piano costituzionale, giacché in alcuni ordinamenti giuridici il principio della presunzione d'innocenza si eleva a tale rango e addirittura si considera riguardare tanto la sanzione penale giudiziale che la sanzione amministrativa, tenendo presente che la presunzione d'innocenza appare incompatibile con la previsione di forme più o meno accentuate di inversione dell'onere della prova.

In secondo luogo, com'è noto, attualmente la disciplina puntuale delle condizioni di lavoro è determinata dalle clausole dei contratti collettivi. Non è perciò solo il datore di lavoro a porre in essere unilateralmente trattamenti discriminatori, ma direttamente l'attività di contrattazione collettiva da parte dei rappresentanti dei lavoratori e dei datori di lavoro. L'esistenza di canali pubblici di controllo della legittimità dei contratti collettivi appare pertanto decisiva ai fini del contrasto delle condotte discriminatorie. Le direttive antidiscriminatorie appaiono ben consapevoli dell'accentuata importanza dei contratti collettivi al punto da ricomprendere gli stessi nelle politiche di sostegno alle misure antidiscriminatorie (art. 11, direttiva 2000/43; art. 13, direttiva 2000/78; art. 8, direttiva 2002/73). In questa prospettiva, l'amministrazione pubblica può giocare un ruolo fondamentale; ciò dipende naturalmente dal modello di divisione dei poteri esistente in ciascuno Stato membro, ivi compreso fino a che punto il principio di autonomia collettiva vieta ogni tipo di ingerenza pubblica, sia giudiziaria che amministrativa, nella libera attività di negoziazione tra rappresentanti dei lavoratori e dei datori di lavoro. Gli elementi che rendono debole questa formula, nel caso esista un potere amministrativo di controllo, attengono alla circostanza che l'amministrazione del lavoro, nella fase finale dei negoziati e in vista dell'entrata in vigore del contratto collettivo, ha un forte interesse a mantenere la pace sindacale e a non riaprire discussioni ormai chiuse, in modo corretto o meno, con la firma del contratto.

Come terzo punto, è da notare un mutamento di tendenza nelle tecniche di intervento delle amministrazioni pubbliche sul terreno dei rapporti di lavoro. In effetti, nella misura in cui si fa più complesso il funzionamento del mercato del lavoro e al tempo stesso si avverte la maggiore influenza di orientamenti liberisti, si esplorano nuove vie di azione pubblica. Queste vie nascono dalla constatazione della scarsa efficacia dei provvedimenti di imposizione diretta, in quanto possono ottenersi risultati più significativi attraverso forme indirette di incentivo alle decisioni imprenditoriali, in sintonia con gli obiettivi programmati dalle politiche pubbliche per l'occupazione, in

questo caso sul terreno della eliminazione di situazioni di segregazione occupazionale di alcuni gruppi di lavoratori. Faccio riferimento all'estensione di un modello di relazioni del lavoro in cui si vuole agire più attraverso il consenso che l'imposizione, più su base preventiva che in chiave risarcitoria o punitiva, più sul rafforzamento degli aspetti fisiologici che sull'accettazione dell'obbligata presenza di grandi sacche di inadempimento e frode alle norme vigenti; in definitiva, più sulla tecnica di offrire la carota che di imporre il bastone.

In questo campo è opportuno segnalare l'importanza e il rilievo che hanno assunto in alcuni paesi, e potranno acquisire in un futuro immediato in altri, alcune istituzioni amministrative specializzate nella tutela dei diritti fondamentali e nell'offrirsi come canali di sostegno a politiche di uguaglianza. In alcune legislazioni ha ormai lunga tradizione l'istituto dell'*ombusman* o difensore civico, come organismo di garanzia dei diritti dei cittadini, inizialmente a fronte degli eccessi dei poteri pubblici, ma talora addentrandosi anche nell'ambito dei rapporti giuridici privati. In quest'ambito, in alcuni paesi sono stati istituiti organismi specializzati nell'affrontare le questioni di parità relative ad alcuni gruppi, in particolare la parità di trattamento tra uomini e donne.

E' in questa linea che si inserisce una delle novità della direttiva 2000/43 e della direttiva 2002/73. L'art. 13 della prima e l'art. 8 *bis* della seconda prevedono come obbligatoria l'istituzione di uno o più organismi per la promozione, l'analisi e l'assistenza in materia di parità di trattamento tra tutte le persone, senza discriminazioni "fondate sulla razza o l'origine etnica" la prima, e senza discriminazioni "fondate sul sesso" la seconda; previsione non contemplata nella terza direttiva, la n. 2000/78. Tra le competenze di tali organismi sono previste: l'assistenza indipendente alle vittime nel dar seguito alle denunce da esse inoltrate in materia di discriminazioni, lo svolgimento di inchieste indipendenti, la pubblicazione di relazioni e, in alcuni casi, l'analisi e la supervisione della parità di trattamento.

