

Principio di eguaglianza e divieti di discriminazione*

Marzia Barbera- Silvia Borelli

1. La funzione del principio di eguaglianza e non discriminazione.	87
1.1. Il carattere dinamico dei divieti di discriminazione. Interpretazioni testuali e interpretazioni evolutive.	90
1.2. Gli effetti diretti del principio di eguaglianza nella giurisprudenza e il dialogo fra le Corti sulla scelta fra giurisdizioni.	94
2. Le fonti del diritto antidiscriminatorio.	99
2.1. Le fonti sovranazionali.	102
2.2. I principi di non discriminazione in ragione del genere.	107
2.3 I principi di non discriminazione in ragione della genitorialità.	109
2.4. I principi di non discriminazione in ragione dell'orientamento sessuale.	111
2.5. I principi di non discriminazione in ragione della nazionalità.	112
2.6. I principi di non discriminazione in ragione della razza e all'origine etnica.	118
2.7. I principi di non discriminazione in ragione della religione.	119
2.8 I principi di non discriminazione in ragione dell'età.	120
2.9. I principi di non discriminazione in ragione della disabilità.	121
2.10. I principi di non discriminazione in ragione delle convinzioni sindacali.	123
2.11. I principi di non discriminazione nella disciplina dei contratti di lavoro non-standard.	125
3. L'evoluzione della nozione di discriminazione.	128
3.1. La struttura del giudizio antidiscriminatorio: comparazione, individuazione del comportamento discriminatorio, eccezioni e giustificazioni.	133
4. Una teoria fluida della discriminazione: ancora alla ricerca di un paradigma comune.	139
Bibliografia.	140

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 451/2022

1. La funzione del principio di eguaglianza e non discriminazione.

I principi di eguaglianza e non discriminazione nascono nell'ambito del diritto costituzionale come forma di controllo dei poteri pubblici e limite a un loro esercizio arbitrario o irragionevole, per poi espandersi gradualmente nell'area dei poteri privati (BARBERA M., 1991). Si tratta di un processo dovuto inizialmente al diritto sovranazionale, in virtù della portata universalistica che detti principi rivestono nel sistema internazionale di tutela dei diritti umani, plasticamente espressa nell'art. 1 della Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948. Nel diritto interno, dottrina e giurisprudenza si sono lungamente opposti all'idea della *Drittwirkung* dei principi in questione (per una ricostruzione del dibattito v. VARI 2017), considerati troppo vaghi e indefiniti per essere imposti al di fuori di precisi interventi del legislatore e potenzialmente in conflitto con gli altri principi che regolano il dominio dei rapporti interprivati, vale a dire la libertà e l'autonomia individuale.

Il senso della disputa è ben reso, nel contesto italiano, dalla vicenda della breve apparizione del principio di eguaglianza nei rapporti di lavoro ad opera di una nota sentenza della Corte costituzionale della fine degli anni Ottanta (C. cost. 9 marzo 1989, n. 103). La Consulta, tracciando una linea di continuità fra l'art. 3 e l'art. 41 della Costituzione, dopo aver osservato che «per tutte le parti, anche quelle sociali, vige il dovere di rispettare i precetti costituzionali», vi affermò che «in virtù del precetto costituzionale di cui all'art. 41 della Costituzione, il potere di iniziativa dell'imprenditore non può esprimersi in termini di pura discrezionalità o addirittura di arbitrio, ma deve essere sorretto da una causa coerente con i principi fondamentali dell'ordinamento ed in specie non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità umana». Il successivo richiamo agli atti e patti norme di diritto internazionale che articolano l'eguaglianza e la non discriminazione in riferimento ai rapporti privati chiariva il significato che la Corte attribuiva a tali principi in funzione di garanzia dall'arbitrio e di tutela della dignità umana.

La sentenza è culmine di una stagione in cui la giurisprudenza, oltre a riferirsi direttamente all'orientamento espresso dalla Consulta affermando l'efficacia interprivata del principio di eguaglianza (CC 8 marzo 1990, n. 1888; CC 9 febbraio 1990, n. 947), impiega le clausole generali di correttezza e buona fede quali strumenti di controllo degli atti unilaterali del datore di lavoro, facendo così strada alla penetrazione del principio nel contratto in funzione integrativa del regolamento delle parti (CC 17 febbraio 1994, n. 1530; conf. CC 8 luglio 1994, n. 6448). È una stagione che non sarebbe durata a lungo, come non sarebbero durati a lungo gli effetti della pronuncia della Corte costituzionale.

Le reazioni della dottrina e, successivamente, delle Sezioni Unite della Cassazione furono molto ostili all'orientamento della Consulta. L'apparizione del principio di eguaglianza nel rapporto di lavoro venne vista come un'indebita trasposizione del principio dal piano della cittadinanza a quello dei rapporti produttivi (ROMAGNOLI, 1994), come un tentativo antistorico di reintrodurre vincoli inderogabili alla discrezionalità datoriale demoliti dallo stesso legislatore (DE LUCA TAMAJO 1997) come un'arbitraria destrutturazione degli equilibri raggiunti sul mercato di soggetti individuali e collettivi a opera di altri soggetti estranei alla logica dell'agire economico (MAZZOTTA, 1993), come «una straordinaria dilatazione dei poteri giurisdizionali...che finirebbe per esercitarsi in maniera inevitabilmente soggettiva, relativa, variabile, contrastante (CC SU 20 maggio 1993, n. 630-6034; in senso conforme, più di recente CC 30 novembre 2020, n. 27344; CC 12 dicembre 2014 n. 26236, CC 19 luglio 2007, n.16015, CC 17.maggio 2003 n. 77529), come una pretesa di

sottoporre a controllo gli esiti del regolamento di interessi autonomamente raggiunto in sede sindacale (CC SU 8 luglio 1994, n. 6448).

Queste posizioni (su cui si v. BARBERA M., 2000) si spiegano, oltre che con una petizione di principio circa la mancata operatività dell'eguaglianza in ambito privato, con una particolare costruzione dell'eguaglianza stessa come parità di trattamento, vale a dire come regola di uniformizzazione inidonea a riflettere le legittime scelte di differenziazione compiute dall'autonomia dei privati, espressione di una libertà non finalizzata a scopi predeterminati. Tuttavia, fin dalla formulazione del principio aristotelico di giustizia, l'eguaglianza è stata intesa sempre in senso valutativo, nel senso cioè di ammettere giustificate differenziazioni ove le condizioni siano diverse, traducendosi così, nella sostanza, in un onere di giustificazione dell'esercizio del potere e, in tal guisa, in un criterio di legittimazione del potere stesso. È per questo che, anche nel diritto del lavoro, l'eguaglianza si manifesta principalmente in chiave negativa, quale divieto di discriminazioni arbitrarie che impedisce gli effetti di un comportamento scorretto, e solo in ipotesi stabilite in chiave di comando di parificazione, in virtù di un giudizio di eguaglianza o equivalenza delle condizioni dei soggetti comparabili compiuto *ex ante* dal legislatore (è il caso dell'imposizione dell'obbligo di parità di trattamento a favore dei lavoratori dipendenti dall'appaltatore, poi abrogato dal d.lgs n. 276/2003, o a favore dei lavoratori somministrati; o, ancora, dell'obbligo di parità di trattamento dei lavoratori stranieri lungo soggiornanti e regolarmente soggiornanti). Alla parità di trattamento si potrà giungere, semmai, in funzione rimediale, quando si tratterà di sanare la lesione dell'eguaglianza attraverso il riconoscimento dei benefici in questione a chi ne è stato ingiustamente escluso (v. *infra* § 3).

La ragione per cui l'eguaglianza ha fatto la sua comparsa anche nel diritto del lavoro è, dunque, che il problema dell'eguaglianza è indissolubilmente legato a quello del potere e della sua legittimazione. Ciò vale sia per i poteri pubblici, sia per i poteri privati che si connotano per la presenza di posizioni supremazia di una parte sull'altra, condizione che si verifica nel rapporto di lavoro, ove la natura tipicamente discrezionale e dinamica dei poteri datoriali fa sì che essi, al di fuori dei limiti segnati dalle norme inderogabili, si sottraggano a qualificazioni di illiceità tipizzate a priori (TREU, 1974). Vi è, dunque, una relazione stretta fra le due dimensioni dell'eguaglianza, quella verticale che tende al riequilibrio della relazione di potere fra datore di lavoro e lavoratore, e quella orizzontale che guarda a un'equa distribuzione fra i lavoratori di reddito, risorse, benefici e sacrifici.

Tramontata la possibilità di far ricorso in modo diretto al principio generale di eguaglianza, lo sviluppo dei divieti di discriminazione in tutti gli ambiti del rapporto di lavoro, anche quello pre-contrattuale, ha consentito all'eguaglianza di continuare a giocare lo stesso ruolo di tutela dall'arbitrio in relazione a gruppi nominati, definiti dalla loro particolare condizione di sistemico svantaggio sociale.

Questa singolare natura dei principi in esame, che ne connota il carattere autonomo rispetto alla norma inderogabile, era stata già rilevata dalla Corte costituzionale nella sentenza prima ricordata, laddove essa annotava che «(c)on l'affermazione del principio di eguaglianza il potere arbitrario viene meno». Ed è stata ribadita, ad anni di distanza, nel sistema di tutela multilivello, dalla Corte di Giustizia, la quale ha chiarito che il principio di eguaglianza e i divieti di discriminazione «che di questo sono espressione» comportano che non sia praticata «alcuna» discriminazione, senza richiedere la presenza di preesistenti diritti o interessi legittimi di cui si lamenta la lesione (CGUE 16 luglio 2015, C-83/14, *Chez*). Ne risulta che detti principi sono potenzialmente

applicabili in ogni ambito oggettivo, con le sole limitazioni stabilite dallo stesso legislatore attraverso un complesso gioco di eccezioni e giustificazioni che si avrà modo di esaminare più avanti.

Va altresì sottolineato che «una disparità può essere giustificata alla stregua della logica interna al potere datoriale, della sua razionalità economica e, tuttavia, costituire una discriminazione. Il limite qui è un limite tipicamente esterno, come accade ogni volta che il diritto, ponendo confini all'esercizio di un potere, tutela interessi altri da quelli del titolare del potere stesso» (BARBERA, 2013, 153). Di conseguenza, la sussistenza di un legittimo motivo di licenziamento non esclude di per sé la rilevanza dell'accertamento anche del motivo discriminatorio del licenziamento (Cass. 27 gennaio 2022, n. 2414, ord.).

Alla funzione fin qui descritta è da aggiungersi una funzione ulteriore dei principi, vale a dire una funzione rimediante e redistributiva, già prima richiamata. La realizzazione dell'eguaglianza postula una diversa distribuzione dei benefici e delle opportunità riconosciuti ad alcuni e ingiustamente negati ad altri. Il che, però, non significa necessariamente una distribuzione eguale (v. FREDMAN, 2011, 2). Le soluzioni ragionevoli che impongono l'adattamento del luogo di lavoro alle particolari condizioni dei disabili o delle minoranze religiose, o le azioni positive che tendono a colmare lo squilibrio di genere nei luoghi di lavoro o nella rappresentanza politica sono espressione del profilo differenziante dell'eguaglianza, di una visione sostanziale di giustizia che impone che condizioni diverse e identità diverse vengano trattate in modo diverso. La misura in cui queste diverse condizioni vengono prese in considerazione dipende dalla nozione sostanziale di eguaglianza presa a riferimento. Se si guarda all'eguaglianza di opportunità, si tenderà a una giusta distribuzione delle *chances* della vita attraverso regole del gioco eque che consentano a tutti una eguale partecipazione al gioco, basata sul merito; se, invece, si intende l'eguaglianza anche come eguaglianza di risultati, allora si chiederà che non solo le regole del gioco siano eguali per tutti ma che, almeno in una certa misura, eguali siano anche i risultati della partecipazione al gioco. Questa misura è determinata dal paniere dei diritti fondamentali riconosciuti dall'ordinamento e non coincide soltanto con una giusta distribuzione di benefici e risorse economiche. Come insegnano le teorie sulla *capabilities* (SEN, 1999; NUSSBAUM, 2000), importante non è soltanto il possesso di merci o di beni ma anche l'effettiva capacità di fare le cose che si ritengono di valore.

In questo senso i divieti di discriminazione esprimono anche un progetto di partecipazione politica democratica che consenta che anche le voci sottorappresentate nell'arena politica siano prese in considerazione. È principalmente il carattere antimaggioritario del principio di non discriminazione (affermato per la prima volta nella famosa sentenza *Carolene Products* della Corte Suprema nordamericana), che compensa, a correzione della «metafisica democratica della quantità» (SCHIAVONE, 2019, 238), la mancanza di voce dei gruppi di minoranza nei luoghi di decisione politica, ad essere espressivo della dimensione partecipativa della non discriminazione. Ma lo è anche l'eguaglianza in collegamento con il principio di solidarietà, proclamato dalla Costituzione italiana e riaffermato dalla Carta europea dei diritti fondamentali, il quale postula non soltanto la rimozione delle barriere alla partecipazione ma anche una piena integrazione economica e sociale (FREDMAN, 2011, 33).

Questa concezione dell'eguaglianza comporta anche una critica alla "tirannia del merito". L'eguaglianza di opportunità è un principio riparatore. Ma come ha osservato Michael Sandel (SANDEL, 2021, 225 ss.), se abbattere le barriere è una buona cosa e nessuno dovrebbe essere frenato dalla povertà o dal pregiudizio, «una società buona non può essere fondata soltanto sulla promessa di una fuga. Focalizzarsi soltanto, o principalmente, sull'ascesa fa poco coltivare i legami sociali e gli

attaccamenti civici che la democrazia richiede». L'eguaglianza non richiede solo che i meritevoli siano liberi di accedere a nuove posizioni ma che ciascuna persona sia in grado di vivere una vita dignitosa e che le siano tributati eguale considerazione e rispetto.

In quest'ultima accezione, il principio è espressione del diritto all'eguale rispetto della propria dignità, che è anzitutto rispetto della preziosa differenza di ciascuna persona, profilo che tende ad assumere carattere assoluto e che non richiede perciò, necessariamente, una comparazione, come mostra il divieto della discriminazione-molestia che si intende violato ogni volta che un atto o una condotta siano tali da avere scopo o l'effetto di «violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante od offensivo», senza che vi sia la necessità di comparare la propria condizione a quella di altri.

1.1. Il carattere dinamico dei divieti di discriminazione. Interpretazioni testuali e interpretazioni evolutive.

Le funzioni fin qui descritte segnalano il carattere dinamico della tutela antidiscriminatoria. Le categorie della discriminazione sono socialmente e storicamente determinate e, dunque, mobili. Così, nel diritto internazionale, i divieti di discriminazione tutelano, in origine, i gruppi di minoranza lasciati senza tutela dagli stati nazionali nella divisione fra le grandi potenze dello spazio geografico; l'*Equality clause* sancita dal 14 emendamento della Costituzione nordamericana nasce come specifica risposta alla sistematica esclusione dai diritti civili degli afro-americani solo formalmente inclusi, dopo l'abolizione della schiavitù, nel cerchio della cittadinanza; nel diritto dell'Unione europea, il sesso e la nazionalità sono stati inizialmente presi in considerazione in quanto caratteristiche soggettive suscettibili di incidere sul processo di integrazione economica; le direttive UE sui lavori atipici degli anni novanta aprono verso discriminazioni nascenti da particolari status contrattuali; il Trattato di Amsterdam, al nuovo articolo 13 del Trattato CE (ora art. 19 TFUE), menziona per la prima volta razza e origine etnica, religione, opinioni personali, orientamento sessuale, età, disabilità, come nuovi fattori vietati per adeguare l'ordinamento sovranazionale a un sentire comune di condanna di forme di discriminazione ormai avvertite come odiose; la Carta dei diritti fondamentali UE aggiunge alla lista nuovi fattori, quali le caratteristiche genetiche, il patrimonio, la nascita per combattere le diseguaglianze di destino e le nuove, possibili diseguaglianze nascenti dalla manipolazione della natura umana a opera della tecnica; la stessa *ratio* di tutela dalla faccia oscura dell'innovazione spinge oggi a combattere le discriminazioni algoritmiche.

È questo contenuto variabile nel tempo della tutela antidiscriminatoria che rende arduo rispondere alla domanda sul carattere tassativo o meno dei divieti di discriminazione. Ragioni testuali (che guardano alla lettera della norma e alla volontà espressa dal legislatore) e funzionali (che guardano all'effettività della tutela) faranno propendere per la prima opzione interpretativa. Se, invece, si adotta un approccio teleologico, si leggeranno i fattori tipizzati come categorie solo esemplificative, suscettibili di essere integrate in via giurisprudenziale da altri fattori che rispondano alla medesima *ratio* che ha mosso il legislatore a vietare quelli enumerati.

Quest'ultima posizione è dotata di più solide argomentazioni nelle giurisdizioni che adottano un modello a lista aperta, come, nel contesto italiano, fa l'art. 3 Cost. e, nel contesto sovranazionale, fanno l'art. 14 della Cedu e l'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali UE. In questi casi, espressioni quali «condizioni personali» o «ogni altra condizione» o incisi quali «in particolare» che precedono la lista dei fattori espressi, da un lato, consentono di ampliare la tutela a gruppi non

esplicitamente menzionati e di adeguare il dato normativo alla mutevole realtà sociale (MILITELLO, STRAZZARI, 2019, 88, ove una discussione dei vari modelli a lista aperta o chiusa). Così, a partire dal riferimento a «ogni altra condizione» contenuta nell'art. 14 della Convenzione, la CEDU ha esteso la tutela offerta dalla clausola antidiscriminatoria a gruppi non nominati come gli omosessuali (CEDU 9 gennaio 2003, *L. e V. c. Austria*) e i disabili (CEDU 30 aprile 2009, *Glor. C. Svizzera*), mentre, per quel che riguarda l'ordinamento europeo, l'art. 21 della Carta non è considerato norma attributiva di competenze e tale da ampliare la competenza dell'Unione a combattere le discriminazioni derivanti dall'art. 19 TFUE (FAVILLI 2017; sulle fonti sovranazionali del diritto antidiscriminatorio v. § 2.1).

La Corte di giustizia ha avuto modo di affrontare la questione in riferimento sia al quadro normativo originario, che a quello successivo all'ampliamento della lista dei fattori vietati seguito alla modifica del Trattato CE e le risposte sono state contrastanti. Nel caso *P.* (CGCE 30 aprile 1996, causa C-13/94), i giudici hanno letto in senso evolutivo il fattore sesso fino a ricomprendervi ogni questione relativa all'identità di genere, a cominciare dal cambiamento di sesso, ritenendo che tollerare una discriminazione fondata sulle scelte di genere significa andar contro il rispetto della dignità e della libertà della persona. A un paio d'anni di distanza, nel caso *Grant* (CGCE 17 febbraio 1998, causa C- 249-96), gli stessi giudici hanno ritenuto di non potersi sostituire al legislatore, ormai abilitato a prendere iniziative a questo riguardo dal nuovo articolo del Trattato, e di non poter operare altre estensioni in via interpretativa del concetto nel senso di includervi anche l'orientamento sessuale.

La Corte ha assunto un orientamento restrittivo anche in riferimento ai fattori razza e origine etnica e disabilità, introdotti dalle direttive degli anni duemila. Nel caso *Kamberaj* (CGUE 24 aprile 2012, causa C-571/10), la Corte ha ritenuto non applicabile il divieto di discriminazioni razziali ed etniche alle discriminazioni basate sulla nazionalità, di cittadini di paesi terzi, fattore esplicitamente estraneo all'ambito di applicazione della direttiva 2000/43, escludendo anche la possibilità considerarle quali discriminazioni indirettamente fondate su razza e origine etnica, motivi vietati dalla direttiva, che sarebbe una delle strade attraverso cui dare rilievo a fattori non citati dall'ordinamento (si pensi alle discriminazioni delle lavoratrici part-time, ora vietate espressamente dalla direttiva 97/81 e prima ricondotte alle discriminazioni indirette di sesso v. CGCE 13 maggio 1986, causa 170/84, *Bilka*). Va però ricordato che l'ordinamento europeo contiene numerose disposizioni che tutelano la condizione dei lavoratori stranieri regolarmente soggiornanti e che gli ordinamenti nazionali prevedono tutti norme dirette a vietare le discriminazioni basate sulla nazionalità, sicché, nonostante il silenzio del diritto UE su questo specifico fattore, non può parlarsi di anomia in un campo così rilevante per la lotta alle discriminazioni (v. § 2.5). Nel caso dell'ordinamento italiano, gli art. 43 e 44 del d. lgs. 286/1998 (d'ora in poi TUI), fatti salvi dal d.lgs. 215/03 di recepimento della direttiva 2000/43, in virtù anche del cumularsi dei rimedi e delle azioni esperibili in virtù di tale rimando, hanno dato luogo a una esperienza applicativa notevole sia per quantità che per qualità, tanto da costituire un esempio un caso esemplare di lite strategica (GUARISO, 2012).

Quanto alla disabilità, nel caso *Chacon Navas* (CGUE 11 luglio 2006, C-13/05) la Corte si è rifiutata di estendere la nozione alla malattia e l'ha poi ulteriormente ristretta nel caso *Z* (CGUE 18 marzo 2014, C-363/12), richiedendo che la disabilità lamentata abbia riflessi diretti sulla vita professionale.

Tuttavia, nella giurisprudenza più recente, sono rinvenibili movimenti di senso opposto. Dopo la

ratifica della Convenzione ONU sulla disabilità, la Corte ha in qualche modo cambiato rotta, aderendo al modello sociale più ampio fatto proprio dalla Convenzione e arrivando a ritenere che anche la malattia possa rientrare nella nozione di disabilità ove comporti anch'essa una limitazione di lunga durata. (CGUE 11 aprile 2013, C-335-11, *HK Danmark*; sul punto v. anche § 2.9).

Un ampliamento dell'operatività dei divieti di discriminazione si è avuta anche a seguito dell'elaborazione in via giurisprudenziale del concetto di discriminazione per associazione. Questa volta il lavoro interpretativo della Corte ha inciso non sui fattori protetti ma sulla nozione di discriminazione, ma l'esito è stato comunque quello di un'estensione dell'ambito dei soggetti protetti. Nella sentenza *Coleman* (CGUE, 31 luglio 2008, C-303/06), la Corte ha affermato che dalla direttiva 2000/78 non risulta in alcun modo che il principio della parità di trattamento che essa mira a garantire sia limitato alle persone esse stesse disabili. La direttiva, al contrario, ha come obiettivo di combattere ogni forma di discriminazione basata sulla disabilità, comprese quelle che colpiscono le persone in qualche modo associate ai disabili, perché, come nel caso in questione, se ne prendono cura. Sono tutte le discriminazioni connesse alla disabilità, sulla base dunque di un nesso di causalità oggettivo, a recare danno alla coesione sociale e non solo quelle che colpiscono in modo diretto i disabili.

La Corte è tornata sulla nozione di discriminazione per associazione nel caso *Chez* (CGUE 16 luglio 2015, C-83/14), in tema di discriminazioni a danno dell'etnia rom, interpretando in senso oggettivo e non soggettivo il nesso di causalità che lega il trattamento o l'effetto svantaggioso al fattore protetto. La condizione obiettiva dell'essere di origine rom può danneggiare non solo gli appartenenti a tale etnia ma anche coloro i quali si trovano a condividere con i rom le proprie condizioni di vita, circostanza che determina la condivisione di un trattamento meno favorevole o di un particolare svantaggio.

In sostanza, quello che la Corte vuol dirci è che l'ordinamento prende in considerazione non soltanto il torto individuale ma anche il torto collettivo che ogni singola discriminazione produce, perché discriminazione genera altra discriminazione e perché la discriminazione mina non soltanto la considerazione e il rispetto di sé dell'individuo ma anche uno dei fondamenti condivisi su cui le comunità democratiche sono costruite, vale a dire il pari valore e la pari dignità dei singoli e dei gruppi sociali a cui essi appartengono.