La previsione, com'è consuetudine nell'ordinamento comunitario, resta aperta a diverse modalità di attuazione negli ordinamenti nazionali, tenuto conto delle tradizioni e delle prassi esistenti in materia di tutela dei diritti. Allo stesso modo, la previsione non impone la istituzione di un organismo *ad hoc* sulla parità per ragioni di sesso e di un altro organismo parallelo sulla parità per ragioni etniche, giacché permette alternativamente di assegnare tali funzioni agli organismi incaricati a livello nazionale della difesa dei diritti umani o della salvaguardia dei diritti individuali, con chiara allusione alle diverse varianti esistenti di *ombusman* o difensore civico.

Nella stessa linea, un ruolo importante viene assegnato agli Stati membri come motore del dialogo sociale tra le parti sociali, affinché queste a loro volta adottino pratiche di superamento delle possibili situazioni di discriminazione o segregazione professionale (art. 11 della direttiva 2000/43; art. 13 della direttiva 2000/78; art. 8 della direttiva 2002/73).

Da ultimo, le amministrazioni pubbliche svolgono un'attività sempre più rilevante sul terreno delle politiche attive del lavoro, in coerenza con gli accordi presi a livello comunitario, sulla base della nuova competenza di coordinamento delle politiche per l'occupazione (art. 125 ss. TCE). Attraverso tale strumento ed altri meccanismi di diversa natura, le amministrazioni possono condizionare indirettamente le decisioni imprenditoriali, in modo da sollecitare l'assunzione di soggetti appartenenti ai gruppi professionali tradizionalmente vittime degli storici trattamenti discriminatori. Con la sua attività di intermediazione nel mercato del lavoro, con l'organizzazione di linee e programmi di formazione e riqualificazione professionale, di benefici per la contrattazione individuale l'azione pubblica può mettere a segno obiettivi che aumentino o riducano le differenze tra diversi gruppi. A questo riguardo è molto rilevante il quadro impostato dal recente regolamento 2204/2002 della Commissione, del 12 dicembre 2002, relativo all'applicazione degli articoli 87 e 88 del Trattato CE agli aiuti di Stato a favore dell'occupazione. Vanno però segnalati due punti deboli su questo terreno. Da un lato, che tali politiche possono essere contraddittorie, potendo essere dirette anche verso forme di lavoro precario per i gruppi tradizionalmente in posizione di maggiore debolezza sul mercato del lavoro, com'è il lavoro a tempo parziale o il contratto a durata determinata, in un contesto di forte difficoltà a ridurre gli elevati tassi di disoccupazione di tali gruppi svantaggiati. D'altro lato, che la capacità di impatto di tali misure sulle politiche imprenditoriali non è dimostrata, potendo tradursi in semplici misure di accompagnamento a decisioni già assunte dalle direzioni aziendali.

Infine, va segnalato che le tre direttive riconoscono agli Stati membri la facoltà di adottare misure di azione positiva (art. 5, direttiva 2000/43; art. 7, direttiva 2000/78 e art. 2.8 direttiva 76/207, come riformata dalla direttiva 2002/73, basata sull' art. 141.4 TCE). Con questi provvedimenti si stabiliscono regole di promozione, preferenza o favore per il gruppo sociale tradizionalmente discriminato, con la finalità di accelerare il processo di trasformazione verso una situazione di equiparazione reale ed effettiva e verso un più rapido superamento di radicate differenze ingiustificate. Non si tratta solo di un obiettivo transitorio, volto ad imprimere un ritmo più accelerato al cambiamento, ma di porre condizioni strutturali che obbligano ad adottare misure di sostegno diretto ai gruppi svantaggiati.

Naturalmente, per la loro stessa configurazione, questi provvedimenti di azione positiva implicano un trattamento sfavorevole del gruppo tradizionalmente privilegiato e, pertanto, comportano situazioni pregiudizievoli per determinati lavoratori, che possano sentirsi discriminati, quanto meno soggettivamente. Per questa ragione, le misure di azione positiva sono le più discusse e difficili da adottare in un sistema giuridico strettamente legato alla garanzia dell'uguaglianza formale; si tratta di un problema di equilibrio, che comporta la valutazione del tipo di provvedimento adottato, la sua proporzionalità e la giustificazione del sacrificio richiesto a determinati soggetti

che si vedono postergati nel loro diritto generale all'uguaglianza individuale delle opportunità, in favore dello sviluppo dell'uguaglianza sociale.