Una visione ampia della disegualianza è presente anche nella nozione di discriminazione multipla o intersezionale che interviene quando più di un fattore di discriminazione è coinvolto e che è suscettibile, per questa strada, di agire da correttivo ai modelli a lista chiusa. L'ipotesi è testualmente prevista solo nel considerando 14 della direttiva 2000/43 e nel considerando 3 della direttiva 2000/78 in relazione alle discriminazioni multiple che colpiscono le donne; ma è stata poco o per nulla presa in considerazione dalla Corte di Giustizia e dalle corti nazionali. La dottrina, viceversa, attribuisce alla nozione la capacità di riflettere e combattere il carattere complesso della disegualianza (XENIDIS, 2019, 41; BELLO, 2019). Le discriminazioni intersezionali esprimono, infatti, una realtà sociale ove i gruppi socialmente svantaggiati sperimentano varie forme di discriminazione che interagiscono fra loro, fino a non essere più distinguibili e separabili, e le identità soggettive sono attraversate da varie appartenenze. Bandire il velo dai luoghi di lavoro, ad esempio (v. § 3.1), può implicare una discriminazione fondata sulla religione ma anche riflettere pregiudizi di genere e razziali.

Il diritto fatica a riflettere questa realtà, come mostra la difficile applicazione giurisprudenziale di

tale nozione di discriminazione, dovuta anche a un apparato normativo che, a cominciare dalle regole sull'onere della prova, tende a favorire una rappresentazione unidimensionale della discriminazione (v. § 2 ss.). La Corte di Giustizia, nel caso *Parris* (CGUE 24 novembre 2016, C-443/15), non ha accolto il suggerimento dell'Avvocato generale Kokott di adottare, nell'esame del caso, la prospettiva delle discriminazioni intersezionali, il che ha concorso a determinare il rigetto della domanda. Ma lo stesso Avvocato generale non aveva fornito indicazioni su come condurre, dal punto di vista operativo, un'analisi di tipo intersezionale, a partire da come compiere un giudizio di proporzionalità che includa due o più fattori.

La proposta di direttiva che dovrebbe estendere l'ambito di applicazione dei divieti sanciti dalla direttiva 2000/78 oltre il lavoro (COM/2008/426) il cui iter normativo è al momento interrotto, non prevede disposizioni in merito alle discriminazioni intersezionali. Lo fanno, invece, gli emendamenti alla Proposta presentati dal Parlamento europeo (Parlamento europeo, risoluzione 2 aprile 2009), che stabiliscono un divieto sistematico di discriminazioni intersezionali che attraversa tutti i fattori vietati, il che denota che, a livello di dibattito politico sovranazionale, il problema è ormai emerso. Non può dirsi lo stesso del contesto nazionale. Neppure il più recente intervento normativo in tema di discriminazione (l. 162/2021) fa menzione delle discriminazioni intersezionali.

Come si accennava prima, spesso è il testo di legge a guidare l'interprete verso soluzioni testuali o teleologiche. Tuttavia le scelte ermeneutiche dipendono da un complesso gioco di fattori che va oltre la specifica vicenda oggetto del giudizio. Se, in via generale, può affermarsi che la distinzione fra modelli a lista chiusa e modelli a lista aperta va attenuandosi (MILITELLO, STRAZZARI, 2019, 95), il dibattito sui pregi e i difetti di ciascuno di essi si mantiene vivo, rinviando a questioni di carattere generale, che attengono ai rischi e ai pregi dell'attivismo giudiziario e rispecchiano mutevoli equilibri fra potere politico e potere giudiziario e, negli ordinamenti multilivello, fra attori nazionali e sovranazionali.

Una pronuncia in tema di discriminazione emblematica dell'ampia portata delle questioni che vengono affrontate e delle conseguenze delle decisioni giudiziali è la sentenza *Bostock v. Clayton County* del 15 giugno 2020 della Corte Suprema nordamericana, in cui la Corte era stata chiamata a decidere se fosse possibile invocare il *Title VII* del *Civil Rights Act* del 1964 – che proibisce qualsiasi discriminazione basata su sesso – anche nel caso di un licenziamento dovuto all'orientamento sessuale o al cambiamento di sesso del lavoratore. La decisione con cui la maggioranza della Corte ha risposto affermativamente, rovesciando l'orientamento espresso dalle corti di merito, è stata scritta dal giudice Gorsuch, noto per le sue posizioni conservatrici e per l'essere uno degli esponenti di spicco del "testualismo" in senso forte (o originalismo), fautore di una interpretazione strettamente letterale della legge e della Costituzione. «Quando i termini espliciti di uno statuto ci danno una risposta e considerazioni extratestuali ne suggeriscono un'altra, non c'è dubbio. Solo la parola scritta è legge e tutti hanno diritto di beneficiarne», scrive il giudice Gorsuch. Una sentenza che segna un deciso passo in avanti nella protezione delle minoranze omosessuali e transgender diventa così, paradossalmente, l'occasione per far guadagnare posizioni al costituzionalismo conservatore, che potrà avvalersene anche in altre arene decisionali e per altri scopi. Conta poco che, nel caso in questione, a prevalere sia stata davvero "la parola scritta", suscettibile, lo si è visto, di molteplici interpretazioni. Conta di più, anche in vista di future decisioni, far affermare il testualismo come dottrina prevalente nel massimo organo giudiziario del sistema giuridico.

1.2. Gli effetti diretti del principio di eguaglianza nella giurisprudenza e il dialogo fra le Corti sulla scelta fra giurisdizioni.

La trasversalità del principio di eguaglianza e non discriminazione e la sua connessione alle dinamiche istituzionali e all'equilibrio tra poteri è chiaramente visibile, in riferimento all'ordinamento dell'Unione europea, anche nella vicenda relativa agli effetti diretti che esso spiega negli ordinamenti nazionali. A partire dalla sentenza *Mangold* (CGCE 22 novembre 2005, C-144/04), in tema di discriminazioni fondate sull'età, la Corte di giustizia ha impresso una spinta nuova a tale principio e ne ha fatto una potente leva di integrazione, ponendolo a fondamento di un controllo di eguaglianza diffuso da parte dei giudici nazionali, garanti, al pari della Corte europea, di un'uniforme interpretazione del diritto dell'Unione. I divieti di discriminazione stabiliti dalle direttive altro non sono, ha affermato la Corte, che la specificazione di un principio generale di eguaglianza e non discriminazione dotato di efficacia diretta (verticale e orizzontale), principio che preesiste alla loro adozione, con la conseguenza che anche le sue specificazioni producono effetti fra i privati e che i giudici nazionali sono tenuti a disapplicare ogni disposizione di legge non conforme anche in una controversia fra privati.

Gli sviluppi successivi hanno visto la Corte di Giustizia mitigare in parte le sue posizioni, anche in risposta alle critiche rivolte alla pronuncia da chi vi aveva visto un superamento dei limiti delle competenze comunitarie, degli effetti diretti delle direttive e dei poteri stessi della corte. Nella sentenza *Kücükdeveci* (CGUE 19 gennaio 2010, C- 555/07), in particolare, la Corte ha chiarito che il diritto da far rispettare è il principio di non discriminazione quale «espresso concretamente» dalla direttiva, creando così un rapporto di circolarità fra principi generali e diritto secondario. In che cosa consista tale rapporto lo si può comprendere più chiaramente guardando alla giurisprudenza successiva. Da una parte, sono le concrete disposizioni della direttiva a dare applicazione al principio di eguaglianza e non discriminazione e a fungere da “trigger” del principio stesso, a consentire cioè, attraverso il suo ambito di applicazione, che il caso sia attratto nell'orbita del diritto dell'Unione (seppure, in linea teorica, qualunque altra norma di diritto derivato può fungere da norma *trigger* se si applica nel caso di specie ed è dunque atta a produrre lo stesso effetto di attrazione). Dall'altra, è il principio stesso, in quanto principio generale o in quanto principio sancito dall'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, a «conferire ai privati un diritto soggettivo invocabile in quanto tale che, persino in controversie tra privati, obbliga i giudici nazionali a disapplicare disposizioni nazionali non conformi a detto principio» (CGUE 15 gennaio 2014, C-176/12, *Association de médiation sociale*, con la quale la Corte contestualmente nega che sia dotata di effetti diretti l'art. 27 in tema di diritto di informazione e consultazione).

Nella sentenza *Dansk Industri* (19 aprile 2016, C-44/14), la Grande sezione della Corte di giustizia ha ribadito l'idoneità del principio generale di non discriminazione in base all'età a produrre effetti diretti orizzontali, entrando poi nel merito del meccanismo di disapplicazione. Già nel caso *Kücükdeveci* la Corte aveva chiarito come, nel momento in cui fosse risultato impossibile risolvere il contrasto attraverso l'interpretazione conforme, il giudice nazionale fosse comunque tenuto ad «assicurare, nell'ambito delle sue competenze, la tutela giuridica che il diritto dell'Unione attribuisce ai soggetti dell'ordinamento, garantendone la piena efficacia e disapplicando, ove necessario, ogni disposizione della normativa nazionale contraria a tale principio». In *Dansk Industri* la Corte, in risposta alla questione pregiudiziale posta dai giudici nazionali in ordine alla necessità di operare un bilanciamento fra obbligo di disapplicazione ed esigenze di certezza del diritto e legittimo affidamento, ha ulteriormente precisato che «[né] i principi della certezza del diritto e della

tutela del legittimo affidamento né la possibilità per il privato che si ritenga leso dall'applicazione di una disposizione nazionale contraria al diritto dell'Unione di far valere la responsabilità dello Stato membro interessato per violazione del diritto dell'Unione possono rimettere in discussione tale obbligo».

La Corte ha successivamente riconosciuto gli stessi effetti diretti anche al divieto di discriminazione basato sulla religione, in collegamento ancora con l'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali, nelle cause *Egenberger* (CGUE 17 aprile 2019, C- 414/16), *Achbita* (CGUE 14 marzo 2017, C- 157/15), *IR* (CGUE 11 settembre 2018, C- 68/17), *Cresco* (CGUE 22 gennaio 2019, C-193/17), *Wabe* (CGUE 15 luglio 2021, C-804/18), *Szpital Kliniczny* (CGUE 26 gennaio 2021, C-16/19) (per un commento FERRARO 2019), dando risposta a quanti si erano interrogati sulla possibilità di ritenere dotati della medesima efficacia diretta i diversi divieti di discriminazione previsti dall'ordinamento UE. La Corte ha ricordato, in proposito che «(r)iguardo all'effetto imperativo che esso esplica, l'articolo 21 della Carta non si distingue, in linea di principio, dalle diverse disposizioni dei Trattati istitutivi che vietano le discriminazioni fondate su vari motivi anche quando tali discriminazioni derivino da contratti conclusi tra privati», in particolare genere (CGCE 8 aprile 1976, causa 43/75, *Defrenne*) e nazionalità (CGCE 6 giugno 2000, C-281/98, *Angonese*).

Gli effetti diretti della Carta sono stati riaffermati dalla Corte in riferimento ad altri diritti sociali fondamentali e, segnatamente, al diritto alle ferie, sancito dall'art. 31. In *Bauer* (CGUE 6 novembre 2018, C-569/16) e *Max-Planck* (CGUE 6 novembre 2018, C-684/16) la Corte ha affermato che tale disposizione è di per sé sufficiente a conferire un diritto invocabile in quanto tale in una controversia contro privati e che il giudice nazionale, ove necessario, può fare ricorso alla disapplicazione della normativa interna contraria al diritto UE.

La Corte ha poi chiarito meglio, in pronunce successive, il rapporto fra principio/diritto fondamentale e diritto derivato. Si distingue, a questo proposito, fra principi e diritti che abbiano carattere imperativo e siano sufficienti di per sé a conferire ai singoli un diritto invocabile in quanto tale nell'ambito di una controversia fra privati, e altri casi in cui i principi e i diritti della Carta richiedano una concretizzazione ad opera di disposizioni del diritto dell'Unione o del diritto nazionale. Nel primo caso, ed è quanto accade, come si ricordava prima, per il principio di eguaglianza e non discriminazione e per il diritto alle ferie, il diritto derivato vale solo ad attrarre la controversia nell'ambito del diritto dell'Unione o, al più, a specificare alcune caratteristiche del diritto in oggetto; nel secondo, le direttive che attivano le competenze della Corte sono quelle che contengono disposizioni precise e incondizionate, tali da ridurre i margini di discrezionalità degli Stati che hanno concordato le misure minime da adottare e da produrre un effetto di armonizzazione (SCIARRA 2021). Ciò spiega perché la CGUE abbia dichiarato irricevibile un rinvio pregiudiziale in materia di criteri di scelta nei licenziamenti collettivi, fondato sull'art. 30 della Carta in connessione con direttiva 98/59 (CGUE 4 giugno 2020, C-32/20, *TJ c. Balga srl*), ritenendo che la direttiva in questione avesse prodotto solo un'armonizzazione parziale, in ragione dell'assenza di obblighi specifici statuiti in relazione alla situazione oggetto del giudizio.

La costituzionalizzazione a livello dell'ordinamento europeo del principio di eguaglianza e dei diritti fondamentali e l'affermazione, alle condizioni dette, della loro efficacia diretta sono diventate, dunque, il tramite per un controllo di eguaglianza diffuso da parte dei giudici nazionali, idoneo a *by passare* le giurisdizioni delle corti nazionali. Ciò ha dato luogo ad alcuni episodi di conflitto fra giurisdizioni. È quanto è accaduto, ad esempio, proprio nel caso *Dansk Industri*, quando la Corte suprema danese si è rifiutata di seguire le indicazioni della Corte di Lussemburgo,

sostenendo che questa aveva ecceduto i suoi poteri. Il caso della Corte danese non è rimasto isolato. Vi sono stati altri casi di conflitto, dichiarato o latente, fra la Corte di Giustizia e le alte corti nazionali, compresa la Corte costituzionale italiana, la quale, con la sentenza n. 269 del 14 dicembre 2017, in un discusso *obiter dictum*, ha inaugurato un nuovo orientamento che ammette una doppia pregiudizialità, consentendo al giudice nazionale di sollevare una questione di legittimità costituzionale laddove una legge sia oggetto di dubbi di legittimità in relazione sia ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, che a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione.

Inizialmente sembrava che ciò dovesse accadere in via prioritaria. Successivamente, dopo i chiarimenti intervenuti con le sentenze nn. 20 del 21 febbraio 2019 e 63 del 21 marzo 2019, con le ordinanze nn. 117 del 10 maggio 2019 e 182 del 30 luglio 2020, nonché, da ultimo, la sentenza n. 254 del 26 novembre 2020, al giudice comune sembra riconosciuta libertà di scelta fra il dare priorità alla questione eurounitaria o a quella costituzionale oppure la possibilità di coinvolgere entrambe le Corti, fatta comunque salva la facoltà di disapplicare la norma nazionale contrastante con i diritti della Carta.

Tale soluzione, tuttavia, presenta aspetti critici: l'assenza di una gerarchia fra le giurisdizioni, che rispecchia l'assenza di una gerarchia fra le fonti, determina incertezze e possibili conflitti (PICONE, 2021, 7).

Sono pertanto da valorizzare le indicazioni che la Corte Costituzionale ha fornito da ultimo, proprio ragionando di discriminazione, che privilegiano le vie del dialogo e della cooperazione. Si legge nell'ordinanza n. 182/2020 (in cui la Corte italiana rinvia a quella europea due questioni pregiudiziali relative all'interpretazione dei divieti di discriminazione a danno di lavoratori stranieri stabiliti dall'art. 12 della direttiva 2011/98 e 11 della direttiva 2003/109) che, in «un settore nevralgico» per l'integrazione europea e «in un campo segnato dall'incidenza crescente del diritto dell'Unione, non si può non privilegiare il dialogo con la Corte di giustizia, in quanto depositaria del «rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati» (art. 19, paragrafo 1, del Trattato sull'Unione europea)».

Il divieto di discriminazioni arbitrarie stabilito dalla Costituzione italiana e i vincoli provenienti dall'ordinamento europeo vengono a porsi, nella prospettiva offerta dalla Corte, «in un rapporto di mutua implicazione e di feconda integrazione» (ord. n. 182 del 30 luglio 2020), affinché sia assicurata «la massima salvaguardia dei diritti a livello sistemico» (sent. n. 269 del 14 dicembre 2017; v. anche l'ordinanza n. 117 del 6 marzo 2019, punto 2).

In una successiva pronuncia, anch'essa di grande rilievo per i rapporti tra Corte costituzionale e Corte di Lussemburgo (sentenza n. 84 del 30 aprile 2021), perché conclude una procedura che aveva visto la Consulta fare ricorso al rinvio pregiudiziale ponendo per la prima volta questioni sia interpretative che di validità, le norme della Costituzione e quelle sovranazionali di origine pattizia ed eurounitarie vengono lette come disposizioni che «si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione», espressione di un catalogo di diritti che si arricchiscono a vicenda, elevando lo standard di protezione assicurata alla persona.

La logica ispiratrice sembra dunque quella di un pluralismo costituzionale in cui tenere aperti i canali comunicativi fra le corti conta più del pronunciare "l'ultima parola", perché consente «un potenziale accrescimento nella reciproca legittimazione delle due Corti, all'interno di un confronto serrato» (SCIARRA 2021, 45 e 49-50) e favorisce la creazione di standard più elevati di tutela.

Il medesimo tono dialogante è rinvenibile nella Corte di giustizia, che, nella causa prima citata, ha ritenuto ammissibile il rinvio della Corte italiana, pur in assenza, per una delle due questioni di pregiudizialità, di una normativa avente effetti diretti al tempo della causa. La Corte di Lussemburgo ha sottolineato in proposito la natura particolare del giudice del rinvio, che è «un giudice costituzionale a cui è stata rimessa una questione di puro diritto – indipendente dai fatti adottati dinanzi al giudice di merito – questione alla quale esso deve rispondere alla luce sia delle norme di diritto nazionale che delle norme del diritto dell'Unione al fine di fornire non solo al proprio giudice del rinvio, ma anche all'insieme dei giudici italiani, una pronuncia dotata di effetti *erga omnes*, vincolante tali giudici in ogni controversia pertinente di cui potranno essere investiti» (CGUE 2 settembre 2021, C-350/20, *O.D. e al.*).

Questa attitudine di confronto e di cooperazione sembra la prospettiva migliore per gestire la complessità che si è prima tratteggiata. Sebbene neppure nei suoi più recenti pronunciamenti la Corte costituzionale abbia offerto indicazioni esplicite riguardo a quale scelta orientarsi quando si prospetta una questione interpretativa avente una doppia rilevanza, essa sembra però ritenere che la strada della disapplicazione o del rinvio pregiudiziale siano da preferire “in settori nevralgici” del processo di integrazione e laddove il diritto dell'Unione abbia inciso più in profondità sul campo da regolare. Tali criteri, è stato osservato in dottrina (BRONZINI 2021), richiamano, a loro volta, altri criteri e altre regole di origine euro-unitaria. È il caso del criterio dell’“interesse europeo” a una pronuncia indicato dalla Corte di giustizia fra le basi dell’obbligo del rinvio pregiudiziale per i giudici di ultima istanza (CGUE 6 ottobre 2021, C- 561/19, *Consorzio Italian Management*) e di altri casi in cui la preferenza per l’applicabilità immediata del diritto dell’Unione o per il rinvio pregiudiziale è desumibile dalle stesse norme dei Trattati, in particolare dall’art. 2 del TFUE.

È indubbio che, nel caso del principio di eguaglianza e non discriminazione, si sia in presenza di uno dei campi in cui l'impronta del diritto nazionale e della giurisprudenza della Corte di giustizia è più forte. Dunque, in questo ambito, i criteri di preferenza per la via sovranazionale prima indicati paiono presenti. Sembra però che alle considerazioni fin qui svolte se ne possano aggiungere delle altre, di natura più stringente. Se guardiamo al posto che l’eguaglianza riveste nell’ordinamento costituzionale europeo non soltanto in quanto materia ma in quanto valore, destinato a incidere in modo trasversale su altre materie assegnate alla competenza esclusiva o concorrente dell’Unione, ci si dovrà chiedere se tale valore possa essere soggetto a valutazioni difformi nei diversi sistemi nazionali senza che ne venga perso il significato essenziale. Ritenere il contrario significa accettare che venga compromessa la funzione dell’eguaglianza in quanto eguaglianza di fronte alla legge e nell’interpretazione della legge, in quanto porta di accesso a una medesima comunità, in quanto diritto fondamentale della persona alla protezione dalle discriminazioni (CGUE 15 luglio 2021, cause riunite C-804/18 e C-341/19, *Wabe*, § 62), non suscettibile di essere declinato diversamente a ogni attraversamento di frontiere di una medesima Unione politica e di diritto.

Spetterà perciò anzitutto alla Corte di giustizia compiere quel bilanciamento fra diritti che l’applicazione del principio di eguaglianza richiede, chiarendo «quale bilanciamento tra i diversi interessi in gioco abbia stabilito il legislatore dell’Unione in sede di adozione delle direttive che danno concreta attuazione alla disposizione della Carta» (Rossi, 2017, citando *Egenberger*, § 47). Ma il caso *Wabe* dimostra la volontà della Corte di giustizia di lasciare spazio, nel test di proporzionalità condotto al fine di accertare la sussistenza di una discriminazione, anche alle tradizioni costituzionali dei paesi Membri e ai diritti sanciti dalle costituzioni nazionali, peraltro riflessi nelle

disposizioni della Carta (§ 70).

Ritenere, viceversa, come fanno alcune pronunce della Corte di Cassazione italiana (CC, ord. 8 aprile 2021, n. 9378, ord. 8 aprile 2021, n. 9379, ord. 17 giugno 2019, n. 16164, ord. 17 giugno 2019, n. 16167) che solo le corti costituzionali nazionali possano valutare la ragionevolezza delle scelte discrezionali di parificazione o differenziazione compiute dal legislatore, a loro volta frutto di un bilanciamento di contrapposti interessi, significa ignorare la cessione di sovranità che si è realizzata anche in questo campo in aree sempre più vaste rispetto ai divieti di discriminazione originari. Il che non comporta che, nel difficile equilibrio fra unità e diversità dei sistemi giuridici e politici che compongono l'Unione, equilibrio al quale anche l'interpretazione e l'attuazione del diritto devono tendere, la seconda ceda interamente alla prima. Non soltanto al giudice nazionale del rinvio spetterà, eventualmente, operare in concreto quel bilanciamento fra le posizioni delle parti in causa richiesto dalla natura della controversia in questione (*Egenberger*; CGUE 19 luglio 2017, C-143/16, *Abercrombie & Fitch*) e tener conto delle previsioni più favorevoli previste dal diritto nazionale (*Wabe*), ma al legislatore nazionale resta la possibilità di ritornare sulla disciplina che viene disapplicata, regolando diversamente i medesimi interessi. Tale facoltà di rimodulare il trattamento all'esito dell'accertamento della discriminatorietà delle regole prima vigenti riguarda però solo il legislatore e si situa *a valle* del giudizio di non discriminazione, quando si tratterà di adottare misure volte a ripristinare la parità di trattamento nei confronti della generalità dei possibili beneficiari, potendosi discutere se l'eguaglianza possa essere raggiunta anche *al ribasso*, vale a dire negando a tutti i benefici in questione, o se quello che non si richiede non sia piuttosto un'eguaglianza *al rialzo*, un intervento redistributivo su una base più equa, come suggerisce il carattere incrementale che l'eguaglianza riveste nel sistema dell'Unione europea e nel nostro sistema costituzionale.