Nella misura in cui l'obiettivo è quello del superamento di situazioni storiche di disuguaglianza, si tratterà di misure temporanee, per far fronte a situazioni congiunturali di discriminazione tradizionale, che si suppone spariranno nell'immediato futuro: il prototipo è dato dalle discriminazioni di sesso. Nei casi in cui le differenze sono insite per loro natura nella situazione della persona discriminata, il provvedimento può diventare permanente; sono questi i casi nei quali si ammette più facilmente l'opportunità e addirittura la necessità dell'azione positiva: ciò succede tipicamente con le disposizioni che favoriscono l'impiego di lavoratori disabili.

Consapevole che si tratta di una questione controversa e niente affatto pacifica, la normativa comunitaria non impone come obbligatorie le misure di azione positiva, limitandosi ad ammetterle, in modo che se vengono utilizzate dalle legislazioni nazionali, queste non possano essere annullate per contrasto con il principio di non discriminazione. Com'è noto, la Corte di giustizia della Comunità europea, le ha ammesse, anche se circondandole di particolari cautele (Corte giust., 17 ottobre 1995, caso *Kalanke* C-450/90; 11 novembre 1997, caso *Marschall*, C-409/95; 28 marzo 2000, caso *Badeck* C-158/97; 19 marzo 2002, caso *Lommers* C-476/99).

5. Infine, è opportuno far riferimento al ruolo importante che può svolgere l'organizzazione sindacale, come istanza rappresentativa dei lavoratori. Non si vuole analizzare tutto l'insieme dell'azione sindacale possibile in questa materia, bensì far riferimento esclusivamente agli strumenti legali conferiti ai sindacati e messi al loro servizio per il raggiungimento degli obiettivi di tutela.

Innanzitutto, il riconoscimento del protagonismo dell'organizzazione sindacale nella contrattazione collettiva, essendo i sindacati che attraverso i contratti collettivi hanno la possibilità di disegnare un regime di condizioni di lavoro che non incorra in trattamenti discriminatori; addirittura, che promuova trattamenti paritari e, in alcuni casi specifici, introduca misure di azione positiva (art. 28, Carta dei diritti fondamentali). Una questione rilevante in questo campo è fino a che punto la autorizzazione alla adozione di misure di azione positiva ha come esclusivi destinatari i poteri statali, quando si allude agli "Stati membri", negando in modo implicito che questi provvedimenti possano essere "adottati" attraverso la contrattazione collettiva. Per quanto riguarda questo aspetto, si può consultare l'art. 141.4 TCE e l'art. 2.8 della direttiva 76/207 come riformata dalla direttiva 2002/73, sulla parità per ragioni di sesso, l'art. 5 della direttiva 2000/43 sulle discriminazioni basate sulla razza o l'origine etnica, così come l'art. 7 della direttiva 2000/78 sulle discriminazioni in materia di occupazione e di condizioni di lavoro. E ancora, si dovrebbe considerare l'art. 52.1 della Carta dei diritti fondamentali, giacché anche in questo caso si presenta il dubbio sulle misure di azione positiva, se costituiscano o no limitazioni al

principio di parità e, pertanto, se esse debbano essere delimitate da una norma avente il rango di legge.

In secondo luogo, il riconoscimento di un meccanismo di intervento processuale per conto o a sostegno dei lavoratori che si ritengono lesi da condotte imprenditoriali discriminatorie (art. 7.2 della direttiva 2000/43; art. 9.2 della direttiva 2000/78; art. 6.3 della direttiva 76/207, come riformato dalla direttiva 2002/73). Vale la pena rilevare che, in questi casi, la normativa non prevede l'attribuzione diretta di legittimazione processuale alla organizzazione sindacale, nonostante questa possa esserle riconosciuta dalla legislazione nazionale. Non si tratta di un sistema di legittimazione diretta, giacché si suppone che la persona lesa agisca come parte processuale in giudizio. Con la contrapposizione tra intervento "per conto" della persona lesa, oppure "a sostegno" di questa, sembrerebbe farsi riferimento alla distinzione istituzionale tra le figure della rappresentanza volontaria, per il primo caso, e dell'intervento adesivo, per il secondo; si tratta di formule processuali chiaramente diverse nella legislazione processuale spagnola, presenti anche in altri ordinamenti giuridici nazionali, pur se la precisione tecnica che la distinzione tra le stesse comporta non ci permette di entrare nei dettagli in questa sede.

Tuttavia, la cosa più rilevante, secondo noi, è che in qualunque caso, che si tratti di rappresentanza processuale o di intervento adesivo, la normativa comunitaria esige il consenso della persona che si ritenga lesa. Non è richiesto dalla norma un consenso formale ed espresso, il che potrebbe rendere possibile l'applicazione di formule di consenso presunto, come quelle esistenti nel diritto francese e nel diritto spagnolo, desumibile dalla mancata opposizione della persona lesa alla notifica da parte dell'associazione della volontà di intervenire in via giurisdizionale per conto o a sostegno del lavoratore. Nella prassi, anche queste formule di autorizzazione implicita hanno dato scarsi risultati, rilevandosi utili solo nei casi di sistemi di legittimazione per sostituzione processuale o di intervento adesivo che non esigono autorizzazione alcuna da parte della persona lesa.

In terzo luogo, la presenza effettiva nelle imprese e nei luoghi di lavoro come conseguenza dell'esercizio delle facoltà che le sono conferite di controllo sulla osservanza della legislazione del lavoro (direttiva 2002/14, dell' 11 marzo 2002, che stabilisce un quadro generale relativo alla informazione e alla consultazione dei lavoratori nella Comunità europea). Sono da segnalare due elementi di debolezza al riguardo. Da una parte, che attualmente le situazioni più evidenti di discriminazione nel campo del lavoro si verificano nelle piccole imprese e nel settore privato, che non a caso coincidono con le realtà nelle quali esiste una minore influenza del potere sindacale. Dall'altra, la scarsa sensibilità sindacale su questi temi, per affrontare i quali sarebbe necessario il sacrificio di interessi di importanti gruppi di lavoratori privilegiati, per i quali i livelli attuali delle condizioni di lavoro sarebbero messi a repentaglio da eventuali politiche di parità.

Non deve dimenticarsi che in questa fase uno dei fattori più preoccupanti di diversità delle condizioni di lavoro tra diversi gruppi di lavoratori è dato dalla contrattazione collettiva. Certamente, nella fase applicativa della normativa comunitaria, soprattutto attraverso la giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee, sono emerse discriminazioni presenti nei contratti collettivi, in particolare a carattere indiretto. In questo ambito ci sono ancora molti sforzi da fare, a causa della variabilità dei contenuti negoziali e del loro adattamento costante alle nuove realtà. Quest'ultimo si produce in relazione ai mutamenti nella gestione delle risorse umane, alle trasformazioni dell'organizzazione delle imprese, che si ripercuotono in modo immediato sui contenuti e sulla struttura della contrattazione collettiva.

Concretamente il principio di parità di trattamento per ragioni di sesso, fino a questo momento, ha funzionato in relazione a lavoratori e lavoratrici che rientrano nel campo di applicazione di una stessa norma, con esclusione della possibilità di comparazione con gruppi di lavoratori ai quali viene applicato un regime giuridico diverso. Naturalmente, detto principio non è applicabile laddove è la stessa differenza di regime giuridico a provocare la differenza ingiustificata, consentendo il trattamento discriminatorio. Nel caso in cui due contratti collettivi siano diversi, riguardando imprese distinte o settori produttivi diversi, diventa impossibile effettuare la comparazione.

La libertà dei negoziatori nel definire la struttura della contrattazione collettiva permette loro di selezionare le unità di negoziazione e, di conseguenza, gli ambiti di applicazione dei contratti collettivi per impresa o settore che ritengano opportuni. In futuro, probabilmente quanto sopra obbligherà a far fronte ad un possibile scenario di segmentazione del lavoro dipendente per attività professionali che, a posteriori, può anche sfociare in un nuovo dualismo, lavoratori contro lavoratrici.

In effetti, sono già percepibili alcuni effetti di modalità di decentramento produttivo in cui vengono esternalizzate attività femminili, regolate da contratti collettivi diversi, che possono dar luogo a differenze retributive tra lavoratori e lavoratrici, come conseguenza dell'effetto cumulativo del decentramento produttivo e della struttura della contrattazione collettiva; contratti che, anche se formalmente non lo sono, diventano di fatto contratti "di mestiere" per le attività professionali femminili, con livelli retributivi inferiori a quelli previsti nei contratti applicati dall'impresa ai propri dipendenti, che prevedono livelli retributivi superiori. Un esempio è fornito dalla sentenza della Corte di giustizia del 17 settembre 2002, causa 320/00.

Finora, la tutela antidiscriminatoria non ha riguardato la struttura della contrattazione collettiva, liberamente definita dagli interlocutori sociali, giacché la tecnica di comparazione lo ha impedito; ma nel caso in cui queste formule si dovessero estendere, si dovrà riflettere sugli effetti perversi di questo tipo di opzioni, tanto organizzativo-imprenditoriali, quanto di ridisegno della struttura della contrattazione collettiva.