Il giudice investito dalla causa antidiscriminatoria non potrà, invece, che attenersi alla regola paritaria. Come la Corte di giustizia ha precisato più volte, «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 eguaglianza può essere garantito solo mediante la concessione alle persone appartenenti alla categoria sfavorita degli stessi vantaggi di cui beneficiano le persone della categoria privilegiata. Le persone sfavorite devono dunque essere poste nella stessa situazione in cui si trovano le persone che beneficiano del vantaggio in questione... In tale ipotesi, il giudice nazionale è tenuto a disapplicare qualsiasi disposizione nazionale discriminatoria, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione da parte del legislatore, e deve applicare ai componenti del gruppo sfavorito lo stesso regime che viene riservato alle persone dell'altra categoria» (*Cresco*, §§ 79-80).

Sembra incorrere perciò in un equivoco interpretativo quella posizione giurisprudenziale che, in un caso in cui una certa provvidenza prevista unicamente dalla legge nazionale era stata illegittimamente negata ai lavoratori stranieri, ha ritenuto non percorribile la strada della disapplicazione perché non sarebbe stata individuabile una *disciplina self-executing* dell'Unione che regolasse direttamente la materia (CC, ord. 8 aprile 2021, n. 9378, ord. 8 aprile 2021, n. 9379). I giudici arrivano a tale conclusione sulla base dell'osservazione che neppure il divieto di discriminazione a danno dei lavoratori stranieri lungo-soggiornanti o regolarmente soggiornanti stabilito dalle direttive 2003/109 e 2011/98 sarebbe di per sé sufficiente a disapplicare la disciplina interna confliggente poiché «è consentito al legislatore nazionale di prevedere una limitazione alla parità di trattamento tra il proprio cittadino e il cittadino di altro Stato membro, a condizione che sia

proporzionata e adeguata». Ne discende che solo la Corte costituzionale può essere investita della questione. Paradossalmente, queste espressioni di “patriottismo costituzionale” sembrano suggerire che l’esito del dialogo fra le corti debba essere non quello della “massima salvaguardia” dei diritti ma il loro abbassamento, il che contrasta con la *ratio* stessa della doppia pregiudizialità, orientata, come si è vista alla massima estensione della tutela dei diritti.

Viene qui dimenticato che il parametro sulla base del quale valutate l’operato del legislatore, ove sussista un divieto di discriminazione di valenza eurounitaria, non è più un parametro meramente interno, ma è un parametro europeo, con la precisazione che l’intervento della Corte di giustizia può procedere in prima persona a tale valutazione oppure può limitarsi a una valutazione in astratto, attribuendo ai giudici nazionali il compito di una valutazione in concreto, che può portare a soluzioni diverse nei singoli casi. Così come sembra venga dimenticato, con una confusione dei vari piani temporali in cui opera il giudizio di discriminazione e intervengono i vari attori del sistema (il giudice nazionale, quello europeo e il legislatore stesso), che la portata del divieto in questione assume valenza diversa a seconda che la discriminazione *sia ancora da accertare*, nel qual caso il giudice nazionale può optare fra disapplicazione o, nel caso di dubbi interpretativi, rinvio pregiudiziale, o che invece la discriminazione *sia stata già accertata*, nel qual caso non resta altra strada al giudice (in ipotesi, anche il giudice costituzionale) che applicare la regola paritaria. Nel primo caso, ove sussistano dubbi interpretativi e si opti per il rinvio, vi sarà spazio per un dialogo fra corti in ordine al bilanciamento fra diritti e interessi diversi, e non soltanto se il giudice del rinvio è un giudice costituzionale data la possibilità di formulare il rinvio in termini che portino la Corte di giustizia a valutare gli aspetti che maggiormente rilevano sul piano domestico. In *Wabe*, ma anche in *Taricco* (CGUE 8 dicembre 2015, C-105/14) e *Consob* (CGUE 2 febbraio 2021, C-481/19), la Corte di giustizia ha dimostrato di saper ascoltare le corti supreme nazionali. Se si controverte di diritti fondamentali, pur in presenza di approcci divergenti, l’approccio che si è dimostrato più costruttivo è quello dell’ingaggiare le corti non in una “battaglia sulle competenze” ma in una discussione *open-ended*, finalizzata alla ricerca di un’interpretazione condivisa, fra le molte possibili (SARMIENTO 2021).

2. Le fonti del diritto antidiscriminatorio.

Se, come detto (v. § 1), il diritto antidiscriminatorio persegue le medesime funzioni e, come vedremo, la struttura del sindacato discriminatorio è omogenea (v. § 3), le fonti di tale diritto sono invece molteplici. La frammentazione della normativa antidiscriminatoria è il risultato della stratificazione dei più o meno disordinati interventi legislativi che si sono susseguiti negli anni, anche (ma non solo) al fine di recepire la copiosa normativa sovranazionale. In diverse occasioni, commentatori e commentatrici hanno sottolineato la pessima qualità dei testi normativi e la scarsa attenzione, da parte del legislatore, alla coerenza e alla sistematicità del diritto antidiscriminatorio. Così, ad esempio, quando si è implementata la dir. 2000/43 non si è tenuto adeguatamente conto degli artt. 43 e 44 TUI (GOTTARDI 2003) e, di conseguenza, sono stati introdotti nuovi divieti di discriminazione per fattori già protetti nel nostro ordinamento. Ciò peraltro è avvenuto anche di recente, con la l. n. 162/2021 che, nel mettere mano ai fattori protetti dall’art. 25 d. lgs. 198/2006, ne ha menzionati taluni (come l’età) per cui vi era già una normativa specifica (CALAFÀ 2022). Emblematico è il caso del fattore “nazionalità” per cui l’ordinamento prevede attualmente tre differenti normative: l’art. 43 TUI; il d. lgs. 215/2003 che, a parere della giurisprudenza interna si applica anche alle discriminazioni ai danni degli stranieri (v. da ultimo T Torino, ord. 21 giugno

2021); e il d. lgs. 216/2003 che, a seguito delle modifiche introdotte con la l. n. 238/2021, annovera ora il fattore nazionalità.

Con l'intervento da ultimo ricordato, il legislatore ha peraltro modificato testi già esistenti, al fine di recepire la dir. 2014/54 il cui contenuto era solo in parte sovrapponibile a quanto già disciplinato nel testo modificato (la vicenda è brevemente descritta al § 2.5). Spesso poi il recepimento delle direttive Ue non è avvenuto in maniera corretta e talora la Commissione europea ha dovuto aprire procedure di infrazione nei confronti del nostro paese per costringerlo a dare esatta attuazione a quanto previsto nel diritto dell'Unione.

Va infine segnalato che, anche quando intenzionato a mettere ordine all'articolato insieme normativo, il legislatore non ha correttamente ricostruito la normativa esistente (emblematico, a tal proposito, è il codice per le pari opportunità tra uomini e donne su cui v. AMATO, BARBERA M., CALAFÀ 2007).

Per questi motivi, quasi tutte le fonti del diritto antidiscriminatorio sono state emendate più volte, dando luogo a quella stratificazione normativa che ne rende assai complessa la conoscenza.

Occorre altresì sottolineare che il puzzle delle fonti del diritto antidiscriminatorio, oltre a essere talora incoerente, è incompleto. Si è già ricordato che la normativa antidiscriminatoria interna spesso implementa direttive dell'Unione le quali, come noto, possono essere adottate solo se esiste un'apposita base giuridica (se cioè l'Unione europea è competente a intervenire su quella specifica materia) e se gli Stati membri (rappresentati nel Consiglio dell'Ue) e il Parlamento europeo trovano un accordo. A seguito del Trattato di Amsterdam, il problema delle competenze può dirsi ormai risolto (sul punto v. § 2.2); al contrario, dopo l'allargamento del 2004, è divenuto ancora più difficile raggiungere l'accordo tra gli Stati membri e il Parlamento europeo. Da un lato, infatti, il modo in cui è stato costruito il mercato interno e la possibilità, per i privati, di utilizzare le libertà economiche al fine di scegliere la legge applicabile (c.d. *regime shopping*), mette in competizione i diversi ordimenti nazionali e accresce le divergenze tra i paesi membri. Dall'altro, le disuguaglianze crescenti tra i cittadini europei che il diritto e le politiche dell'Unione non solo non riescono a correggere ma spesso enfatizzano, ha incrementato le schiere dei gruppi razzisti e xenofobi all'interno del Parlamento europeo.

Di conseguenza, oggi, pare pressoché inverosimile raggiungere l'accordo (i.e. l'unanimità) per adottare la proposta di direttiva sull'applicazione del principio di parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla religione, le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale nell'ambito della protezione sociale, dell'istruzione e dell'accesso a beni e servizi (COM/2008/426), il cui iter legislativo si era già interrotto nel 2009.

Il diritto antidiscriminatorio forma dunque un puzzle incompleto, le cui tessere spesso non combaciano. Questo genera notevoli problemi agli operatori del diritto i quali, quando intendono agire o resistere in giudizio a fronte di una condotta che si presume discriminatoria, devono orientarsi tra disposizioni che divergono quanto alle deroghe e alle giustificazioni consentite, alla legittimazione ad agire, al rito, all'onere della prova, ai rimedi, alle sanzioni, ecc. (sul punto v. GUARISO, MILITELLO, 2019). Ciò significa che il modo in cui può essere contrastata una discriminazione varia da fonte a fonte, e dunque è diverso per ogni fattore protetto. A ben vedere, la stessa possibilità di agire contro una condotta che si suppone discriminatoria dipende dalla normativa applicabile (e dunque dal fattore protetto che rileva nella fattispecie concreta) dato che, come vedremo, il campo di applicazione dei divieti di discriminazione varia per ogni fattore.

Vi è poi l'annoso problema delle discriminazioni multiple o intersezionali che, non a caso, viene pressoché ignorato dal legislatore interno ed europeo (si v., da ultimo, l'art. 3 co. 3 della proposta di direttiva volta a rafforzare l'applicazione del principio della parità retributiva tra uomini e donne, COM/2021/93). Nell'ipotesi di discriminazioni multiple, il concorso di fattori implica l'applicazione di due o più normative che spesso divergono quanto ai profili procedurali e rimediali, ciò che costringe l'operatore a scegliere tra le disposizioni applicabili. Più complessa ancora è la questione delle discriminazioni intersezionali in cui è la combinazione di due o più fattori a dare luogo alla discriminazione (Relazione della Commissione sull'applicazione della direttiva 2000/43/CE e della direttiva 2000/78/CE, COM/2021/139, 5; BELLO, 2019, 29).

Per tentare di semplificare la rassegna delle fonti del diritto antidiscriminatorio, nei paragrafi che seguono si è scelto di raggrupparle in base ai fattori protetti. Si è già accennato infatti che l'intervento dell'Unione è settoriale, concerne cioè solo determinati fattori considerati da specifiche basi giuridiche inserite nei Trattati. Di conseguenza, anche il diritto interno segue la medesima ripartizione per fattori.

Come già osservato, la lista dei fattori protetti è dinamica (v. § 1.1), e cioè varia (di regola, si allunga) nel tempo, alla luce del significato che una «differenza ha assunto in un determinato contesto storico, all'interno di una data comunità» (BARBERA M., 2017, 21). Nella presentazione che segue ci si soffermerà dunque sui principali fattori protetti nel nostro ordinamento, ben consapevoli che esistono altresì fattori considerati dal diritto antidiscriminatorio (come la lingua: art. 15 st. lav.) i quali sono stati qui omessi solo per esigenze di spazio (per una completa ricostruzione si rinvia a MILITELLO, STRAZZARI, 2019).

Va anche detto che, nel nostro ordinamento, i fattori protetti non sono solo quelli legati a caratteristiche costitutive dell'identità soggettiva della persona, ma sono anche fattori connessi all'esigenza di garantire l'esercizio di libertà (quali la libertà religiosa e la libertà sindacale) consustanziali a un ordinamento democratico (CC 21 luglio 2021, n. 20819) e «a presidio della dignità umana anche in ambito lavorativo» (A Roma ord. 9 ottobre 2012).

Quella qui seguita non è l'unica maniera per esaminare il diritto antidiscriminatorio. Per dare maggiore sistematicità alla materia, altrove si è scelto, ad esempio, di partire da suoi ambiti di applicazione (BARBERA M., GUARISO, 2019). In tal modo si è potuto mettere in evidenza che, al pari della norma inderogabile, anche il diritto antidiscriminatorio interviene a regolare l'esercizio del potere, pubblico o privato, nei diversi ambiti in cui questo si manifesta (v. § 1). Riflessioni di questo tipo verranno svolte anche nei paragrafi a seguire in cui si tenterà di mettere in evidenza come il ruolo del diritto antidiscriminatorio cresca a fronte della crisi della norma inderogabile (su cui v. da ultimo *In direzione 2021*): laddove cioè l'esercizio del potere non è più strettamente regolato dalla norma inderogabile (si pensi, ad esempio, alla normativa sull'orario di lavoro), si allargano le fattispecie in cui tale esercizio può generare effetti svantaggiosi per una persona o un gruppo individuato in base a un fattore protetto (nel caso di specie, i genitori lavoratori).

Vedremo anche che, per ogni fattore protetto, si sono sviluppati, spesso a partire da decisioni della Corte di giustizia, veri e propri filoni giurisprudenziali in cui le corti nazionali tentano di dare risposte agli svantaggi in cui incorrono le persone individuate sulla base dello stesso. Queste vicende dimostrano, da un lato, il ruolo di cui il diritto antidiscriminatorio investe le corti chiamate a garantire, caso per caso, che la presenza di un fattore che il legislatore ha deciso di proteggere non si traduca, per le persone che sono in qualche modo ad esso associate, in uno svantaggio.

Dall'altro, le vicende che si avrà modo di illustrare evidenziano la funzione suppletiva svolta dalle corti, a fronte dell'inerzia del legislatore o di interventi legislativi non rispettosi della normativa in esame: in sostanza, i giudici sono chiamati, nell'immediato, a dare attuazione al diritto a non subire discriminazioni che il legislatore non ha saputo o non ha voluto rispettare (da ultimo v. TARKINI 2021). In tal modo, si manifesta chiaramente il carattere antimaggioritario del diritto antidiscriminatorio (v. § 1).

Prima di passare all'analisi delle fonti del diritto antidiscriminatorio, occorre infine osservare che, per evitare che il diritto dell'Unione trovi diversa applicazione all'interno di ciascuno Stato membro, la Corte di giustizia ha fornito un'interpretazione autonoma e uniforme del campo di applicazione delle direttive antidiscriminatorie, tenendo conto degli obiettivi che esse perseguono (CGUE 23 aprile 2020, C-507/18, *NH*, § 32). È dato che i principi di non discriminazione sono principi generali di diritto dell'Unione europea e diritti fondamentali garantiti dalla Carta di Nizza, il loro ambito di applicazione non può essere oggetto di un'interpretazione restrittiva (CGUE 23 aprile 2020, C-507/18, *NH*, § 39; in senso analogo, v. *Chez* § 66).

La Corte di giustizia ha, ad esempio, fornito un'ampia definizione di lavoratore subordinato, qualificando come tale qualsiasi persona che «fornisca, per un certo periodo di tempo, a favore di un'altra e sotto la direzione di quest'ultima, prestazioni in contropartita delle quali riceva una retribuzione» (*Abercrombie & Fitch*, § 19), a prescindere dal fatto che esista o meno, per il lavoratore, un obbligo di svolgere la prestazione richiesta dal datore di lavoro.

2.1. Le fonti sovranazionali.

Prima di passare in rassegna le fonti del diritto antidiscriminatorio dettate dal diritto derivato dell'Unione e presenti nell'ordinamento interno, è opportuno soffermarsi sulle disposizioni che troviamo all'interno delle Carte dei diritti fondamentali adottate da organismi sovranazionali e ratificate dal nostro paese.

A tal fine, occorre partire dall'art. 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali il quale afferma che 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». Dalla lettura di questa disposizione sono subito evidenti le sue due peculiarità: da un lato, la lista dei fattori protetti dall'art. 14 Cedu è aperta; dall'altro, l'art. 14 Cedu ha carattere "ancillare", riguarda cioè i soli diritti protetti dalla Convenzione.

Quanto al primo aspetto, su cui ci si è già soffermati (v. § 1.1), basti qui dire che, grazie all'apertura consentita dalla locuzione "ogni altra condizione" e dall'aver specificato che quelli menzionati esemplificano i fattori per cui "in particolare" si producono discriminazioni, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha potuto applicare l'art. 14 anche a ipotesi in cui i fattori da proteggere non comparivano espressamente nella lista ivi prevista (si pensi, ad esempio, all'orientamento sessuale e all'identità di genere: CEDU 16 settembre 2021, *X c. Polonia*, n. 20741/10, § 70).

La questione del carattere "ancillare" dall'art. 14 Cedu è stata invece affrontata in due modi. Da un lato, nelle sue pronunce, la Corte di Strasburgo ha tentato di facilitare l'applicazione della clausola antidiscriminatoria, affermando che la natura ancillare dell'art. 14 non implica la violazione anche della disposizione sostanziale a cui il primo deve necessariamente connettersi (*Guide*,

2021, 6). Dall'altro, gli Stati membri del Consiglio d'Europa hanno adottato un Protocollo aggiuntivo alla Cedu (il Protocollo n. 12) in cui si stabilisce che «il godimento di ogni diritto previsto dalla legge deve essere assicurato, senza discriminazione alcuna, fondata in particolare sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione» (art. 1 co. 1). Il Protocollo, che non è stato ancora ratificato dal nostro paese, supera il carattere "ancillare" dell'art. 14 Cedu, ma continua a relegare il ruolo del diritto antidiscriminatorio al solo godimento dei diritti previsti dalla legge, e dunque essenzialmente solo nei confronti di «una qualsivoglia autorità pubblica» (art. 1 co. 2; v. anche *Guide*, 2021, 10). Diversamente, il diritto antidiscriminatorio nell'Unione europea e nell'ordinamento interno ha carattere autonomo, e cioè può (e deve) essere impiegato in tutti i casi di esercizio del potere, pubblico e privato, per evitare che questo produca effetti svantaggiosi per una persona o un gruppo individuato sulla base di un fattore protetto (v. § 1; v. anche *Chez* § 68 in cui la Corte di giustizia ha ritenuto che qualificare come svantaggiosi solo gli atti che recano pregiudizio a un diritto configura una limitazione dell'ambito di applicazione dei divieti di discriminazione non consentita dal diritto dell'Unione).

Dato il suo carattere "ancillare", l'art. 14 Cedu ha assunto, all'interno della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, un ruolo neppure lontanamente paragonabile a quello svolto dal diritto antidiscriminatorio nella giurisprudenza della Corte di giustizia. Mediante quest'ultimo, la Corte di giustizia si è potuta occupare di numerose vicende che, al momento della sua pronuncia, non erano direttamente regolate dal diritto dell'Unione (si pensi, ad esempio, all'impiego dei divieti di discriminazione di genere per disciplinare il lavoro a tempo parziale). Al contrario, la Corte europea dei diritti dell'uomo spesso si è pronunciata sull'art. 14 Cedu solo se l'applicazione della disposizione sostanziale a cui questo deve legarsi non era sufficiente per risolvere il caso concreto (*Guide*, 2021, 7).

Occorre infine osservare che l'art. 14 Cedu non distingue tra discriminazioni dirette e indirette. Anche sul punto sono intervenute le decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo che ha, in più occasioni, ripreso la giurisprudenza della Corte di giustizia (*Guide*, 2021, 11). Va tuttavia segnalato che l'assenza di una distinzione tra discriminazioni dirette e indirette rischia di allargare le maglie del sindacato di proporzionalità che viene svolto nel momento in cui si decide sulla giustificabilità del trattamento differenziato, e di estendere il margine di apprezzamento degli Stati che, in alcuni ambiti (come in materia di diritti sociali), è già molto ampio (la CEDU, in un caso relativo alla Grecia, ha ad esempio ritenuto che il mantenimento della stabilità economica e la ristrutturazione del debito in un contesto di seria crisi politica, economica e sociale configura una ragione legittima che può giustificare un trattamento apparentemente discriminatorio: 30 gennaio 2017, *Mamatas e altri c. Grecia*, n. 63066/14, 64297/14 e 66106/14). Occorre altresì osservare che il margine di apprezzamento che la Corte riconosce varia in ragione dell'esistenza e della portata del consenso tra gli Stati sulla materia in questione (*Guide*, 2021, 20). I giudici di Strasburgo hanno poi ritenuto che, «nel caso di un gruppo vulnerabile che ha subito una discriminazione significativa in passato, il margine di apprezzamento a disposizione dello Stato è ridotto» (CEDU 10 settembre 2020, *G.L. c. Italia*, n. 59751/15, § 54 relativa a persone disabili).

Una formulazione simile a quella dell'art. 14 Cedu si ritrova nell'art. E della Carta sociale europea secondo cui il godimento dei diritti riconosciuti nella Carta «deve essere garantito senza qualsiasi distinzione basata in particolare sulla razza, il colore della pelle, il sesso, la lingua, la religione, le

opinioni politiche o ogni altra opinione, l'ascendenza nazionale o l'origine sociale, la salute, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, la nascita o ogni altra situazione». Un divieto di discriminazione per quanto riguarda l'accesso al lavoro e alle condizioni di lavoro è stato dedotto, dal Comitato europeo dei diritti sociali, anche dall'art. 1 co. 2 della Carta sociale riveduta. Ambedue le disposizioni della Carta sociale europea presentano le medesime caratteristiche dell'art. 14 Cedu: una lista aperta dei fattori protetti e il carattere ancillare dei divieti di discriminazione.

Passando ora all'esame dei principi di non discriminazione nel diritto dell'Unione, va ribadito che, secondo l'orientamento seguito dalla Corte di giustizia da *Mangold* in poi (v. § 1.1), si tratta di principi generali di diritto Ue e come tali hanno efficacia diretta orizzontale, riconoscono cioè un diritto che può essere invocato anche nei rapporti interprivati. Questa interpretazione è stata suggellata dall'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che, dopo avere riconosciuto l'eguaglianza di fronte alla legge (art. 20), vieta «qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali» (art. 21 co. 1). Il co. 2 dell'art. 21 proibisce poi qualsiasi discriminazione fondata sulla cittadinanza. A parere della Corte di giustizia, l'art. 21 Cdfue è una norma dotata di efficacia diretta orizzontale che può dunque essere applicata anche nei rapporti interprivati, qualora la materia rientri nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione (sul punto v. § 1.1). Merita altresì di essere ricordato l'art. 23 co. 1 Cdfue secondo cui «la parità tra uomini e donne deve essere assicurata in tutti i campi, compreso in materia di occupazione, di lavoro e di retribuzione».

Il carattere autonomo dei principi di non discriminazione, il fatto cioè che questi principi riconoscano direttamente alle persone il diritto di non essere discriminate sulla base dei fattori protetti, non è mai stato messo in discussione dalla Corte di giustizia. E anzi, a ben vedere, fin dal Trattato di Roma, questo modo di intendere il diritto antidiscriminatorio è stato funzionale a perseguire gli obiettivi dell'integrazione europea. Come noto, infatti, nel 1957 i divieti di discriminazione in ragione della nazionalità e del genere erano stati inseriti all'interno del Trattato istitutivo della Comunità economica europea (rispettivamente agli artt. 39 e 119, oggi artt. 45 e 157 Tfeue) al fine di costruire il mercato comune (oggi, mercato interno): la protezione dei lavoratori che si spostavano da uno Stato membro all'altro contro i trattamenti svantaggiosi connessi alla loro nazionalità, così come la garanzia di pari salario per uomini e donne erano cioè funzionali alla creazione di un mercato dove le persone potessero circolare liberamente e dove le imprese potessero competere su un piano equo.

Nel Trattato sul funzionamento dell'Ue esiste oggi una base giuridica generale che consente di adottare, secondo la procedura legislativa ordinaria (e cioè a maggioranza qualificata), regole volte a vietare le discriminazioni basate sulla nazionalità (art. 18). Analogamente, l'art. 157 Tfeue riconosce alle istituzioni dell'Unione il potere di approvare, mediante la medesima procedura, «misure che assicurino l'applicazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento tra uomini e donne in materia di occupazione e impiego, ivi compreso il principio della parità delle retribuzioni per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore».

Come già ricordato, il Trattato di Amsterdam ha introdotto una base giuridica generale che consente di adottare «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» (art. 19 Tfu). La disposizione è soggetta a due limiti: da un lato, il Consiglio deve deliberare all'unanimità, previa approvazione del Parlamento europeo, circostanza che non è certamente facile da raggiungere nell'Unione a 27; dall'altro, la lista dei fattori indicati nell'art. 19 è, a parere della Corte di giustizia (*Chacon Navas*), tassativa. Sul primo problema è intervenuto il Trattato di Nizza che ha inserito nell'art. 19 un secondo comma secondo cui «il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria [e cioè a maggioranza qualificata], possono adottare i principi di base delle misure di incentivazione dell'Unione, ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri, destinate ad appoggiare le azioni degli Stati membri volte a contribuire alla realizzazione degli obiettivi» di lotta alle discriminazioni. Tuttavia, tale procedura non è, ad oggi, mai stata utilizzata.

L'art. 19 Tfu fa salve «le altre disposizioni dei trattati». Difatti, esistono all'interno del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea numerose basi giuridiche che hanno consentito l'adozione del diritto antidiscriminatorio derivato. Oltre agli artt. 45 e 157, di cui si è già detto, vanno citati l'art. 48 che ha permesso l'adozione del reg. 883/2004 sulla parità di trattamento dei lavoratori migranti con riguardo alle prestazioni di sicurezza sociale, e l'art. 153 base giuridica delle direttive sui lavoratori non – standard e della direttiva sull'equilibrio vita – lavoro che contengono tutte divieti di discriminazione.

Vanno infine ricordate le disposizioni orizzontali introdotte con il Trattato di Lisbona, le quali impegnano l'Unione, in tutte le sue azioni, «ad eliminare le ineguaglianze, nonché a promuovere la parità, tra uomini e donne» (art. 8) e «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» (art. 10).

Passando alle fonti dell'Organizzazione internazionale del lavoro, dobbiamo ricordare che i principi di non discriminazione figurano in ben tre delle otto *core conventions*, i.e. le convenzioni che, in base alla Dichiarazione OIL sui principi e i diritti fondamentali nel lavoro del 1998, gli Stati aderenti all'Organizzazione devono «rispettare, promuovere e realizzare», anche qualora non le abbiano ratificate. In particolare, secondo la Convenzione OIL n. 98 sul diritto di organizzazione e negoziazione collettiva, «i lavoratori devono beneficiare di un'adeguata protezione contro tutti gli atti di discriminazione tendenti a compromettere la libertà sindacale in materia di impiego» (art. 1 co. 1). La Convenzione OIL n. 100 del 1951 assicura invece «l'applicazione a tutti i lavoratori del principio dell'eguaglianza di retribuzione fra mano d'opera maschile e mano d'opera femminile per un lavoro di valore uguale» (art. 2 co. 1), analogamente a quanto è stato poi prescritto dall'art. 119 del Trattato di Roma. La Convenzione OIL n. 111 vieta infine «ogni distinzione, esclusione o preferenza fondata sulla razza, il colore, il sesso, la religione, l'opinione politica, la discendenza nazionale o l'origine sociale, che ha per effetto di negare o di alterare l'eguaglianza di possibilità o di trattamento in materia d'impiego o di professione», al pari di «ogni altra distinzione, esclusioni o preferenza che abbia per effetto di negare o di alterare l'eguaglianza di possibilità o di trattamento in materia d'impiego o di professione» (art. 1 co. 1). Va altresì ricordata la Convenzione OIL n. 143 (non annoverata tra le *core conventions*) che garantisce, ai lavoratori stranieri regolarmente soggiornanti, il diritto alla parità di trattamento (art. 8).

Tutte le Convenzioni menzionate sono state ratificate dal nostro paese e possono dunque fungere da parametro interposto nel giudizio di costituzionalità, ai sensi dell'art. 117 co. 1 Cost..

Occorre inoltre ricordare che le Convenzioni OIL sono interpretate dai Comitati creati nell'ambito dell'Organizzazione al fine di monitorare sul rispetto delle stesse da parte dei paesi membri. In particolare, sul divieto di discriminazione in ragione dell'attività sindacale vigila il Comitato OIL sulla libertà di associazione le cui decisioni sono periodicamente raccolte in un compendio ora disponibile online (ILO, 2018). Diversamente, non esiste un Comitato specifico per monitorare sulla corretta applicazione delle Convenzioni n. 100, 111 e 143. Pertanto, queste ultime, al pari di tutte le altre Convenzioni OIL, sono oggetto di controllo da parte del Comitato sull'applicazione degli standard e del Comitato di esperti sull'applicazione delle Convenzioni e delle Raccomandazioni.

Meritano infine di essere ricordate le numerose iniziative intraprese nell'ambito delle Nazioni Unite per contrastare le discriminazioni. In primo luogo, occorre osservare che la promozione del «rispetto e [del]l'osservanza universale dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali per tutti, senza distinzione di razza, sesso, lingua o religione» rientra tra i compiti fondamentali delle Nazioni Unite (art. 55 Carta delle Nazioni Unite del 1945). La Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948, dopo avere proclamato l'eguaglianza davanti alla legge, riconosce poi il «diritto ad una eguale tutela contro ogni discriminazione» e «contro qualsiasi incitamento a tale discriminazione» (art. 7). La Convenzione internazionale sui diritti civili e politici del 1966 proibisce inoltre «qualsiasi discriminazione e garantisce a tutte le persone una protezione uguale ed efficace contro la discriminazione per qualsiasi motivo, come razza, colore, sesso, lingua, religione, opinione politica o di altro tipo, origine nazionale o sociale, proprietà, nascita o altra condizione» (art. 26).

Il primo Trattato delle Nazioni Unite in materia di discriminazioni ha riguardato le discriminazioni basate sulla razza (Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale del 1965). Nel 1979 è stata poi approvata la Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione contro le donne. Nel 1989 è stata la volta della Convenzione sui diritti del fanciullo che protegge quest'ultimo contro ogni forma di discriminazione (art. 2). Ci sono voluti invece molti anni per arrivare alla Convenzione sui diritti delle persone con disabilità, approvata solo nel 2006. Altre Convenzioni ONU precisano poi che gli Stati membri devono garantire e rispettare i diritti ivi previsti «senza distinzione alcuna, come quella di sesso, di razza, di colore, di lingua, di religione o di convinzione, di opinione politica o di altro tipo, di origine nazionale, etnica o sociale, di nazionalità, di età, di posizione economica, di proprietà, di stato civile, di nascita o di altra condizione» (art. 7 della Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie, uno dei pochi Trattati delle Nazioni Unite non ratificato dal nostro paese; in senso analogo v. l'art. 2 co. 2 della Convenzione internazionale sui diritti economici, sociali e culturali e l'art. 2 co. 1 della Convenzione sui diritti del fanciullo).

Tutte le Convenzioni finora menzionate fanno parte dei c.d. *core international human rights instruments* per ognuno dei quali esiste un Comitato di esperti che monitora sul corretto ed effettivo recepimento da parte degli Stati membri.

Vanno infine ricordate la Dichiarazione sulla razza e il pregiudizio razziale del 1978, la Dichiarazione sull'eliminazione di ogni forma di intolleranza e di discriminazione basata sulla religione o le convinzioni personali del 1981, la Dichiarazione sui diritti delle persone appartenenti a minoranze nazionali o etniche, religiose e linguistiche del 1992, e la Dichiarazione sui diritti delle popolazioni indigene del 2007, testi non vincolanti ma che contengono importanti principi nella lotta contro le discriminazioni.

2.2. I principi di non discriminazione in ragione del genere.

La normativa antidiscriminatoria connessa al genere è disciplinata da una molteplicità di direttive Ue. Fin dalla loro origine, la Comunità economica europea prima e l'Unione europea poi hanno infatti legiferato sulla parità di trattamento tra lavoratori e lavoratrici, principio che, come già detto, doveva essere sottratto alla competizione tra le imprese all'interno del mercato unico. La dir. 2006/54 riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego ha riunito in un unico testo molte delle precedenti direttive. Al di fuori della dir. 2006/54 rimangono oggi la dir. 79/7 sulla parità di trattamento tra gli uomini e le donne in materia di sicurezza sociale, la dir. 2010/41 sulla parità di trattamento fra gli uomini e le donne che esercitano un'attività autonoma e la dir. 2004/113 sul principio della parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso e la fornitura a beni e servizi.

Al fine di rafforzare l'applicazione del principio di pari retribuzione tra donne e uomini, nel 2021 la Commissione ha presentato una proposta di direttiva (COM/2021/93) la quale, oltre a codificare l'orientamento della Corte di giustizia su numerose questioni (come la definizione di lavoratore – art. 2 – e di retribuzione – art. 3 co. 1 lett. a); le modalità di comparazione – art. 4 co. 4; l'ammontare del risarcimento del danno – art. 14), garantisce, a tutte le persone che lavorano, il diritto di ricevere informazioni sui criteri utilizzati per determinare i livelli retributivi e gli avanzamenti di carriera (artt. 6 e 7). Per contrastare le discriminazioni sistemiche, la proposta riconosce altresì diritti di informazione e di monitoraggio, oltre che il diritto di agire per conto o a sostegno dei lavoratori, sia alle organizzazioni sindacali sia ad appositi organismi pubblici.

Nel nostro ordinamento, la normativa antidiscriminatoria connessa al genere si trova, in gran parte, all'interno del d. lgs. 198/2006, c.d. codice delle pari opportunità tra uomo e donna. Dalla sua introduzione, il codice ha subito numerose modifiche, necessarie sia per recepire il diritto antidiscriminatorio dell'Unione, sia per ovviare alle procedure di infrazione attivate dalla Commissione europea a causa del mancato o inesatto recepimento di quest'ultimo.

Prima di soffermarci sull'ambito di applicazione dei principi di non discriminazione contenuti nel codice delle pari opportunità, occorre precisare che i principi in questione hanno natura bidirezionale (Izzi, 2005), si applicano cioè sia in caso di discriminazione delle donne rispetto agli uomini, sia nell'ipotesi opposta.

I principi di non discriminazione in base al genere riguardano inoltre i casi in cui una persona subisce un trattamento svantaggioso per il fatto di avere cambiato il proprio sesso (CGCE 30 aprile 1996, C-13/94, *P. v. S.*).

L'art. 27 co. 1 d. lgs. 198/2006 vieta qualsiasi discriminazione «per quanto riguarda l'accesso al lavoro, in forma subordinata, autonoma o in qualsiasi altra forma, compresi i criteri di selezione e le condizioni di assunzione, nonché la promozione, indipendentemente dalle modalità di assunzione e qualunque sia il settore o il ramo di attività, a tutti i livelli della gerarchia professionale, anche per quanto riguarda la creazione, la fornitura di attrezzature o l'ampliamento di un'impresa o l'avvio o l'ampliamento di ogni altra forma di attività autonoma». Con il co. 3, i divieti di discriminazione sono estesi «alle iniziative in materia di orientamento, formazione, perfezionamento, aggiornamento e riqualificazione professionale, inclusi i tirocini formativi e di orientamento». Il codice delle pari opportunità prosegue poi con specifiche disposizioni relative alle discriminazioni retributive (art. 28), alle discriminazioni nell'attribuzione delle qualifiche, delle mansioni e nella

progressione nella carriera (art. 29), nell'accesso alle prestazioni previdenziali (art. 30), nelle forme pensionistiche complementari (art. 30bis), nell'accesso agli impieghi pubblici (art. 31). Per tutte queste disposizioni, la tutela giudiziaria è disciplinata dagli artt. 36-41 *bis* del d. lgs. 198/2006.

L'art. 55 *ter* del d. lgs. 198/2006 vieta invece «ogni discriminazione diretta e indiretta fondata sul sesso nell'accesso a beni e servizi e loro fornitura» (co. 1). La disposizione si applica «a tutti i soggetti, pubblici e privati, fornitori di beni e servizi che sono a disposizione del pubblico e che sono offerti al di fuori dell'area della vita privata e familiare», con esclusione dell'impiego e dell'occupazione (anche nell'ambito del lavoro autonomo nella misura in cui sia applicabile una diversa disciplina), al contenuto dei mezzi di comunicazione e della pubblicità e all'istruzione pubblica e privata (art. 55 *ter* co. 2 e 3). Una specifica disposizione è poi dedicata alla parità di trattamento tra uomini e donne nei servizi assicurativi e finanziari (art. 55 *quater*). La tutela giudiziaria nei casi da ultimo ricordati è regolata dagli artt. 55 *quinquies* – 55 *septies* d. lgs. 198/2006.

Lo spezzettamento dei divieti di discriminazione ha comportato, in talune ipotesi, un non corretto recepimento del diritto dell'Unione. Non esiste, ad esempio, nel nostro ordinamento, un generale divieto di discriminazione in materia di sicurezza sociale, come prescritto dall'art. 4 dir. 79/7. L'art. 29 d. lgs. 198/2006 limita poi il divieto di discriminazione all'attribuzione delle qualifiche, delle mansioni e la progressione nella carriera, senza prendere in considerazione, in generale, l'occupazione e le condizioni di lavoro, come prescritto dall'art. 14 co. 1 lett. c) dir. 2006/54. Manca altresì un divieto di discriminazione di genere relativo all'affiliazione e all'attività di sindacati, associazioni datoriali o qualunque organizzazione i cui membri esercitano una particolare professione (art. 14 co. 1 lett. d) dir. 2006/54). Del pari, non pare correttamente recepita la dir. 2010/41 dato che, al di là del richiamo, all'art. 27 d. lgs. 198/2006, alla creazione di un'impresa o all'avvio di ogni altra forma di attività autonoma, non figura, nel nostro ordinamento, un generale divieto di non discriminazione per coloro che svolgono un lavoro autonomo o un'attività di impresa.

Queste lacune possono, certo, essere risolte facendo ricorso al generale principio di eguaglianza di genere di cui agli artt. 3 e 37 Cost. e agli artt. 21 e 23 Cdfue. L'art. 21 della Carta, in particolare, prescrive al giudice nazionale di disapplicare ogni disposizione di diritto interno non conforme al diritto dell'Unione, e riguarda anche i rapporti interpretati. Non è chiaro, tuttavia, se nei casi sopra menzionati possano essere applicate le disposizioni dirette a garantire una reale tutela giurisdizionale e ad applicare sanzioni e rimedi effettivi, proporzionati e dissuasivi, come richiesto dalla normativa eurounionale.

La frammentazione della normativa rende poi estremamente complessa la lotta alle discriminazioni che nella prassi si verificano. A tal fine basti pensare alla lavoratrice autonoma che se discriminata nell'accesso all'impiego dovrà agire in base degli artt. 36-41 del codice, mentre se subisce il recesso discriminatorio da parte del committente dovrà agire in base agli artt. 55 *quinquies* – 55 *septies*.

Per assistere le vittime, svolgere inchieste in materia di discriminazione e favorire lo scambio di informazioni, la dir. 2006/54 obbliga gli Stati membri a designare uno o più organismi di parità (art. 20). Nel nostro ordinamento, si è scelto di mantenere la rete delle consigliere provinciali e regionali di parità, coordinata dalla consigliera nazionale di parità (su cui v. gli artt. 12-20 d. lgs. 198/2006; per approfondimento v. GUARISO, MILITELLO 2019, 493).

Merita infine di essere ricordato che la normativa antidiscriminatoria in esame permette di

adottare misure «che presentano vantaggi specifici a favore del sesso sottorappresentato» (art. 23 Cdfue; v. anche art. 157 co. 4 T fue; art. 3 dir. 2006/54 e artt. 42 e ss. d. lgs. 198/2006). Si tratta di misure di regola volontarie che, al fine di porre rimedio a discriminazioni di carattere collettivo, prevedono un trattamento preferenziale per il sesso sottorappresentato (per approfondimenti v. ALESSI 2019).

La l. 162/2021 ha poi istituito, per i datori di lavoro che attuano politiche «per ridurre il divario di genere in relazione alle opportunità di crescita in azienda, alla parità salariale a parità di mansioni, alle politiche di gestione delle differenze di genere e alla tutela della maternità», una certificazione della parità di genere (art. 46 *bis* d. lgs. 198/2006) cui sono connesse misure premiali (art. 5 l. 162/2021).

2.3 I principi di non discriminazione in ragione della genitorialità.

I principi di non discriminazione in ragione del genere sono stati spesso impiegati contro i trattamenti svantaggiosi subiti dalle lavoratrici a causa della maternità. Da tempo, infatti, la Corte di giustizia ha riconosciuto che «qualsiasi trattamento sfavorevole nei confronti della donna in relazione alla gravidanza o alla maternità costituisce una discriminazione diretta fondata sul sesso» (considerando n. 23 dir. 2006/54 che codifica quanto sostenuto, tra le tante, da CGCE 4 ottobre 2001, C-438/99, *Melgar*) che, peraltro, per essere provata, non necessita di alcuna comparazione, giacché la gravidanza è una condizione che (ad oggi) riguarda solo le donne (CGCE 8 novembre 1990, C-177/88, *Dekker*; in senso analogo, v. CEDU 4 maggio 2021, *Jurčić c. Croazia*, n. 54711/15). L'orientamento della Corte di giustizia ha trovato un discreto seguito nelle corti interne le quali hanno, ad esempio, ritenuto discriminatorio la mancata proroga o il mancato rinnovo del contratto a termine (T Pesaro, decreto 7 gennaio 2020; CC 26 febbraio 2021, n. 5476) o del contratto di lavoro in somministrazione (T Roma, ord. 22 aprile 2021) in ragione della gravidanza della lavoratrice.

Nella dir. 2006/54 sono stati precisati alcuni diritti di lavoratrici e lavoratori al rientro del congedo di maternità (art. 15), di paternità e di adozione (art. 16). Analogamente, la dir. 2010/18 attuativa dell'accordo quadro riveduto in materia di congedo parentale riconosceva alcuni diritti ai lavoratori che fruiscono del congedo parentale e obbligava gli Stati membri ad adottare «le misure necessarie per proteggere i lavoratori da un trattamento meno favorevole o dal licenziamento causati dalla domanda o dall'esercizio del congedo parentale» (clausola 5 dell'accordo allegato alla direttiva). Quest'ultima direttiva è stata poi abrogata dalla dir. 2019/1158 sull'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza che, nell'ampliare le tipologie di congedo garantite dal diritto dell'Unione, prevedendo anche un congedo obbligatorio di paternità, utilizza la tecnica antidiscriminatoria per contrastare ogni trattamento svantaggioso causato dalla domanda o dalla fruizione di tali congedi o in caso di esercizio del diritto di chiedere orari di lavoro flessibili per motivi di assistenza (art. 11).

A fronte di tale normativa, il legislatore interno ha modificato l'art. 3 d. lgs. 151/2001, vietando qualsiasi trattamento sfavorevole «in ragione dello stato di gravidanza, nonché di maternità o paternità, anche adottive, ovvero in ragione della titolarità e dell'esercizio dei relativi diritti». Con lo stesso intervento legislativo, veniva poi introdotto un co. 2 *bis* all'art. 25 d. lgs. 198/2006 in cui si precisava che i suddetti trattamenti configuravano una discriminazione ai sensi del titolo I del codice delle pari opportunità tra uomo e donna. Su quest'ultimo comma è intervenuta la l. 162/2021 che, nel tentativo di allargare la lista dei fattori protetti, che fa ora riferimento, oltre

che a gravidanza, maternità e paternità, anche al sesso, all'età anagrafica e alle esigenze di cura personale o familiare, ha pasticciato il testo normativo. In primo luogo, non è chiaro perché si menzionino fattori – il sesso e l'età (peraltro solo anagrafica) – già protetti da altre disposizioni. In secondo luogo, si richiede che lo svantaggio sia rilevato rispetto «alla generalità degli altri lavoratori», ingabbiando così il giudizio di comparazione che non sempre serve a provare la discriminazione e non deve necessariamente svolgersi in relazione alla generalità dei lavoratori (v. § 3.1). In terzo luogo, vengono esemplificate tre fattispecie che non esauriscono lo spettro delle possibili discriminazioni.

Come abbiamo osservato, a fronte di testi legislativi di qualità scadente, l'interprete deve sforzarsi per tentare di garantire la coerenza e la sistematicità della normativa antidiscriminatoria. Peraltro, nel caso di specie, occorre altresì fornire un'interpretazione conforme al diritto dell'Unione, ciò che conduce, inevitabilmente, a superare le criticità sopra segnalate.

Ci si dovrebbe poi domandare se l'aver vietato le discriminazioni in ragione delle esigenze di cura familiare esaurisce l'insieme dei fattori protetti dalla dir. 2019/1158. In effetti, le esigenze di cura ricomprendono sia tutti i congedi garantiti dalla direttiva sia la richiesta di orari di lavoro flessibili per motivi di assistenza (sul punto v. CALAFÀ, 2022).

Va altresì ricordato che l'aver ricondotto le discriminazioni in ragione delle esigenze di cura all'ambito delle discriminazioni di genere, consente di applicare le disposizioni in materia di tutela processuale, sanzioni e rimedi dettate per queste ultime. Del pari, in caso di discriminazioni in ragione delle esigenze di cura, le consigliere di parità potranno agire o intervenire in giudizio ai sensi degli art. 36 e 37 d. lgs. 198/2006, come peraltro richiesto dall'art. 15 dir. 2019/1158. Ciò è particolarmente rilevante a fronte del crescente utilizzo del diritto antidiscriminatorio a causa degli enormi spazi che la normativa riconosce al potere datoriale di modificare la durata o la collocazione temporale della prestazione lavorativa.

Come ampiamente messo in luce in dottrina (si v. da ultimo i contributi di CALVELLINI, COPPOLA, CENTAMORE, MAFFEI in GAETA 2022), l'attuale normativa in materia di orario di lavoro non solo non garantisce ai lavoratori con responsabilità di cura un potere di modifica delle coordinate temporali della prestazione lavorativa (come peraltro sollecitato dall'art. 9 dir. 2019/1158), ma prevede ben pochi limiti al potere del datore di lavoro di modifica di tali tempi. Di conseguenza, si estendono gli spazi di intervento del diritto antidiscriminatorio mediante il quale si potrà sindacare, caso per caso, se la variazione temporale richiesta dal datore di lavoro ha prodotto effetti svantaggiosi per il lavoratore in ragione delle sue esigenze di cura (v. ad esempio T Firenze, decreto 22 ottobre 2019; T Ferrara, 25 marzo 2019, n. 14).

Un caso emblematico di quanto ora riportato è illustrato nel decreto del Tribunale di Bologna con cui la giudice ha dichiarato il carattere discriminatorio della scelta di adibire i lavoratori a due turni di lavoro che ne rendevano «estremamente difficoltosa – se non francamente impossibile - la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro e la fruizione degli istituti giuridici a ciò preposti» (decreto 31 dicembre 2021, n. 7559 su cui v. CURCIO, 2022; sul carattere discriminatorio della decisione di assegnare la lavoratrice madre a un turno incompatibile con le sue esigenze di cura v. anche T Pesaro, decreto 7 gennaio 2020, n. 14). Va peraltro ricordato che la pronuncia della giudice felsinea interviene dopo che l'ispettorato del lavoro aveva escluso l'esistenza di violazioni della normativa sul lavoro notturno e delle previsioni del CCNL sulle pause retribuite e che le organizzazioni sindacali avevano stipulato ben tre accordi per concordare i turni di lavoro. Su

quest'ultimo punto meritano di essere riportate le parole della giudice secondo cui, se accertata, la discriminazione «è vietata anche laddove abbia trovato l'avallo» delle organizzazioni sindacali.

2.4. I principi di non discriminazione in ragione dell'orientamento sessuale.

La dir. 2000/78 vieta ogni discriminazione in ragione dell'orientamento sessuale, nel settore pubblico e privato, per quanto riguarda le condizioni di accesso all'occupazione, al lavoro sia subordinato che autonomo e alla formazione professionale, l'occupazione e le condizioni di lavoro, l'affiliazione e l'attività in un'organizzazione sindacale o in un'associazione datoriale o professionale (art. 3). Esulano invece dal campo di applicazione della direttiva i «pagamenti di qualsiasi genere, effettuati dai regimi statali o da regimi assimilabili, ivi inclusi i regimi statali di sicurezza sociale o di protezione sociale» (art. 3 co. 2). Va tuttavia tenuto presente che, secondo il consolidato orientamento delle Corte di giustizia (CGCE 1 aprile 2008, C-267/06, *Maruko*, § 44), tutti i vantaggi pagati, direttamente o indirettamente, in contanti o in natura, dal datore di lavoro al lavoratore a motivo dell'impiego di quest'ultimo sono riconducibili alla nozione di retribuzione, e rientrano dunque nell'ambito di applicazione della direttiva.

La dir. 2000/78 è stata recepita dal d. lgs. 216/2003 il cui campo di applicazione, fino al 2021, ricalcava quanto prescritto dall'art. 3 della prima. A seguito della modifica apportata con l. 238/2021, il legislatore ha esteso l'applicazione dei divieti di discriminazione di cui al d. lgs. 216/2003 anche all'accesso all'alloggio e ai vantaggi sociali e fiscali, all'assistenza fornita dagli uffici di collocamento, all'iscrizione alle organizzazioni sindacali e all'eleggibilità negli organi di rappresentanza dei lavoratori (art. 3 co. 1). La modifica non è di poco conto, soprattutto in ragione dell'ampia nozione di vantaggi sociali e fiscali elaborata dalla Corte di giustizia in relazione alla parità di trattamento dei cittadini dell'Unione, di cui si dirà al § 2.5.

Le principali questioni che sono sorte, sia nell'ordinamento interno sia in quello eurounitario, relativamente al fattore in esame, riguardano la condizione giuridica delle coppie omosessuali. Sul punto va detto che la direttiva (considerando n. 22), così come il d. lgs. 216/2003 (art. 3 co. 2 lett. d), lasciano impregiudicate le disposizioni in materia di stato civile e le prestazioni che ne derivano. Tuttavia, a parere della Corte di giustizia, una disparità di trattamento fondata sullo *status* matrimoniale dei lavoratori «è pur sempre una discriminazione diretta in quanto, essendo il matrimonio riservato alle persone di sesso diverso, i lavoratori omosessuali sono impossibilitati a soddisfare la condizione necessaria per ottenere i benefici rivendicati» (CGUE 12 dicembre 2013, C-267/12, *Hay*, § 44). Dal canto suo, la CEDU ha affermato che le persone dello stesso sesso conviventi in stabile relazione di fatto sono titolari del diritto alla vita familiare di cui all'art. 8 Cedu (22 novembre 2010, *Schalk e Kopf c. Austria*, n. 30141/04, § 94).

Nel nostro ordinamento, la Corte costituzionale ha annoverato le coppie omosessuali tra formazioni sociali tutelate ai sensi dell'art. 2 Cost. e ha loro riconosciuto «il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia e di ottenerne il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri, dovendosi escludere che l'aspirazione a tale riconoscimento sia realizzabile solo attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio e spettando al Parlamento il compito di individuare le forme di garanzia e di riconoscimento delle suddette unioni» (sent. n. 170 del 2014). Tali coppie possono pertanto adire il giudice per rivendicare un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alle coppie coniugate «in specifiche situazioni» (CC 15 marzo 2012, n. 4184; la Cassazione ha tuttavia negato al partner superstite di una coppia omosessuale non legata in unione civile il diritto alla pensione di reversibilità: CC, ord. 16 febbraio

2022, n. 8241; CC, sez. lav., 7 aprile 2021, n. 24694).

Nella giurisprudenza più recente, i giudici hanno altresì valorizzato l'esigenza di proteggere lo *status* del minore nell'ambito delle coppie omosessuali; d'altro canto, nel nostro ordinamento, si è progressivamente riconosciuto «rilievo giuridico alla genitorialità sociale, ove non coincidente con quella biologica» (C. cost. 28 gennaio 2021, n. 32). Di conseguenza, i giudici di merito hanno riconosciuto il carattere discriminatorio della decisione dell'ente previdenziale di negare al secondo genitore il diritto ai congedi parentali e ai permessi per malattia del figlio (T Milano, ord. 12 novembre 2020, n. 28663 conf. da A Milano 17 marzo 2021, n. 453). Analogamente, la Corte di giustizia, richiamando il principio di non discriminazione del minore di cui alla Convenzione Onu sui diritti del fanciullo, cui si ispira l'art. 24 Cdfue, ha affermato che, nel caso di un minore cittadino dell'Unione il cui atto di nascita rilasciato dalle autorità competenti di uno Stato membro designi come suoi genitori due persone dello stesso sesso, ogni altro Stato membro è tenuto a riconoscere tale atto e a consentire al minore di esercitare, con ciascuno dei genitori, il proprio diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio dell'Unione (CGUE 14 dicembre 2021, C-490/20, *V.M.A.*, § 69).

Altro caso che merita di essere ricordato è *NH* in cui la Corte di giustizia ha affermato che «dichiarazioni pubbliche relative a una determinata politica di assunzioni» rientrano nell'ambito di applicazione della dir. 2000/78 anche quando provengono da una persona che, pur non essendo il datore di lavoro, «è, di fatto o in diritto, capace di esercitare un'influenza determinante» su tale politica (CGUE 23 aprile 2020, C-507/18, *NH*, § 44; sul punto v. anche CGUE 25 aprile 2013, C-81/12, *Asociația Accept*). L'espressione di opinioni omofobe nell'ambito di politiche di assunzioni configura, di per sé, una discriminazione, pur se non ha svantaggiato alcuno specifico candidato, in quanto è idonea a dissuadere le persone di un certo orientamento sessuale dal candidarsi a un posto di lavoro (§ 55; sul punto v. anche CC 21 luglio 2021, n. 20819). D'altro canto, la libertà di manifestare il proprio pensiero non è un diritto assoluto e non può spingersi a violare altri diritti fondamentali, quale il diritto a non subire discriminazioni in ragione dell'orientamento sessuale (CC 11 novembre 2020, n. 28646; in dottrina v. RIZZI 2020). La possibilità di impugnare una discriminazione collettiva anche quando non vi siano vittime identificabili presuppone, sul piano processuale, che «vi sia un soggetto diverso dalle singole vittime che possa agire in giudizio» (GUA-RISO, MILITELLO, 2019, 468; per approfondimenti v. § 3.1).

Infine, va ricordato che la dir. 2000/78 prevede, per tutti i fattori ivi contemplati (orientamento sessuale, religione, convinzioni personali, età, disabilità), la facoltà di mantenere o adottare «misure specifiche dirette a evitare o compensare svantaggi correlati» agli stessi (art. 7), facoltà di cui il legislatore interno non si è però avvalso.

2.5. I principi di non discriminazione in ragione della nazionalità.

Nell'esaminare i principi di non discriminazione in ragione della nazionalità, occorre distinguere tra i cittadini dell'Unione e i cittadini dei paesi terzi.

Ai primi (i.e. a coloro che hanno la cittadinanza di uno Stato membro e acquistano così anche la cittadinanza dell'Unione: art. 20 Tfue) si applicano gli artt. 18 e 45 Tfue. Abbiamo già detto (§ 2.1) che la prima disposizione prevede una base giuridica generale per adottare, secondo la procedura ordinaria (e cioè a maggioranza qualificata), regole volte a vietare le discriminazioni basate sulla nazionalità. L'art. 45 Tfue è invece una disposizione dotata di efficacia diretta orizzontale che impone di abolire «qualsiasi discriminazione, fondata sulla nazionalità, tra i lavoratori degli Stati

membri, per quanto riguarda l'impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro»; le uniche deroghe ammesse – da interpretare restrittivamente - concernono l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza e la sanità pubblica.

Il reg. 492/2011 precisa poi che il lavoratore cittadino di uno Stato membro non può ricevere sul territorio degli altri Stati membri, a motivo della propria cittadinanza, un trattamento diverso da quello dei lavoratori nazionali per quanto concerne le condizioni di impiego e di lavoro, la reintegrazione professionale o il ricollocamento (art. 7 co. 1), i vantaggi sociali e fiscali (art. 7 co. 2), l'insegnamento nelle scuole professionali (art. 7 co. 3), l'iscrizione alle organizzazioni sindacali e l'esercizio dei diritti sindacali (art. 8), e l'alloggio (art. 9). Al fine di favorire la circolazione dei lavoratori nel mercato interno, la Corte di giustizia ha fornito un'interpretazione assai ampia di vantaggio sociale, includendovi ogni vantaggio, connesso o meno al contratto di lavoro, attribuito ai lavoratori nazionali, «in ragione principalmente del loro *status* di lavoratori o del semplice fatto della loro residenza nel territorio nazionale» (CGUE 18 dicembre 2019, C-447/18, *UB*, § 47).

Ai lavoratori autonomi si applicano invece i principi di non discriminazione sanciti dall'art. 49 Tfe sulla libertà di stabilimento e dall'art. 56 Tfe sulla libera prestazione di servizi, anch'esse disposizioni dotate di efficacia diretta orizzontale.

La parità di trattamento con riguardo alle prestazioni e agli obblighi derivanti dai sistemi nazionali di sicurezza sociale è garantita, ai cittadini dell'Unione che svolgono un'attività subordinata e autonoma e ai loro familiari, dall'art. 4 del reg. 883/2004. Il regolamento si applica a tutti i settori di sicurezza sociale, generali e speciali, contributivi o non contributivi, indicati all'art. 3 co. 1 (malattia, maternità, invalidità, vecchiaia, superstiti, infortunio e malattie professionali, assegni in caso di morte, disoccupazione, pensionamento anticipato, prestazioni familiari). Sono escluse le sole prestazioni riconducibili all'assistenza sociale e medica e a favore delle vittime di guerra. Anche in questo caso, per favorire la circolazione dei lavoratori, la Corte di giustizia ha fornito un'interpretazione restrittiva delle deroghe, facendo rientrare nei regimi di assistenza sociale le sole prestazioni che, indipendentemente dalle modalità di finanziamento, sono erogate non in forza di requisiti oggettivi predeterminati, ma in virtù di una «valutazione individuale e discrezionale delle necessità del richiedente» (CGUE 25 novembre 2020, C-302/19, *WS*, § 40; CGUE 15 luglio 2021, C-535/19, *A*, §§ 29 e 37).

Ai cittadini dell'Unione si applica poi l'art. 24 dir. 2004/38 il quale, dopo avere fissato un generale principio di non discriminazione in ragione della nazionalità, autorizza gli Stati membri a negare loro il diritto a prestazioni d'assistenza sociale durante i primi tre mesi di soggiorno o durante il più lungo periodo in cui il cittadino è autorizzato a soggiornare nel paese ospite, pur non lavorando. Del pari, prima dell'acquisizione del diritto di soggiorno permanente, gli Stati membri non sono tenuti a concedere ai cittadini economicamente inattivi gli aiuti di mantenimento agli studi (art. 24 co. 2).

L'art. 24 dir. 2004/38 è stato oggetto di un animato contenzioso davanti alla Corte di giustizia e di importanti iniziative di taluni Stati membri preoccupati dei maggiori costi a carico dei sistemi nazionali di sicurezza sociale che i cittadini migranti economicamente inattivi avrebbero potuto generare (la preoccupazione ora ricordata è stata uno dei principali motivi che ha indotto la maggioranza dei britannici a votare a favore della Brexit). Allo stato attuale e in attesa delle modifiche al reg. 883/2004, in cui probabilmente verrà inserita un'apposita disposizione per codificare l'orientamento della Corte di giustizia, quest'ultima ha negato l'applicazione del principio di parità

di trattamento con riferimento alle prestazioni sociali, durante i primi tre mesi o il più lungo periodo in cui lo straniero può mantenere il diritto al soggiorno, pur non lavorando (CGUE 15 settembre 2015, C-67/14, *Alimanovic*). Di recente, i giudici del Lussemburgo hanno altresì affermato che, durante tale periodo, il cittadino dell'Unione economicamente inattivo «non può avvalersi del diritto alla parità di trattamento per chiedere un accesso gratuito al sistema pubblico di assicurazione malattia» dello Stato ospitante; invero, affinché non diventi «un onere irragionevole per le finanze pubbliche di detto Stato», tale cittadino deve disporre di un'assicurazione malattia privata che consenta il rimborso delle spese sanitarie sostenute da quest'ultimo a suo favore (CGUE 15 luglio 2021, C-535/19, A, § 59).

Il nostro paese non si è avvalso delle deroghe di cui all'art. 24 co. 2 dir. 2004/38. Di conseguenza, non esiste una disposizione generale che esclude dalle prestazioni di assistenza sociale i cittadini dell'Unione economicamente inattivi. Va tuttavia precisato che, per accertare se effettivamente il cittadino dell'Unione ha diritto a una prestazione, occorre verificare, caso per caso, in ciascuna normativa specifica, la scelta operata dal legislatore.

Passando ora ai cittadini di paesi terzi, va detto che sia l'art. 21 Cdfue che l'art. 18 Tfue vietano, in generale, le discriminazioni basate sulla nazionalità. Entrambe le disposizioni si applicano tuttavia «nel campo di applicazione dei Trattati» e fanno salve le disposizioni particolari dagli stessi previste (sul punto v. Rossi 2020). Ciò significa che il generale principio di non discriminazione in base alla nazionalità può trovare applicazione solo se e nella misura in cui l'Unione è competente a regolare una certa materia, e fatte salve le disposizioni specifiche previste nei Trattati. Anche in questa ipotesi si tratta dunque di ricostruire l'ancora più frammentato insieme dei principi di non discriminazione applicabili ai cittadini di paesi terzi.

A tal fine, conviene partire dalla sicurezza sociale, ambito in cui il legislatore eurounitario ha opportunamente esteso il reg. 883/2004 (e il relativo regolamento di attuazione, il reg. 987/2009) ai cittadini di paesi terzi e ai loro familiari che risiedono legalmente nel territorio di uno Stato membro e si trovano «in una situazione che non sia confinata, in tutti i suoi aspetti, all'interno di un solo Stato» (art. 1 reg. 1231/2010). Quest'ultima precisazione limita di molto l'ambito di applicazione del regolamento da ultimo ricordato. Infatti, solo nel caso di distacco transnazionale (di cui diremo a breve) il permesso di soggiorno rilasciato da uno Stato dell'Unione deve essere riconosciuto dagli altri paesi membri; in tutte le altre ipotesi, per spostarsi da uno Stato all'altro, il cittadino originario di un paese terzo deve ottenere un permesso di soggiorno nel paese di destinazione, circostanza che ostacola, di non poco, la sua mobilità.

I principi di non discriminazione sono altresì disseminati nelle tante direttive che disciplinano le varie fattispecie di permesso di soggiorno. In tale ambito, merita di essere ricordata, in primo luogo, la dir. 2011/98 sul permesso unico di soggiorno la quale riconosce ai lavoratori dei paesi terzi il diritto allo stesso trattamento riservato ai cittadini dello Stato membro in cui soggiornano per quanto concerne: le condizioni di lavoro, tra cui la retribuzione e il licenziamento nonché la salute e la sicurezza sul luogo di lavoro; la libertà di associazione; l'istruzione e la formazione professionale; il riconoscimento di diplomi, certificati e altre qualifiche professionali; i settori della sicurezza sociale definiti nell'art. 3 del reg. 883/2004; le agevolazioni fiscali; l'accesso e l'erogazione di beni e servizi a disposizione del pubblico; i servizi di consulenza forniti dai centri per l'impiego (art. 14). Il co. 2 dell'art. 14 ammette poi una serie di deroghe (tra cui merita di essere ricordata quella relativa alle prestazioni di sicurezza sociale per i coloro che hanno svolto un'attività lavorativa per un periodo inferiore a 6 mesi) di cui il nostro legislatore, fino al 2021, non si è

avvalso. A parere della Corte di giustizia, le deroghe al principio di non discriminazione devono essere interpretate restrittivamente e possono «essere invocate solo qualora gli organi competenti nello Stato membro interessato per l'attuazione di tale direttiva abbiano chiaramente espresso l'intenzione di avvalersi delle stesse» (CGUE 25 novembre 2020, C-302/19, *WS*, § 26).

La parità di trattamento viene altresì riconosciuta agli stranieri titolari del permesso di soggiorno di lungo periodo per quanto riguarda: l'accesso e l'esercizio di un'attività lavorativa subordinata o autonoma; l'istruzione e la formazione professionale; il riconoscimento di diplomi e altri titoli professionali; le prestazioni sociali, l'assistenza sociale e la protezione sociale; le agevolazioni fiscali; l'accesso e l'erogazione di beni e servizi; la libertà d'associazione, adesione e partecipazione a organizzazioni di lavoratori o datori di lavoro o a qualunque organizzazione professionale di categoria (art. 11 dir. 2003/109). Anche nel caso di specie, si prevedono eccezioni (art. 11 co. 2-4) di cui il legislatore interno non si è avvalso (art. 9 TUI).

Le direttive in esame sono all'origine di un copioso contenzioso finalizzato a «dare effettività ai diritti di coloro che (ed è il caso delle persone migranti) non hanno potere sociale e politico, perché sono, in maniera maggiore o minore, esclusi dalle dinamiche decisorie del processo politico» (Rizzi, *Ancora*, 2021, 2). A tal fine, preme ricordare che il nostro paese ha recepito la dir. 2011/98 con il d.lgs. 40/2014, ma non ha trasposto l'art. 12, omettendo così di garantire la parità di trattamento ivi prevista. Il principio di non discriminazione di cui all'art. 11 dir. 2003/109 è invece stato trasposto nell'art. 9 co. 12 TUI, ma non sempre è stato rispettato nella disciplina relativa a specifiche prestazioni sociali.

In virtù dell'efficacia diretta dei principi di non discriminazione, molti giudici ordinari hanno disapplicato le norme nazionali che negavano determinate prestazioni sociali agli stranieri titolari di permesso unico o di permesso di lunga durata e hanno, di conseguenza, condannato l'amministrazione alla corresponsione delle stesse (CC 7 novembre 2019, n. 28745; T Trieste, ord. 30 aprile 2021). La questione è divenuta poi oggetto di doppia pregiudizialità (su cui v. § 1.2), visto che sia la Corte di giustizia, sia la Corte costituzionale sono state chiamate a esprimersi sul punto. La prima ha costantemente ribadito l'efficacia diretta (verticale) dell'art. 12 dir. 2011/98 e dell'art. 11 dir. 2003/109, e ha dunque invitato i giudici nazionali a disapplicare le disposizioni interne che negano le prestazioni che rientrano nell'ambito della sicurezza sociale ai sensi dell'art. 3 reg. 883/2004 agli stranieri titolari di permesso unico o di permesso di lunga durata (CGUE 21 giugno 2017, C-449/16, *Martinez* in tema di assegno famiglie numerose; CGUE 25 novembre 2020, C-302/19, *WS* e 25 novembre 2020, C-303/19, *VR* sull'assegno per il nucleo familiare; CGUE 2 settembre 2021, C-350/20, *O.D. e altri* sugli assegni di natalità e di maternità; CGUE 28 ottobre 2021, C-462/20, *Asgi e altri* sulla carta della famiglia). In particolare, i giudici di Lussemburgo hanno sottolineato che il principio di non discriminazione di cui alla dir. 2011/86 mira a «favorire l'integrazione dei cittadini di paesi terzi», «a creare condizioni uniformi minime nell'Unione, a riconoscere che i cittadini di paesi terzi contribuiscono all'economia dell'Unione con il loro lavoro e i loro versamenti di imposte e a fungere da garanzia per ridurre la concorrenza sleale tra i cittadini di uno Stato membro e i cittadini di paesi terzi derivante dall'eventuale sfruttamento di questi ultimi» (CGUE 25 novembre 2020, C-302/19, *WS*, § 34).

Dal canto suo, la Corte costituzionale ha riconosciuto che esiste «un rapporto di mutua implicazione e di feconda integrazione» tra i divieti di discriminazione prescritti dal diritto dell'Unione e i diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione nazionale (ordinanza n. 182 del 2020, punto 3.2. del considerato in diritto), e che è suo compito «assicurare una tutela sistemica, e non frazionata,

dei diritti presidiati dalla Costituzione, anche in sinergia con la Carta di Nizza, e di valutare il bilanciamento attuato dal legislatore, in una prospettiva di massima espansione delle garanzie» (C. cost. 4 marzo 2022, n. 54, punto 10 del considerato in diritto). Di conseguenza, pur riconoscendo al legislatore «il compito di individuare i beneficiari delle prestazioni sociali, tenendo conto del limite delle risorse disponibili», la Corte costituzionale è intervenuta per valutare la ragionevolezza dei requisiti selettivi per l'accesso a tali prestazioni (C. cost. 4 marzo 2022, n. 54 che ha ritenuto incostituzionale la disciplina dell'assegno di natalità e dell'assegno di maternità in quanto riconosceva tali benefici solo ai titolari di permesso di soggiorno di lunga durata). Il giudice delle leggi ha altresì ribadito che, nella prospettiva del primato del diritto dell'Unione, deve riconoscersi l'efficacia diretta degli obblighi di parità di trattamento di cui alle direttive in esame, invitando così i giudici interni a disapplicare le disposizioni non conformi: si tratta infatti – prosegue la Corte - di obblighi «cui corrisponde il diritto del cittadino di paese terzo – rispettivamente titolare di permesso di lungo soggiorno e titolare di un permesso unico di soggiorno e di lavoro – a ricevere le prestazioni sociali alle stesse condizioni previste per i cittadini dello Stato membro» (C. cost. 11 marzo 2022, n. 67 punto 12 che ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata in merito alla disciplina dell'assegno per il nucleo familiare).

Al fine di porre termine alla procedura di infrazione aperta a causa dal non corretto recepimento della dir. 2011/98 e all'ampio contenzioso ora ricordato, la l. 238/2021 (c.d. legge europea per il 2019-2020) ha infine modificato l'art. 41 TUI, riconoscendo la parità di trattamento con riguardo alle prestazioni di assistenza sociale a favore degli stranieri titolari di permesso di soggiorno di lungo periodo o di permesso di soggiorno di durata non inferiore a un anno, diverso da quelli di cui ai co. 1 *bis* e 1 *ter* del medesimo articolo. Il primo dei due commi ora ricordati riconosce il diritto alla parità di trattamento con riguardo alle prestazioni che rientrano nel campo di applicazione del reg. 883/2004, ai titolari di permesso unico di lavoro e ai titolari di permesso di soggiorno per motivi di studio che svolgono un'attività lavorativa o che l'hanno svolta per un periodo non inferiore a sei mesi e hanno dichiarato la loro immediata disponibilità allo svolgimento di un lavoro (avvalendosi così della deroga di cui all'art. 12 co. 2 dir. 2011/98), nonché ai titolari di permesso di soggiorno per motivi di ricerca. Il co. 1 *ter* garantisce invece il diritto alla parità di trattamento con riguardo alle prestazioni familiari di cui al reg. 883/2004 ai soli titolari di permesso unico di lavoro autorizzati a svolgere un'attività lavorativa per un periodo superiore a sei mesi, nonché agli stranieri titolari di permesso di soggiorno per motivi di ricerca autorizzati a soggiornare in Italia per un periodo superiore a sei mesi.

La modifica dell'art. 41 TUI, che abroga implicitamente l'art. 80 l. 388/2000 il cui testo è incompatibile con la nuova disciplina, crea non pochi problemi. L'accesso alle prestazioni sociali segue infatti tre differenti regole e varia dunque in ragione del tipo e della durata del permesso di soggiorno di cui lo straniero è titolare, con profili di irragionevolezza ben evidenziati dalla dottrina (GUARISO 2022).

La dir. 2014/36 sulle condizioni di ingresso e di soggiorno dei cittadini di paesi terzi per motivi di impiego in qualità di lavoratori stagionali riconosce agli stessi il «diritto alla parità di trattamento rispetto ai cittadini dello Stato membro ospitante almeno per quanto concerne»: le condizioni di impiego e di lavoro; il diritto di sciopero e di intraprendere azioni sindacali; i settori della sicurezza sociale elencati all'articolo 3 del reg. 883/2004; l'accesso e l'erogazione di beni e servizi; l'istruzione e la formazione professionale; il riconoscimento dei diplomi; le agevolazioni fiscali (art. 23).

Il co. 2 dell'art. 23 prevede poi delle deroghe di cui il nostro legislatore si è avvalso per negare ai lavoratori stagionali il diritto alle prestazioni familiari e di disoccupazione (art. 25 TUI).

Analoghe disposizioni in materia di parità di trattamento sono contenute nella dir. 2016/801 sulle condizioni di ingresso e soggiorno dei cittadini di paesi terzi per motivi di ricerca, studio, tirocinio, volontariato, programmi di scambio di alunni o progetti educativi, e collocamento alla pari (art. 22) e nella dir. 2021/1883 sulle condizioni di ingresso e soggiorno dei cittadini di paesi terzi che intendano svolgere lavori altamente qualificati (c.d. carta blu) (art. 16). La prima disposizione non è stata espressamente trasposta nel nostro ordinamento. Diversamente, la seconda trova attuazione nell'art. 27 *quater* co. 15 TUI. Va tuttavia osservato che entrambi i principi di parità di trattamento contenuti nella dir. 2016/801 e nella dir. 2021/1883 sono disposizioni sufficienti chiare e precise e sono dotate, dunque, di efficacia diretta verticale.

Regole sulla parità di trattamento, in materia, ad esempio, di condizioni di lavoro (art. 26) e assistenza sociale (art. 29) e sanitaria (art. 30), sono contenute nella dir. 2011/95 sulla protezione internazionale.

La dir. 2003/86 sul diritto al ricongiungimento familiare riconosce infine ai familiari del cittadino di un paese terzo legalmente soggiornante in uno Stato membro il diritto all'accesso all'istruzione, a un'attività lavorativa subordinata o autonoma, all'orientamento e alla formazione professionale (art. 14). Anche in questo caso, la direttiva prevede deroghe (tra cui, la possibilità di limitare l'accesso al lavoro per 12 mesi) di cui il legislatore interno non si è avvalso.

Un discorso a parte meritano infine il distacco transfrontaliero e i trasferimenti infrasocietari, regolati rispettivamente dalla dir. 96/71 (modificata dalla dir. 2018/957) e dalla dir. 2014/66. La prima direttiva, che si applica sia ai cittadini dell'Unione che ai cittadini di paesi terzi, non prevede espressamente un principio di parità di trattamento, ma impone l'applicazione della legge dello Stato di distacco per una serie di materie indicate nell'art. 3 dir. 1996/71, recepito dal d. lgs. 136/2016. La seconda direttiva, che si applica invece ai soli cittadini di paesi terzi, garantisce il diritto alla parità di trattamento per una serie di materie indicate all'art. 18 co. 2. Nel recepire tale disposizione (art. 27 *quinquies* co. 12 TUI), il legislatore interno ha ommesso di annoverare il riconoscimento dei diplomi e i settori della sicurezza sociale di cui all'art. 3 reg. 883/2004 tra le materie cui si applica la parità di trattamento. Anche in questa ipotesi, si potrebbe rimediare alla lacuna invocando l'efficacia diretta verticale dei principi di non discriminazione.

Accanto a questo insieme di disposizioni di diritto dell'Unione disordinatamente recepite dal legislatore interno, permangono, nel nostro ordinamento, talune disposizioni di carattere generale che, tuttavia, per il principio di specialità, soccombono di fronte alle prime. Tra queste merita di essere ricordato l'art. 2 TUI secondo cui lo straniero regolarmente soggiornante deve beneficiare di pari trattamento rispetto ai cittadini italiani. Per mettere fine alla procedura di infrazione aperta dalla Commissione europea a fronte del mancato recepimento della dir. 2014/54 sulle misure intese ad agevolare l'esercizio dei diritti conferiti ai lavoratori nel quadro della libera circolazione dei lavoratori, la l. 238/2021 (legge europea 2019-2020) ha poi modificato il d. lgs. 216/2003, aggiungendo la nazionalità tra i fattori ivi protetti. Dal tenore letterale dell'art. 3 co. 1 in cui viene aggiunto il fattore nazionalità senza specificazioni, deve dedursi che quest'ultimo si applica sia ai cittadini dell'Unione che ai cittadini di paesi terzi. Nel contempo, il legislatore ha allargato il campo di applicazione dei divieti di discriminazione di cui al d. lgs. 216/2003, nel senso già indicato al § 2.4.

La l. 238/2021 ha altresì assegnato all'UNAR (Ufficio nazionale antidiscriminazioni razziali, di cui si dirà al § 2.6) «il compito di svolgere, in modo autonomo e imparziale, attività di promozione della parità e di rimozione di qualsiasi forma di discriminazione nei confronti dei lavoratori che esercitano il diritto alla libera circolazione all'interno dell'Unione europea» (art. 5 *bis* d. lgs. 216/2003). L'UNAR non si occupa dunque di ogni forma di discriminazione nei confronti degli stranieri ma solo delle discriminazioni subite da (o che potrebbero subire) i lavoratori migranti. Tuttavia, al co. 2 dell'articolo in esame, nell'illustrare alcuni dei compiti che dovrà svolgere l'UNAR, si menzionano i soli lavoratori dell'Unione europea. L'ambito di azione dell'UNAR sembra perciò restringersi ulteriormente.

Va infine ricordato che sono illegittime (perché direttamente discriminatorie) tutte quelle disposizioni che prevedono requisiti di residenza per i soli cittadini stranieri, mentre si discute se sia o meno ragionevole subordinare l'erogazione di talune prestazioni sociali alla permanenza “non episodica” del beneficiario sul territorio o a una certa durata del permesso di soggiorno. Con la sent. n. 44 del 9 marzo 2020 la Corte costituzionale ha ritenuto irragionevole il requisito della residenza protratta per un predeterminato e significativo periodo minimo di tempo in quanto non vi è alcuna ragionevole correlazione tra la durata prolungata della residenza e le situazioni di bisogno o di disagio che connotano la domanda di accesso al sistema di protezione sociale (v. anche T Torino, ord. 21 giugno 2021). Di conseguenza, «qualsiasi valutazione del radicamento territoriale (quand'anche fosse ammissibile) deve essere sempre subordinata al criterio del bisogno, sul quale deve essere parametrato qualsiasi intervento di welfare» (GUARISO 2021, 20). Il requisito della residenza decennale è però stato ritenuto legittimo per l'accesso sia all'assegno sociale (C. cost. 15 marzo 2019, n. 50) che al reddito di cittadinanza (C. cost. 25 gennaio 2022, n. 19; v. anche C. cost. 17 febbraio 2022, n. 34 sul reddito di inclusione).

2.6. I principi di non discriminazione in ragione della razza e all'origine etnica.

La dir. 2000/43 vieta ogni discriminazione in ragione della razza e all'origine etnica per quanto attiene alle condizioni di accesso al lavoro subordinato o autonomo, alla formazione professionale, all'occupazione e alle condizioni di lavoro, all'affiliazione e all'attività in un'organizzazione sindacale o in un'associazione datoriale, alla protezione sociale (che include la sicurezza sociale e l'assistenza sanitaria), alle prestazioni sociali, all'istruzione e all'accesso e alla fornitura di beni e servizi (art. 3; sul punto v. la Relazione della Commissione sull'applicazione della direttiva 2000/43 e della direttiva 2000/78 (COM/2021/139, p. 21). Il co. 2 dell'art. 3 specifica poi che la direttiva «non riguarda le differenze di trattamento basate sulla nazionalità e non pregiudica le disposizioni e le condizioni relative all'ingresso e alla residenza di cittadini di paesi terzi e di apolidi nel territorio degli Stati membri», disposizione che prova, in modo evidente, la volontà degli Stati membri di mantenere il controllo sulle regole di emissione dei permessi di soggiorno, e dunque sui flussi migratori in entrata.

Le disposizioni ora ricordate, inclusa la precisazione relativa alle discriminazioni basate sulla nazionalità, sono state sostanzialmente riprodotte dal d. lgs. 215/2003. Come già osservato, questo decreto è stato approvato senza tenere in adeguata considerazione il fatto che, nell'art. 43 TUI, già si vietavano le discriminazioni basate «sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica, le convinzioni e le pratiche religiose».

In *Chez*, la Corte di giustizia ha specificato che la nozione di origine etnica deriva dall'idea che i gruppi sociali siano caratterizzati «da una comunanza di nazionalità, fede religiosa, lingua, origine

culturale e tradizionale e ambiente di vita» (CGUE 16 luglio 2015, C-83/14, § 46). I criteri ora elencati sono meramente esemplificativi. Di conseguenza, il paese di nascita di una persona è «uno dei fattori specifici che consentono di concludere che una persona appartiene ad un gruppo etnico» ma non è, «sotto tale profilo, in alcun modo determinante» (CGUE 6 aprile 2017, C-668/15, *Jyske Finans*, § 18). I giudici del Lussemburgo hanno altresì ricordato che la Convenzione Onu sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale include fra queste ultime anche la discriminazione fondata sull'origine etnica (CGUE 16 luglio 2015, C-83/14, *Chez*, § 73; in senso analogo v. CEDU 22 dicembre 2009, *Sejdić e Finci c. Bosnia Erzegovina*, nn. 27996/06 e 34836/06, § 43).

Diversamente, la Corte di giustizia non ha ancora chiarito cosa si intenda per razza su cui invece si è espressa la CEDU secondo cui «la nozione di razza è radicata nell'idea di classificazione biologica degli esseri umani in sottospecie sulla base di caratteristiche morfologiche come il colore della pelle o le caratteristiche del viso», idea che la Convenzione europea dei diritti dell'uomo rifiuta, pur combattendo ogni forma di discriminazione che deriva da tale idea (CEDU 22 dicembre 2009, *Sejdić e Finci c. Bosnia Erzegovina*, nn. 27996/06 e 34836/06, § 43; si v. anche il considerando n. 6 della dir. 2000/43 secondo cui l'Unione «respinge le teorie che tentano di dimostrare l'esistenza di razze umane distinte» e l'art. 4 della Convenzione Onu secondo cui «States Parties condemn all propaganda and all organizations which are based on ideas or theories of superiority of one race or group of persons of one colour or ethnic origin»).

In *Chez*, la Corte di giustizia ha altresì chiarito che, laddove una condotta svantaggiosa sia fondata (anche, ma non solo) su stereotipi o pregiudizi connessi al fattore protetto, siamo di fronte a una discriminazione diretta (CGUE 16 luglio 2015, C-83/14, § 82). Del pari, i giudici hanno precisato che la nozione di particolare svantaggio, ai sensi dell'art. 2 co. 2 dir. 2000/43, «non designa casi rilevanti, evidenti o gravi di disegualianza, ma significa che sono in particolare le persone di una determinata razza od origine etnica che si trovano svantaggiate a causa della disposizione, del criterio o della prassi di cui trattasi» (CGUE 16 luglio 2015, C-83/14, *Chez*, § 109).

Anche per le discriminazioni in esame, il diritto dell'Unione richiede la costituzione di uno o più organismi per la promozione della parità di trattamento (art. 13 dir. 2000/43; sul punto v. Commission Staff Working Document, *Equality bodies and the implementation of the Commission Recommendation on standards for equality bodies*, SWD(2021)63). Nel nostro ordinamento, tale ruolo è assunto dall'UNAR (Ufficio per la promozione della parità di trattamento e la rimozione delle discriminazioni fondate sulla razza e l'origine etnica), costituito presso il Dipartimento per le pari opportunità della Presidenza del Consiglio dei Ministri (per approfondimenti GUARISO, MITTELLO, 2019, p. 497).

La dir. 2000/43 prevede altresì la facoltà di mantenere o adottare «misure specifiche dirette a evitare o compensare svantaggi connessi con una determinata razza o origine etnica» (art. 5), di cui il legislatore interno non si è però avvalso.

2.7. I principi di non discriminazione in ragione della religione.

Il divieto di discriminazione in ragione della religione è disciplinato dalla dir. 2000/78, recepita dal d. lgs. 216/2003, del cui ambito di applicazione si è già parlato al § 2.4. Il divieto in questione è multidirezionale in quanto si applica a ogni persona o gruppo che pratica una certa religione, oltre che a atei, agnostici, scettici o indifferenti (sul punto v. anche CEDU 1 luglio 2014, *S.A.S. c. Francia*, n. 43835/11, § 124).

Nell'interpretare il divieto in questione, la Corte di giustizia ha costantemente fatto riferimento alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo il cui art. 9, al pari dell'art. 10 Cdfue, riconosce a ogni persona la libertà di pensiero, di coscienza e di religione che include anche la libertà di manifestare la propria religione, individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti (*Achibita*, § 26; CGUE 14 marzo 2017, C-188/15, *Bouagnaoui*, § 28; CGUE 15 luglio 2021, cause riunite C-804/18 e C-341/19, *Wabe*, § 81). La libertà in questione costituisce «uno dei fondamenti di una "società democratica"» e contribuisce al pluralismo «consustanziale a una tale società» (CEDU 15 febbraio 2001, *Dahlab c. Svizzera* richiamata da *Wabe* § 48).

Al pari della Corte europea dei diritti dell'uomo, la Corte di giustizia ha attribuito alla nozione di religione un'accezione ampia che «comprende sia il *forum internum*, ossia il fatto di avere convinzioni, sia il *forum externum*, ossia la manifestazione pubblica della fede religiosa» (*Achibita*, § 28; *Bouagnaoui*, § 30).

Numerosi casi relativi al fattore religione sollevati di fronte alla Corte di giustizia attengono alla c.d. neutralità dell'impresa, ossia alla possibilità, per l'impresa, di praticare politiche dirette a vietare l'esposizione di ogni forma di simbolo religioso (sul punto v. diffusamente RANIERI 2017). A parere dei giudici del Lussemburgo, divieti di questo tipo non configurano una discriminazione diretta giacché trattano in maniera identica tutti i dipendenti dell'impresa, imponendo loro, «in maniera generale e indiscriminata», una neutralità di abbigliamento (*Achibita*, § 30; *Wabe*, § 52; la questione è trattata al § 3.1).

A parere dei giudici del Lussemburgo, le politiche di neutralità dell'impresa configurano una disparità di trattamento indirettamente fondata sulla religione e, come tali, possono essere giustificate da una finalità legittima (quale la volontà di mostrare, nei rapporti con gli utenti, una politica di neutralità politica, filosofica o religiosa che rientra nell'ambito della libertà di impresa di cui all'art. 16 Cdfue), qualora i mezzi impiegati per perseguire tale obiettivo siano appropriati e necessari (*Achibita*, § 37; *Wabe*, § 63). Su quest'ultimo punto, la Corte di giustizia, in *Wabe* (§ 70), ha rivisto, in senso restrittivo, la propria precedente interpretazione, imponendo al datore di lavoro di provare che: la politica di neutralità corrisponde a un'esigenza reale del datore di lavoro che, in assenza della stessa, subirebbe conseguenze sfavorevoli; tale politica è perseguita «in modo coerente e sistematico»; il divieto di indossare segni religiosi sia limitato «allo stretto necessario tenuto conto della portata e della gravità effettive delle conseguenze sfavorevoli che il datore di lavoro intende evitare mediante un divieto siffatto».

2.8 I principi di non discriminazione in ragione dell'età.

I divieti di discriminazione in ragione dell'età sono disciplinati dalla dir. 2000/78, recepita dal d. lgs. 216/2003, del cui ambito di applicazione si è già parlato al § 4. I divieti in questione sono multidirezionali, possono cioè essere individuati una pluralità di persone o gruppi tutelati dalla normativa antidiscriminatoria. Vi è addirittura chi, in relazione al fattore età, ha parlato di «criterio fluido», che rappresenta un «elemento in una sequenza». (BONARDI 2007).

Il fattore età è stato il primo per cui la Corte di giustizia ha ritenuto che il relativo divieto fosse espressione del principio generale di non discriminazione, annoverabile tra i principi generali di diritto dell'Unione (*Mangold*). Il fattore in esame è tuttavia il solo per cui è possibile giustificare anche le differenze di trattamento direttamente fondate sull'età che perseguono una finalità legittima, tra cui sono ricompresi anche «giustificati obiettivi di politica del lavoro, di mercato del

lavoro e di formazione professionale», qualora i mezzi per il conseguimento di tale finalità siano appropriati e necessari (art. 6 dir. 2000/78; art. 3 co. 4 *bis* d. lgs. 216/2003). Di conseguenza, la Corte di giustizia ha riconosciuto agli Stati membri «un ampio margine di discrezionalità non solo nella scelta di perseguire uno scopo determinato fra altri in materia di politica sociale e di occupazione, ma altresì nella definizione delle misure atte a realizzarlo» (CGUE 19 luglio 2017, C-143/16, *Abercrombie & Fitch*, § 31). In tal modo, le maglie del giudizio di proporzionalità sono state allargate a dismisura, giungendo, di fatto, a giustificare ogni politica diretta a promuovere una qualsiasi forma di occupazione, pur se precaria (CGUE 19 luglio 2017, C-143/16, *Abercrombie & Fitch*, § 41). La Corte di giustizia giustifica, peraltro, la propria posizione alla luce della «perdurante crisi economica e di crescita rallentata», contesto nel quale la possibilità di essere assunti con un contratto di lavoro precario è preferibile rispetto alla situazione di colui che, in assenza di tale possibilità, rischia di ritrovarsi disoccupato (CGUE 19 luglio 2017, C-143/16, *Abercrombie & Fitch*, § 42; in senso analogo v. CGUE 15 aprile 2021, C-511/19, *Olympiako Athlitiko Kentro Athinon*, § 49 in cui la Corte ha ritenuto non irragionevole la riduzione o la soppressione dell'indennità di licenziamento a cui i lavoratori del settore pubblico avrebbero avuto diritto al momento della cessazione del loro rapporto di lavoro, tenuto conto del contesto economico - ossia della crisi economica in Grecia - che ha dato luogo a tale normativa).

2.9. I principi di non discriminazione in ragione della disabilità.

I divieti di discriminazione in ragione della disabilità sono disciplinati dalla dir. 2000/78, recepita dal d. lgs. 216/2003, del cui ambito di applicazione si è già parlato (§ 2.4). Il legislatore interno ha scelto di vietare le discriminazioni in ragione della disabilità anche oltre l'ambito lavorativo, al fine di garantire alle persone con disabilità «il pieno godimento dei loro diritti civili, politici, economici e sociali» (art. 1 l. 67/2006).

Nel definire i soggetti beneficiari del diritto a non subire discriminazioni, la l. 67/2006 rinvia all'art. 3 co. 1 l. 104/1992 secondo cui «è persona handicappata colui che presenta una minorazione fisica, psichica o sensoriale, stabilizzata o progressiva, che è causa di difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa e tale da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione». Questa definizione è oggi superata da quanto stabilito nella Convenzione Onu sulla disabilità secondo cui sono persone con disabilità «coloro che presentano durature menomazioni fisiche, mentali, intellettuali o sensoriali che in interazione con barriere di diversa natura possono ostacolare la loro piena ed effettiva partecipazione nella società su una base di eguaglianza con gli altri» (art. 1 co. 2; sul fatto che il fattore disabilità ai fini del diritto antidiscriminatorio sia autonomo rispetto alla disabilità di cui alla l. 104/1992 v. CC, sez. lav., 27 settembre 2018, n. 23338). Non è dunque la menomazione di per sé a dar luogo alla discriminazione, ma la sua interazione con barriere esterne che, appunto, impediscono l'eguaglianza reale delle persone che presentano tale menomazione. La definizione delle Nazioni unite non stigmatizza dunque la disabilità ma, al contrario, si focalizza sugli ostacoli esterni che la trasformano in uno svantaggio, di cui prescrive la rimozione, anche mediante l'adozione di accomodamenti ragionevoli.

La Convenzione Onu è stata ratificata anche dall'Unione europea (decisione del 26 novembre 2009), ciò che ha indotto la Corte di giustizia a rivedere il suo precedente orientamento sulla nozione di disabilità (CGCE 11 luglio 2006, C-13/05, *Chacon Navas*, § 36). In *H.K. Danmark* (11 aprile 2013, cause riunite C-335/11 e C-337/11, § 47), la Corte ha ritenuto che la nozione di disabilità includa anche «una condizione patologica causata da una malattia diagnosticata come curabile o incurabile, qualora tale malattia comporti una limitazione, risultante in particolare da

menomazioni fisiche, mentali o psichiche, che, in interazione con barriere di diversa natura, possa ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di eguaglianza con gli altri lavoratori, e tale limitazione sia di lunga durata» (la pronuncia della Corte di giustizia è ripresa anche da molti corti interne: v. ad esempio T Spoleto, ord. 3 marzo 2019; T Milano, ord. 24 settembre 2018; CC, sez. lav., 28 ottobre 2019, n. 27502).

Nella stessa pronuncia, la Corte di giustizia ha considerato non conforme alla direttiva 2000/78 una disposizione nazionale che consente di computare, nel calcolo del periodo di comporto, le giornate di assenza per malattia causata dalla disabilità (§ 92). Il lavoratore disabile è infatti esposto al rischio ulteriore di una malattia legata alla sua disabilità e pertanto ha una maggiore probabilità di accumulare giorni di malattia. I giudici di Lussemburgo fanno però salva la possibilità di provare che la regola sul calcolo del periodo di comporto persegue un obiettivo legittimo e non va al di là di quanto necessario per conseguire tale obiettivo (sul punto v. anche CGUE 18 gennaio 2018, C-270/16, *Ruiz Conejero*).

Questo orientamento ha generato un diffuso contenzioso davanti alle corti interne. Da un lato, vi sono coloro che sottolineano l'esigenza di preservare «l'interesse del datore a garantirsi una prestazione lavorativa utile per l'impresa» e, pertanto, a «non doversi fare carico a tempo indefinito del contraccolpo che le assenze cagionano all'organizzazione aziendale» (A Torino 3 novembre 2021, n. 604). Ne consegue che – a parere dei giudici in questione – non esiste un obbligo, per il datore di lavoro, di «espungere dal comporto le assenze collegate allo stato di invalidità del dipendente» e che comunque, se anche tale obbligo esistesse, il lavoratore avrebbe «l'onere di comunicare quali assenze siano riconducibili alla malattia invalidante stante l'oggettiva impossibilità per il datore di lavoro di controllare detto nesso causale» (A Torino 3 novembre 2021, n. 604; in senso analogo v. CC, sez. lav., 5 maggio 2021, n. 11761).

Diversamente, altre corti hanno ritenuto che l'esclusione dal computo del periodo di comporto dei giorni di assenza per malattie connesse alla disabilità del lavoratore non configuri «un carico eccessivo per il datore di lavoro che ha a disposizione tutta una serie di misure e sostegni per poterlo sopportare», tra cui quello di controllare, in modo costante, l'idoneità alla mansione del lavoratore disabile, secondo la procedura di cui all'art. 10 della l. 68/1999 (A Genova 21 luglio 2021, n. 211; così anche T Milano, 28 ottobre 2016, n. 2875; T Milano, 25 febbraio 2020, n. 487; T Verona, ord. 21 marzo 2021). Nell'ambito dell'orientamento in esame si è anche sottolineato che occorre tenere distinta la «conoscenza dei motivi delle singole assenze computate ai fini del comporto» e la «conoscenza del c.d. fattore di rischio»: dato che al datore di lavoro è nota la disabilità del dipendente, è suo onere verificare se le assenze di quest'ultimo siano o meno riconducibili alla sua disabilità (A Firenze 26 ottobre 2021). Di conseguenza, le corti hanno ritenuto discriminatorio il licenziamento intimato dal datore di lavoro per superamento del periodo di comporto (T Spoleto, ord. 3 marzo 2019; T Savona, ord. 13 gennaio 2022; T Mantova 22 settembre 2021, n. 126; T Imperia 27 luglio 2020, n. 80; in dottrina v. da ultimo BONO, 2022).

Altro filone giurisprudenziale aperto dalle pronunce della Corte di giustizia è quello relativo alla discriminazione per associazione, quando cioè una persona è discriminata a causa non della sua disabilità, ma della disabilità dell'assistito (CGUE 17 luglio 2008, C-303/06, *Coleman*; sul carattere discriminatorio del trattamento svantaggioso subito dal lavoratore che assiste un disabile v. CC, sez. lav., 3 novembre 2015, n. 22421; CC, sez. lav., ord. 8 giugno 2017, n. 14187; CC, sez. lav., 12 ottobre 2017, n. 24015; CC, ord. 11 agosto 2018, n. 2466; 2 novembre 2020, n. 24206; A Torino 12 aprile 2021, n. 91; T Milano 29 ottobre 2018).

Merita infine di essere ricordato che il diritto dell'Unione, al pari della Convenzione Onu sulla disabilità, impone al datore di lavoro di prendere «i provvedimenti appropriati, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, per consentire ai disabili di accedere ad un lavoro, di svolgerlo o di avere una promozione o perché possano ricevere una formazione, a meno che tali provvedimenti richiedano da parte del datore di lavoro un onere finanziario sproporzionato. Tale soluzione non è sproporzionata allorché l'onere è compensato in modo sufficiente da misure esistenti nel quadro della politica dello Stato membro a favore dei disabili» (art. 5 dir. 2000/78; v. anche l'art. 26 Cdfue che riconosce «il diritto dei disabili di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità»). Dal canto suo, la Corte di giustizia ha precisato che, come previsto dalla Convenzione Onu sulla disabilità (art. 2), il rifiuto di adottare accomodamenti ragionevoli configura una discriminazione (CGUE 18 gennaio 2018, C-270/16, *Ruiz Conejero* e 11 settembre 2019, C-397/18, *DW*; sul tipo di misure che il datore di lavoro deve porre in essere v. CGUE 10 febbraio 2022, C-485/20, *HR Rail*; sull'obbligo di adottare accomodamenti ragionevoli v. anche CEDU 2 luglio 2018, *Enver Şahin c. Turchia*, n. 23065/12, § 60 ss.).

L'obbligo di adottare accomodamenti ragionevoli è stato introdotto all'art. 3 co. 3 *bis* d. lgs. 216/2003 solo a seguito della condanna del nostro paese da parte della Corte di giustizia per il non corretto recepimento della direttiva (CGUE 4.7.2013, C-312/11, *Commissione c. Italia*). Tale obbligo è stato oggetto di diverse pronunce delle corti nazionali le quali hanno precisato che il datore di lavoro deve adottare adeguamenti organizzativi appropriati (i.e. idonei a consentire al disabile lo svolgimento della prestazione lavorativa), ragionevoli (i.e. tali da imporre all'imprenditore un sacrificio accettabile secondo la comune valutazione sociale) e proporzionati (i.e. che non comportano oneri finanziari eccessivi) (CC, sez. lav., 9 marzo 2021, n. 6497; CC 26 ottobre 2018, n. 27243; 7 marzo 2019, n. 6678; 21 maggio 2019, n. 13649; 10 luglio 2019, n. 18556; 19 novembre 2019, n. 34132; T Milano, ord. 11 maggio 2021; A Firenze, 18 maggio 2021; T Venezia, 21 ottobre 2021, n. 618; T Cassino, 11 ottobre 2021, n. 816; T Pavia, ord. 29 aprile 2020).

A parere della Corte di Giustizia, l'obbligo di adottare accomodamenti ragionevoli si applica nei confronti del disabile (*Coleman*, § 42). Non è chiaro, invece, se debba applicarsi anche nella ipotesi di discriminazione per associazione che, peraltro, a seguito della modifica operata con la l. 162/2021, rientra tra le discriminazioni per ragioni di cura (sul punto v. da ultimo TARQUINI, 2022).

La dir. 2000/78 prevede infine la possibilità di mantenere o adottare disposizioni in materia di tutela della salute e sicurezza dei disabili sul posto di lavoro o dirette a salvaguardarne o promuoverne l'inserimento lavorativo (art. 7 co. 2), ciò che ha consentito di preservare la l. 68/2009 e altre misure specifiche nei confronti dei disabili.

2.10. I principi di non discriminazione in ragione delle convinzioni sindacali.

La discriminazione in ragione delle convinzioni sindacali è stata la prima forma di discriminazione a essere vietata nel nostro ordinamento dall'art. 15 St. lav., insieme alla discriminazione politica e religiosa. Come messo in rilievo nell'acuta analisi di TIZIANO TREU (1974, 144), l'art. 15 si applica a qualsiasi tipologia di atti lesivi, a prescindere dal soggetto che li pone in essere; ciò corrisponde «alla qualificazione della libertà sindacale quale diritto assoluto di libertà facente capo al lavoratore, che, una volta affermata la efficacia interpretata, è tendenzialmente protetto contro tutte le manifestazioni di potere privato capaci di lederlo effettivamente».

La normativa antidiscriminatoria in esame tutela il diritto di ciascuna persona, considerata come

singola o come parte di una collettività, a non subire discriminazione in ragione dell'appartenenza o dell'attività sindacale, e come tale si distingue dalla condotta antisindacale che protegge invece l'interesse collettivo del sindacato all'esercizio del diritto di sciopero e della libertà sindacale (A Roma, ord. 9 ottobre 2012).

Le corti interne hanno altresì precisato che le discriminazioni sindacali vanno annoverate tra le discriminazioni per convinzioni personali vietate dall'art. 3 d. lgs. 216/2003 e hanno, di conseguenza, consentito l'applicazione delle regole sull'onere della prova e sulla legittimazione ad agire previste da tale decreto, oltre che del rito disciplinato dall'art. 28 d. lgs. 150/2011. Merita, in particolare, di essere ricordata l'ordinanza della Corte di Appello di Roma del 9 ottobre 2012 in cui viene evidenziato che «il concetto di convinzione personale evoca una sorta di “credo” laico (non contrapposto, ma complementare a quello religioso)», che riecheggia nella formulazione dell'art. 9 CEDU e dell'art. 10 Cdfue laddove «denota idee che raggiungono un certo livello di rigore, serietà, coerenza e importanza [...] Sicuramente l'affiliazione sindacale rappresenta la professione pragmatica di una ideologia di natura diversa da quella religiosa, connotata da specifici motivi di appartenenza ad un organismo socialmente e politicamente qualificato a rappresentare opinioni, idee, credenze suscettibili di tutela in quanto oggetto di possibili atti discriminatori vietati». La categoria delle convinzioni personali si caratterizza, pertanto, per «l'eterogeneità delle ipotesi di discriminazione ideologica» tra cui deve essere ricompresa anche la discriminazione per motivi sindacali (CC, sez. lav., 2 gennaio 2020, n. 1).

A parere delle corti interne, «tra le manifestazioni di tale piena adesione alla politica seguita da un determinato sindacato deve inserirsi anche la posizione da questo assunta nei confronti di un determinato strumento negoziale stipulato da altra sigla sindacale» (A Palermo, 23 settembre 2021). Pertanto, configura una condotta discriminatoria la decisione del datore di lavoro (o del committente, nei casi di etero-organizzazione di cui all'art. 2 co. 1 d. lgs. 81/2015), di recedere dal contratto di lavoro assunta nei confronti dei lavoratori che non accettano l'applicazione di un contratto collettivo non firmato (e anzi, osteggiato) dai sindacati cui gli stessi sono iscritti.

Diversamente, nell'ordinamento eurounitario, non è ancora chiaro se le convinzioni sindacali ricadano fra le convinzioni personali di cui alla dir. 2000/78. L'*obiter dictum* contenuto al § 47 della sentenza *Wabe* non fa certo ben sperare: a parere della Corte di giustizia, «ai fini dell'applicazione della direttiva 2000/78, i termini «religione» e «convinzioni personali» vanno trattati come due facce dello stesso e unico motivo di discriminazione. Come risulta dall'articolo 21 della Carta, il motivo di discriminazione fondato sulla religione o sulle convinzioni personali deve essere distinto dal motivo attinente alle «opinioni politiche o [a] qualsiasi altra opinione» e pertanto include tanto le convinzioni religiose quanto le convinzioni filosofiche o spirituali». Vi sono tuttavia altre ragioni che farebbero propendere per una diversa interpretazione: il carattere democratico del processo di integrazione europea che annovera, fra i suoi valori fondamentali, il «rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'eguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani» (art. 2 TUE); l'esigenza di interpretare estensivamente i principi di non discriminazione in quanto principi generali di diritto Ue e diritti fondamentali garantiti dalla Cdfue; la rilevanza della Cedu nell'interpretazione della Cdfue; il fatto che numerose disposizioni del diritto dell'Unione tutelino i rappresentanti dei lavoratori (v. da ultimo l'art. 17 dir. 2019/1152).

Nell'ambito delle discriminazioni sindacali merita infine di essere ricordato il caso *Deliveroo* oggetto dell'ordinanza del Tribunale di Bologna del 31 dicembre 2020. Si tratta della prima ipotesi in cui i divieti di discriminazione sono stati applicati all'esercizio del potere organizzativo mediante

l'utilizzo di un algoritmo. Nell'attenta ricostruzione operata dalla giudice, viene precisato che l'algoritmo impiegato dalla piattaforma di *food delivery* assegnava ai lavoratori un punteggio, elaborato sulla base della loro affidabilità (i.e. la loro partecipazione effettiva alle sessioni di lavoro prenotate) e della loro partecipazione (i.e. la loro disponibilità per gli orari più rilevanti per il consumo di cibo a domicilio). Così programmato, l'algoritmo penalizzava i lavoratori che aderivano a uno sciopero in quanto, non partecipando a una sessione di lavoro prenotata, il loro punteggio sarebbe diminuito.

L'ordinanza rileva per diverse ragioni. Con riguardo all'onere della prova, la giudice chiarisce che spetta alla piattaforma indicare «quali specifici criteri di calcolo vengano adottati per determinare le statistiche di ciascun rider». Rimane tuttavia che, data la scarsissima trasparenza degli algoritmi, può risultare assai difficile, per il lavoratore, provare gli elementi di fatto da cui si può presumere la discriminazione (sul punto v. anche l'ordinanza del Garante della privacy del 10.6.2021 nei confronti di Foodinho). Vero è che la mancanza di trasparenza assume, essa stessa, rilevanza probatoria (BARBERA, 2021, I-9); tuttavia è di fondamentale importanza rafforzare le disposizioni sulla trasparenza degli algoritmi, come peraltro intende fare la proposta di direttiva relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro mediante piattaforme digitali (COM/2021/762; sul punto v. PERUZZI, 2021).

Altro aspetto rilevante è quello della presunta neutralità dell'algoritmo. «Quando vuole – scrive la giudice bolognese – la piattaforma può togliersi la benda che la rende “cieca” o “incosciente” rispetto ai motivi della mancata prestazione lavorativa da parte del rider e, se non lo fa, è perché ha deliberatamente scelto di porre sullo stesso piano tutte le motivazioni – a prescindere dal fatto che siano o meno tutelate dall'ordinamento». La programmazione dell'algoritmo è dunque «frutto di una scelta consapevole dell'azienda». Ed è fuor di dubbio che una condotta posta in essere intenzionalmente per svantaggiare persone o gruppi individuati in base a un fattore protetto configura una discriminazione diretta (BARBERA M., 2021, I-14; BALLESTRERO, 2021). Anche in questo caso, sono fondamentali le disposizioni contenute nella già menzionata proposta di direttiva che mirano proprio a ricondurre all'essere umano le decisioni operate, in maniera solo apparentemente neutra, dall'algoritmo.

Va poi osservato che il caso *Deliveroo* riguardava rider qualificati come collaboratori etero-organizzati, cui la normativa antidiscriminatoria è applicabile in virtù dell'art. 2 co. 1 d. lgs. 81/2015. Rimane, tuttavia, il problema dell'applicabilità di tale normativa a tutti i lavoratori autonomi, non solo in fase di accesso al lavoro. Come si è tentato altrove di dimostrare (BORELLI, RANIERI, 2021), tale problema potrebbe essere superato valorizzando l'interpretazione sistematica della normativa antidiscriminatoria, alla luce delle fonti sovranazionali di cui si è detto al § 2.2.

Occorre infine ricordare che gli algoritmi non sono impiegati solo in ambito lavorativo, ma possono riguardare moltissimi aspetti della vita di ogni persona. Per questa ragione, è di estrema importanza prevedere specifici divieti di discriminazione all'interno della normativa in materia di intelligenza artificiale, oltre a vietare l'impiego di quegli algoritmi che dilatano a dismisura l'ampiezza e l'intensità del potere organizzativo e direttivo.

2.11. I principi di non discriminazione nella disciplina dei contratti di lavoro non-standard.

Ognuna delle direttive con cui l'Unione europea ha disciplinato talune forme di lavoro non-standard contiene un principio di non discriminazione (clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale allegato alla dir. 97/81; clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a termine

allegato alla dir. 1999/70; art. 5 dir. 2008/104 relativa al lavoro tramite agenzia interinale). Tali principi permettono di fissare, a favore dei lavoratori non-standard, un trattamento economico e normativo minimo, facendo riferimento alla disciplina del lavoro standard. In questo ambito, dunque, i principi di non discriminazione sono unidirezionali; del pari, non rilevano le differenze tra determinate categorie di lavoratori non-standard (CGUE 13 gennaio 2022, C-282/19, *YT e altri*, § 72).

Il legislatore interno, oltre a recepire i principi di non discriminazione dettati dalle direttive dell'Unione (art. 7 d. lgs. 81/2015 sul lavoro a tempo parziale; art. 25 d. lgs. 81/2015 sul lavoro a termine; art. 35 d. lgs. 81/2015 sul lavoro in somministrazione), ha impiegato gli stessi anche per regolare altre forme di lavoro non-standard, quali il lavoro intermittente (art. 17 d. lgs. 81/2015).

La Corte di giustizia ha finora insistito soprattutto sulla regola della parità di trattamento, mentre sono rimaste in secondo piano le discriminazioni indirette, ossia gli effetti svantaggiosi connessi all'applicazione del medesimo trattamento a situazioni, quali quelle dei lavoratori non-standard, che sono diverse rispetto a quella in cui si trovano i lavoratori assunti a tempo pieno e indeterminato. A ben vedere, però, la copiosa giurisprudenza sul calcolo dell'anzianità di servizio, pur se non si sofferma sul carattere indiretto della discriminazione, può essere ricondotta a quest'ultimo ambito. Nei casi di specie, infatti, la Corte di giustizia, al pari delle corti interne, ha ritenuto discriminatoria la regola che prescrive il calcolo dell'anzianità all'interno di ciascun rapporto di lavoro, ciò che comporta il mancato computo del periodo di servizio svolto nell'ambito di un pregresso contratto a tempo determinato ai fini dell'inquadramento al momento dell'assunzione (CGUE 18 ottobre 2012, cause riunite da C-302/11 a C-305/11, *Valenza*), delle progressioni di carriera verticali (Tar Veneto 4 giugno 2010; CGUE 8 settembre 2011, C-177/10, *Rosado Santana*) od orizzontali (T Milano 13 dicembre 2011; v. anche CC SU 23 settembre 2010, n. 20074 sul contratto di formazione e lavoro), e del calcolo dell'anzianità necessaria per accedere a talune prestazioni sociali (Circ. INPS n. 30/2012).

La Corte di giustizia, oltre a riconoscere l'efficacia diretta (verticale) dei principi di non discriminazione in esame (CGUE 8 settembre 2011, C-177/10, *Rosado Santana*), ha affermato che una disparità di trattamento ai danni di lavoratori non-standard «può essere giustificata solo da elementi precisi e concreti di differenziazione che contraddistinguano le modalità di lavoro e che attengono alla natura ed alle caratteristiche delle mansioni espletate» (CGUE 18 ottobre 2012, cause riunite C-302/11 e C-305/11, *Valenza*) o dal perseguimento di una finalità legittima di politica sociale di uno Stato membro (CGUE 25 luglio 2018, C-96/17, *Vernaza Ayovi*, § 39).

Altro problema che è stato portato all'attenzione della Corte di giustizia e delle corti interne è quello relativo all'applicazione del principio di *pro rata temporis*. Quest'ultimo dovrebbe permettere il riproporzionamento del trattamento garantito ai lavoratori non – standard, ma solo quando il trattamento in questione è strettamente connesso all'orario di lavoro nel caso del part-time o alla durata del rapporto nel caso del lavoro a termine. In realtà, questa regola non è stata sempre seguita dalla Corte di giustizia che ha, ad esempio, applicato il principio di *pro rata temporis* agli assegni familiari (CGUE 5 novembre 2014, C-476/12, *Österreichischer Gewerkschaftsbund*). Del pari, il nostro legislatore ha talora esteso il criterio del riproporzionamento, consentendo, ad esempio, di ridurre la durata di ferie e congedi (art. 17 d. lgs. 81/2015 in materia di lavoro intermittente).

Nell'ambito in esame potrebbe inoltre risultare complessa la scelta del termine di comparazione; non sempre, infatti, è possibile individuare, all'interno della stessa unità produttiva, un lavoratore a tempo pieno e indeterminato che svolge le stesse mansioni. Nella dir. 2008/104, la questione è stata risolta facendo riferimento a un termine di comparazione ipotetico, si fa cioè riferimento alle condizioni di lavoro che si applicherebbero ai lavoratori somministrati se fossero direttamente impiegati dall'impresa utilizzatrice per svolgere lo stesso lavoro (art. 5 co. 1).

Il legislatore interno utilizza diversi criteri per individuare il termine di comparazione, facendo riferimento ai lavoratori «di pari inquadramento» (art. 7 d. lgs. 81/2015), «di pari livello» (artt. 17 e 35 d. lgs. 81/2015), o «inquadri nello stesso livello in forza dei criteri di classificazione stabiliti dalla contrattazione collettiva» (art. 25 d. lgs. 81/2015). Come noto, nel nostro ordinamento, i livelli di inquadramento sono fissati dai contratti collettivi che, tuttavia, non hanno efficacia *erga omnes*. Ciò significa che il trattamento dei lavoratori standard cui deve essere parametrato quello dei lavoratori non - standard, varia da caso a caso, a seconda del contratto collettivo applicato dal datore di lavoro.

Permane poi la questione della frammentazione del ciclo produttivo che, come scriveva anni fa UMBERTO ROMAGNOLI (1994, 558), trasforma l'eguaglianza in un valore «più predicabile che praticabile». Su questo punto è intervenuta la Corte di giustizia (CGCE 13 gennaio 2004, C-256/01, *Allonby*, §§ 45 e 46; CGCE 17 settembre 2002, C-320/00, *Lawrence*, § 17; CGUE 3 giugno 2021, C-6244/19, *Tesco*), ammettendo la comparazione tra lavoratori impiegati in stabilimenti diversi o assunti da diversi datori di lavoro, ma solo quando il trattamento loro riservato è riconducibile a un'unica fonte (tale orientamento è codificato dall'art. 4 co. 4 della proposta di direttiva COM/2021/93).

Altro orientamento che facilita l'applicazione dei principi di non discriminazione a fronte della frammentazione del ciclo produttivo è quello sostenuto in *Asociația Accept* e in *NH* secondo cui l'autore della condotta discriminatoria non deve essere necessariamente il datore di lavoro (v. § 2.5).

Più problematica è l'imputazione "a catena" della condotta discriminatoria quanto questa è il risultato di decisioni prese a monte della filiera produttiva. Emblematico, sul punto, è il già ricordato caso *Yoox* in cui la giudice ha condannato la sola cooperativa datrice di lavoro, rea di avere imposto turni di lavoro insostenibili per i genitori lavoratori, mentre non è stato condannato l'appaltante, nonostante si fosse riconosciuto che la cooperativa «operava all'interno di una filiera produttiva, da cui risultava condizionata sia nelle modalità sia nella tempistica di effettuazione delle lavorazioni», come peraltro dimostrava la partecipazione dell'appaltante alla contrattazione collettiva aziendale per definire l'organizzazione dei turni di lavoro (T Bologna, decreto 31 dicembre 2021).

Occorre infine sottolineare che, sempre per usare le parole di ROMAGNOLI (1994, p. 558), «la concezione del rapporto di lavoro come atomo giuridicamente irrelato», connessa all'esaltazione dell'autonomia privata individuale che si ritrova in molta della legislazione degli ultimi decenni, rischia di rendere impossibili i confronti in funzione perequativa, in quanto le variabili da valutare sono «innumerevoli» e le distanze da colmare «incommensurabili». La differenziazione dei trattamenti, resa possibile anche dalla giungla dei contratti collettivi aventi efficacia *inter partes* e dalla possibilità, per i contratti aziendali, di derogare alla legge e ai CCNL (art. 8 d.l. 138/2011),

facendo venire meno l'unicità della figura standard di lavoratore, rende di fatto impossibile, per i principi di non discriminazione, svolgere alcuna funzione perequativa.

3. L'evoluzione della nozione di discriminazione.

La nozione giuridica di discriminazione nasce da una lunga sedimentazione, risultato soprattutto delle risposte che la giurisprudenza ha dato alle domande di giustizia provenienti dai diversi attori sociali che, nel tempo, hanno fatto propria la lotta contro le discriminazioni. La biforcazione della nozione inizialmente unitaria di discriminazione in quelle di discriminazioni dirette e indirette e di molestia; la specificazione che la discriminazione può essere intenzionale e non, individuale o collettiva, per associazione e intersezionale, attuale, potenziale o ipotetica, giustificabile o meno, che può consistere anche in un ordine di discriminare o in una ritorsione o nella negazione di una soluzione ragionevole che può richiedere o meno una comparazione, tutti questi elementi sono parte di una costruzione che i giudici hanno elaborato nel corso di alcuni decenni e di una *cross-fertilization* fra gli ordinamenti nazionali e sovranazionali cui le giurisdizioni nazionali e sovranazionali hanno partecipato in egual misura (per una visione di stampo comparativo si v. MERCAT BRUNS, OPPENHEIMER SARTORIUS, 2018 e OPPENHEIMER, FOSTER, HAN, 2012). Il che non significa che il legislatore sovranazionale e nazionale, a sua volta, non abbia giocato un ruolo attivo, raccogliendo gli spunti offerti dalla casistica o frenandoli, ampliando o restringendo il numero dei fattori protetti, anticipando la giurisprudenza e reagendo in modo più o meno simpatetico all'attivismo mostrato in questo campo dalle corti.

Per altro verso, aspetti quali il regime dell'onere della prova o l'apparato dei rimedi sono strettamente connessi alla nozione giuridica di responsabilità in cui trasliamo differenti concezioni sostanziali dell'eguaglianza e della discriminazione. È cosa diversa considerare l'autore della condotta responsabile solo delle discriminazioni di cui è dimostrata la natura intenzionale o, come è oggi pacificamente ritenuto, considerare l'intento irrilevante ai fini dell'accertamento della responsabilità a fronte di una condotta idonea a pregiudicare un gruppo protetto (così, nettamente, CC, sez. lav., 5 aprile 2016, n. 6575). Nel primo caso, l'ottica sarà quella del perpetratore e ad essere colpita sarà soltanto una condotta di tipo volontaria o negligente; nel secondo, l'ottica sarà quella della vittima e ad essere colpita sarà qualunque condotta idonea a pregiudicare, comparativamente o in senso assoluto a seconda che si discuta di discriminazione diretta o indiretta o di molestia, i soggetti protetti e a lederne la dignità. A seconda poi che si guardi al diritto a non essere discriminati come un diritto di natura solo individuale e azionabile solo retrospettivamente o di natura collettiva e azionabile anche prospettivamente, anche i rimedi avranno una portata diversa, potendosi fondare solo sul risarcimento dei danni subiti dalla vittima (ma non per danni punitivi, i quali hanno sempre una valenza non solo individuale) oppure su sanzioni di tipo prospettico, come i piani di azione positiva che hanno la funzione di modificare lo status quo per l'intero gruppo protetto e non unicamente per la vittima individuale della discriminazione e su una tutela risarcitoria di valenza anche collettiva.

Come si è detto prima, questi processi non sono interamente riconducibili alle sole dinamiche giuridiche o politiche. Mai forse come in questo campo l'azione dei soggetti sociali e il loro ricorso al diritto come forma di mobilitazione politica (PROTOPAPA 2021) sono stati in grado di incidere sull'evoluzione delle categorie giuridiche. Si considerino quale ad esempio di queste interconnessioni fra dinamiche giuridiche e dinamiche sociali, fra teorie normative e tecniche regolative, l'elaborazione della nozione di discriminazione indiretta come nozione distinta da quella di

discriminazione diretta e l'allargamento delle competenze dell'Unione europea in questo ambito a seguito di due distinti processi normativi e politici: da un parte le modifiche al Trattato originario a opera del Trattato di Amsterdam, dall'altra l'adozione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Nel primo caso, la spinta a diversificare la nozione di discriminazione in una direzione che rispecchiasse sia il profilo paritario dell'eguaglianza, quello per cui chi è eguale va trattato in modo eguale (espresso dal divieto di discriminazioni dirette), che quello differenziatore, quello per cui chi è diseguale va trattato in modo diseguale (espresso dal divieto di discriminazioni indirette), è dovuta alla richiesta avanzata nel caso *Griggs v. Duke Power* 401 U.S. 424 (1971) alla Corte suprema nordamericana da un gruppo di lavoratori di colore di considerare discriminatorio l'effetto di norme apparentemente neutre ma disegnate sulle caratteristiche personali e sulle carriere professionali dei lavoratori bianchi e destinate per questo, inevitabilmente, a svantaggiare chi come loro, per nascita e per passate discriminazioni, non possedeva né le une né le altre. Assumendo il punto di vista degli attori, la Corte elabora il test del «*disparate impact*», secondo il quale pratiche, criteri o test usati per l'assunzione o la promozione apparentemente neutre, anche in termini di intento, non possono essere mantenute se operano nel senso raccontato dalla favola della cicogna e della volpe. La Corte osserva che «il Congresso ha ora richiesto che si tenga conto della posizione e della condizione di chi cerca lavoro. Ha previsto - per ricorrere ancora alla favola - che il recipiente in cui viene offerto il latte sia uno che tutti possano usare. La legge vieta non solo la discriminazione palese, ma anche le pratiche eque nella forma, ma discriminatorie della sostanza. La pietra di paragone è la necessità aziendale. Se non è possibile dimostrare che una pratica di lavoro che opera per escludere i neri sia correlata alle prestazioni lavorative, la pratica è vietata». La nozione di discriminazione indiretta guarda, dunque, agli *effetti* di regole di trattamento eguali ma che incidono, per questo, in modo diverso su soggetti che hanno condizioni di vita, passate o presenti, diverse. Poiché la catena causale che permette di stabilire la discriminatorietà dell'atto si allunga fino a prendere in considerazione situazioni che non ricadono nella sfera decisionale dell'autore della condotta (in questo caso non solo le passate discriminazioni subite in azienda ma anche gli effetti di un'educazione segregata per razza), alla ricerca di un bilanciamento fra libertà di impresa e tutela antidiscriminatoria, la Corte lascia più spazio a possibili giustificazioni, consentendo però che il requisito o la prassi in questione siano mantenute a condizione che rispondano a una obiettiva e genuina *necessità* aziendale e non a ragioni di mera opportunità.

La nozione di discriminazione indiretta è poi transitata negli ordinamenti europei, dapprima attraverso la legislazione britannica degli anni '70 (*Sex Discrimination Act* 1975; *Race Relations Act* 1976; successivamente attraverso la sua adozione da parte della Corte di Giustizia nella materia delle discriminazioni a causa della nazionalità (12 febbraio 1974, causa 152/73, *Sotgiu*) e poi del genere (*Bilka*), e il recepimento di tale orientamento dal legislatore europeo e dai legislatori nazionali, a partire dalla direttiva 97/80 sull'onere della prova; infine, attraverso l'accoglimento della dizione eurounitaria anche da parte della CEDU nel caso *D.H.* (13 novembre 2007, *D.H. and others v. Czech Republic*, n. 57325/00). A dare l'idea della circolarità di questi processi di *transplant* basterà ricordare come la giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di discriminazioni basate sull'identità di genere (CGCE 27 aprile 2006, C-423/04, *Richards*; CGCE 7 gennaio 2004, C-117/01, *KB*), di orientamento sessuale (CGCE 1 aprile 2008, C-267/06, *Maruko* e CGUE 12 dicembre 2013, C-267/12, *Hay*) di religione (*Achibita*, *Cresco*, *Wabe*) siano stati profondamente influenzati, loro

volta, dagli orientamenti espressi in questi ambiti dalla Cedu.

Quanto al peso delle condizioni politiche e sociali, del *tempo* del diritto, l'ampliamento dei fattori di discriminazione compiuto dal Trattato di Amsterdam del 1997 è stato favorito, anzitutto, dall'intento delle istituzioni europee di rilegittimare il processo di integrazione, indebolito dalla persistente asimmetria fra integrazione negativa (volta a eliminare tutti gli ostacoli che si frappongono alla creazione di un mercato transnazionale) e integrazione positiva (volta alla ricostruzione di un nuovo assetto regolativo in grado anche di correggere il mercato), nella direzione di un rafforzamento della dimensione sociale dell'Unione. Si cerca così di rimediare al deficit di legittimazione del sistema europeo derivante dalla riduzione della capacità dei singoli paesi di perseguire gli obiettivi sociali democraticamente scelti, non compensata da un aumento della capacità di intervento a livello sovranazionale. Il Trattato apre nuovi spazi alla costruzione di una cittadinanza sociale europea, oltre che con l'individuazione di nuovi spazi di armonizzazione in materia di tutela delle condizioni di lavoro, dei consumatori, dell'ambiente, con un inedito impegno nella lotta alle discriminazioni.

Come si è detto (v. § 2.2), il nuovo art. 13 del TCE (ora art. 19, dopo la rinumerazione seguita al Trattato di Lisbona) istituisce una nuova competenza del Consiglio che può prendere, previa approvazione del Parlamento, «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». Le nuove disposizioni del Trattato tacciono su alcuni degli odierni, principali motivi di esclusione: la povertà e la condizione di straniero. La mancanza di "voce" di questi gruppi sociali spiega queste assenze, così come la loro presenza nell'arena politica quali gruppi sociali forti e organizzati spiega la nuova attenzione riservata ai disabili o alle organizzazioni di tendenza di carattere religioso.

Il carattere contingente che presenta da sempre l'evoluzione del diritto antidiscriminatorio e il suo essere frutto di spinte diverse ricevono un'ennesima conferma dalla rapida adozione, da parte dell'Unione europea, a partire dall'anno 2000 e negli anni successivi, delle cd. direttive di nuova generazione (v. § 2.3 e ss.). In particolare, l'adozione della direttiva 2000/43 vuole essere una netta risposta alle manifestazioni di xenofobia e alle tendenze autoritarie di alcuni governi nazionali che si andavano manifestando con particolare chiarezza nelle società europee già all'inizio del nuovo millennio. Viceversa, la mancata adozione della proposta di direttiva del 2008, finalizzata a estendere l'ambito di applicazione della direttiva 2000/78, segnala un indebolimento della spinta verso l'ampliamento della tutela antidiscriminatoria, dovuta a ragioni che riguardano le sorti di questo specifico settore del diritto, quali le resistenze della cultura giuridica tradizionale ad ampliare ulteriormente il raggio della tutela antidiscriminatoria nel dominio dei rapporti interprivati (si v. ad esempio REICH, 2013) ma che vanno anche al di là di esso, esprimendo le resistenze che gli Stati nazionali oppongono ad un ampliamento ulteriore delle competenze dell'Unione.

Questo imponente apparato normativo viene costituzionalizzato con l'adozione della Carta dei diritti fondamentali UE, i cui effetti sono stati descritti nelle pagine precedenti. La Carta positivizza per la prima volta espressamente un principio generale di eguaglianza (art. 20) e articola il divieto di discriminazione in una lista al tempo stesso aperta e analiticamente più ampia di quella fino ad allora vigente. Ciò segna, sul piano delle fonti, un processo di ridefinizione degli stessi principi di eguaglianza e non discriminazione e dei diritti fondamentali e della loro capacità di incidere nella sfera pubblica e in quella privata. Quella che abbiamo sotto gli occhi, come si è visto in precedenza, è una riformulazione della teoria degli effetti diretti delle norme di rango costituzionale i

quali sembrano prescindere dalla formulazione letterale di tali norme in termini di principi o di diritti.

Con il Trattato di Amsterdam e con la Carta si compie il processo di mutamento della funzione dei divieti di discriminazione previsti dal Trattato originario, ove erano disegnati in chiave prevalentemente funzionalista quali strumenti di contrasto agli ostacoli posti al funzionamento del mercato comune. L'art. 19 TFUE e la Carta ridefiniscono i confini del significato dell'eguaglianza nella direzione dell'inclusione dei soggetti esclusi dalla cittadinanza attiva, con una proiezione, nel caso della Carta, verso l'insieme delle condizioni personali, economiche e sociali che connotano la vita delle persone e perfino verso le generazioni future, se si volesse interpretare il riferimento alle caratteristiche genetiche come una forma di protezione anche delle donne e degli uomini da venire.

Negli anni successivi questo apparato normativo, insieme a quello preesistente, si è andato sempre più configurando come un autonomo sottosistema normativo, dotato di concetti base fondanti e tecniche di regolazione proprie, grazie anche all'opera di riassetto sistematico compiuta dalla giurisprudenza sovranazionale e nazionale.

Si prenda il concetto di discriminazione, nelle sue varie declinazioni: discriminazione diretta, consistente nel diverso trattamento, fondato sui criteri vietati, di persone poste nelle medesime condizioni; discriminazione indiretta, consistente in disposizioni, criteri o prassi apparentemente neutri che possono mettere le persone appartenenti ai gruppi protetti in una situazione di particolare svantaggio senza essere giustificati da una finalità legittima perseguita attraverso mezzi proporzionati; molestia, che si sostanzia in un comportamento indesiderato, adottato anch'esso per uno dei motivi vietati, avente lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante od offensivo; e i connessi divieti relativi all'ordine di discriminare e alle ritorsioni. Ebbene, è possibile ritrovare questi concetti in tutto lo spettro della tutela antidiscriminatoria, perfino quando si ragiona di discriminazioni basate sulla nazionalità nella tassazione dei liquori prodotti dalla distillazione del grano o dalla distillazione da frutto, trattato dalla Corte di Giustizia come un caso di discriminazione indiretta (art. 90 TFUE) (CGCE 27 febbraio 1980, causa 168/78, *Commission v. France*).

Lo stesso accade per il regime dell'onere della prova o per i rimedi. La strumentalità del regime agevolato della prova rispetto alla tutela delle posizioni soggettive protette dai divieti di discriminazione fa sì così che tale regime debba trovare applicazione ogni volta che si tratti di difendere in giudizio quelle posizioni, a prescindere dal rito processuale applicabile (così CC, sez. lav., 2 novembre 2021, n. 31054 e 2 gennaio 2020, n. 1). Occorre, tuttavia, rimarcare che, a causa della frammentazione normativa sopra illustrata, i meccanismi di agevolazione dell'onere della prova a carico della persona che lamenta una discriminazione variano a seconda del fattore protetto (per approfondimenti v. GUARISO, MILITELLO, 2019, 463 ss.).

Quanto ai rimedi è la funzione redistributiva stessa del diritto antidiscriminatorio e il principio di effettività che guidano la scelta dei rimedi a far privilegiare provvedimenti di tipo ripristinatorio e un risarcimento del danno che include anche il ristoro del danno non patrimoniale. Di conseguenza, la Corte di giustizia ha costantemente ribadito che, quando viene accertata una discriminazione e «finché non siano adottate misure volte a ripristinare la parità di trattamento, l'osservanza del principio di eguaglianza può essere garantita solo mediante la concessione alle persone appartenenti alla categoria sfavorita degli stessi vantaggi di cui beneficiano le persone della

categoria privilegiata» (CGUE ord. 16 gennaio 2008, cause riunite da C-128/07 a C-131/01, *Molinar e altri*, § 23). Nel nostro ordinamento, si è anche prevista la possibilità, per il giudice, di ordinare l'adozione di un piano di rimozione delle discriminazioni accertate, idoneo a impedirne la ripetizione (art. 28 co. 5 d. lgs. 150/2011; art. 37 co. 3 d. lgs. 198/2006).

Quando al risarcimento del danno, occorre in primo luogo osservare che questo deve compensare integralmente i danni subiti, non essendo ammessa la fissazione *a priori* di un massimale. Del pari, va risarcito anche il danno non patrimoniale il cui importo è determinato in via equitativa dal giudice, tenendo in considerazione tutte le circostanze del caso concreto, al fine di ristorare effettivamente il pregiudizio subito dalla vittima della discriminazione (CC, sez. lav., 2 novembre 2021, n. 31071).

Nell'ambito del diritto antidiscriminatorio, il risarcimento del danno svolge altresì una funzione sanzionatoria, come dimostrano le disposizioni che ne prevedono una maggiorazione in caso di ritorsione (art. 28 co. 6 d. lgs. 150/2011; in giurisprudenza v. da ultimo CC, sez. lav., ord. 15 dicembre 2020, n. 28646 e T Napoli, 26 novembre 2021, n. 5192). La Cassazione è persino giunta a configurare un "danno comunitario", ossia un «danno presunto con valenza sanzionatoria» (CC SU 15 marzo 2016, n. 5072) che il giudice deve liquidare qualora riscontri un "deficit di tutela" rispetto ai principi di effettività, proporzionalità e dissuasività fissati dal diritto dell'Unione in tema di rimedi.

Il concetto di discriminazione indiretta a sua volta, con la sua attenzione alla diversità di trattamento come mezzo per raggiungere l'eguaglianza, è stata la premessa per intendere le azioni positive non come una deroga all'eguaglianza (così erano originariamente definite dall'art. 2.4 della direttiva 76/207) ma come un'espressione dell'eguaglianza sostanziale e uno strumento di genuine pari opportunità (così ora nell'art. 157 TFEU).

Per molti anni è stato soprattutto nel campo delle discriminazioni di genere che si è sviluppata una teoria giurisprudenziale della discriminazione e si è avuta una straordinaria produzione di diritto derivato, che si estende dal diritto sostanziale a quello processuale e rimediabile (v. § 2.3). È in riferimento a questo fattore che la Corte di giustizia ha sviluppato le diverse nozioni di discriminazione (in particolare quelle di discriminazione indiretta) ed enunciato il principio dell'effettività, dissuasività e proporzionalità delle sanzioni, la cui portata ha oggi valenza generale (CGCE 2 agosto 1993, causa C-271/91, *Marshall*; 10 aprile 1984, causa 14/83, *Van Colson*); oppure ha tracciato i confini di legittimità delle azioni positive (CGCE 17 ottobre 1995, C-450/93, *Kalanke* e 11 novembre 1997, C-409/95, *Marshall*). Ed è sempre in questo ambito che il legislatore ha codificato per la prima volta la nozione di discriminazione indiretta o ha sperimentato un regime alleggerito dell'onere della prova a favore di chi allega la sussistenza di una discriminazione.

Negli anni più recenti il divieto di discriminazione di genere è andato perdendo centralità in quanto modello di riferimento e sono stati i nuovi fattori (razza e origine etnica, religione e opinioni personali, età, orientamento sessuale, disabilità) a diventare occasioni di sviluppo di una teoria giurisprudenziale della discriminazione, rispetto sia alla costruzione del giudizio di discriminazione che alla specificazione dei caratteri propri dei fattori vietati.

Va, inoltre, ricordata la particolare funzione che il principio di non discriminazione ha giocato nella tutela del lavoro atipico, come il lavoro part-time o di durata limitata, quale vero e proprio «principio regolatore del ricorso alla flessibilità» (ALESSI 2017), che tende a controbilanciare il progressivo declino della tecnica della norma inderogabile (BONARDI 2017). In questo caso, il diritto

antidiscriminatorio finisce per essere uno strumento trasversale di verifica degli effetti, in termini di giustizia distributiva, delle regole che riguardano il mercato del lavoro e il *welfare* (BARBERA M., 2017).

Se si guarda al significato attribuito ai diversi fattori da parte della giurisprudenza, è arduo tracciare un bilancio dai contorni netti. Taluni fattori, come razza e origine etnica o religione, stentano a trovare un'identità precisa, anche in ragione di un contenzioso giudiziario le cui dimensioni non rispecchiamo la dimensione reale dei rispettivi fenomeni sociali sottostanti (v. §§ 2.6 e 2.7). Il numero predominante di casi discussi davanti alla Corte di giustizia riguarda il fattore età, mentre quelli in tema di discriminazione razziale si contano sulle dita di una mano; ma certo ciò non a motivo della minore gravità o del minor numero dei casi di discriminazioni di questo genere. Si deve piuttosto pensare a una minore capacità di far valere in giudizio le proprie ragioni da parte delle minoranze razziali o etniche, anche in via mediata dagli organismi di parità o dalle associazioni, come pure la legge prevede.

Una casistica ancora scarna a livello sovranazionale spiega, in parte, l'assenza di una definizione precisa della nozione di razza. La Corte di Giustizia avrebbe potuto cogliere la possibilità di fornire una in alcuni importanti casi giunti alla sua attenzione e la circostanza che non l'abbia fatto denuncia una riluttanza a inoltrarsi nella questione che ha suscitato le critiche dei commentatori. In parte ciò può spiegarsi con un'oggettiva difficoltà di definire un concetto – quello di razza umana – che la direttiva 2000/43, al considerando 6, dichiara di ritenere inesistente, pur rimarcando, nel resto del suo testo, la necessità di combattere le discriminazioni fondate su una caratteristica che nella società si continua a ritenere abbia un significato dispregiativo. Ma, per altro verso, la Corte sembra rifiuti di vedere la connessione esistente fra i diversi profili che denotano socialmente il possesso del fattore vietato. Così, in *Jyske Finans* (CGUE 6 aprile 2017, C-668/15) e in *Maniero* (CGUE 15 aprile 2018, C-457/17), la Corte ha ritenuto di non dover considerare il luogo di nascita o il possesso di uno specifico titolo scolastico come criteri usati per fini o effetti xenofobi o razzisti (v. anche § 2.6). Neppure la giurisprudenza italiana si è cimentata nel compito di definire cosa significhi razza e origine etnica ma, in questo, caso la lacuna interpretativa è in parte colmabile in ragione della previsione, nell'ordinamento nazionale, di una serie di fattori di discriminazione strettamente connessi a tali fattori, a cominciare dalla nazionalità e dalla lingua, cosicché le discriminazioni razziali ed etniche sono aggredibili, sulla base della legge nazionale, dai diversi fronti in cui esse si manifestano. Nella giurisprudenza europea è invece avvertibile un ritrarsi dal concreto contesto sociale in cui le discriminazioni si compiono, il che impedisce di cogliere anche le intersezioni fra diversi motivi di discriminazione (FARKAS, 2007).

3.1. La struttura del giudizio antidiscriminatorio: comparazione, individuazione del comportamento discriminatorio, eccezioni e giustificazioni.

Vi è un passaggio ermeneutico di tipo tecnico che spiega in parte gli esiti del sindacato antidiscriminatorio e cioè una particolare costruzione del giudizio di comparazione, il quale è suscettibile da sempre di incidere in modo cruciale sulla decisione, tanto che si può dire che la decisione è anticipata dalla comparazione. Per comprendere come ciò possa avvenire è necessario aver presente che la struttura del giudizio antidiscriminatorio segue un iter prestabilito. Alla parte attrice spetta individuare il termine di comparazione (che può essere anche ipotetico o non più esistente); provare l'esistenza di una molestia o di un trattamento più svantaggioso o di un particolare svantaggio a suo danno; provare che questi sono fondati su uno dei fattori vietati. Nel caso della molestia, la prova degli elementi della fattispecie prescinde dalla necessità di una

comparazione. Una volta che la parte attrice abbia assolto l'onere della prova (attraverso un regime probatorio alleggerito, che fa leva su presunzioni, anche di natura statistica), spetterà alla parte convenuta provare l'inesistenza della condotta lamentata oppure l'esistenza di una giustificazione. Lo standard di giustificazione è diverso a seconda del tipo di discriminazione allegata. Se si discute di molestie, non è possibile alcuna giustificazione; in relazione alle discriminazioni dirette, in via generale, sono previste eccezioni limitate alla presenza di un requisito essenziale, ma giustificazioni sono ammesse riguardo all'età e alla fornitura di beni e servizi con riferimento al divieto di discriminazione di genere; in relazione a quelle indirette, è prevista una clausola generale di giustificazione che richiede la presenza di una finalità legittima e l'uso di mezzi appropriati e necessari. Mentre le eccezioni costituiscono deroghe poste *ex ante* al principio di non discriminazione (e sono tendenzialmente tipiche), le giustificazioni si pongono *ex post* (e sono tendenzialmente atipiche) nella fase di valutazione in concreto del comportamento allegato. Infine, eccezioni e giustificazioni giocano attraverso un sistema di casi generali e casi specifici, fra i quali rientrano le già citate giustificazioni ammesse per l'età e la fornitura di beni e servizi e quelle per le organizzazioni di tendenza, con la possibilità di introdurre differenze di trattamento basate sulla religione da parte di enti religiosi o altre organizzazioni pubbliche o private (va segnalato che la normativa italiana di recepimento della direttiva non precisa, come richiesto invece dalla direttiva, che l'etica di tali enti deve fondarsi sulla religione). Infine, richiamandosi alla Cedu, anche la direttiva 2000/78 stabilisce che restano impregiudicate le misure previste dalla legislazione nazionale che, in una società democratica, sono necessarie alla sicurezza pubblica, alla tutela dell'ordine pubblico, alla prevenzione dei reati e alla tutela della salute e dei diritti e delle libertà altrui.

Sia in *Jyske Finners* che in *Maniero* la Corte afferma che può parlarsi di discriminazione indiretta basata sull'origine etnica solo se la misura che si asserisce essere discriminatoria abbia l'effetto di svantaggiare un'etnia *in particolare* e non, invece, come nei casi in questione, se riguarda anche gli appartenenti ad altre etnie. Il risultato paradossale di questo modo di intendere la comparazione è che il massimo effetto di esclusione realizzato da un criterio che svantaggia tutte le etnie non sarebbe da considerarsi discriminatoria: se tutti, allora nessuno. Ma anche non ragionando per paradossi e in astratto e guardando invece, come invita a fare la Corte di giustizia, al caso specifico e concreto, il modo più ragionevole di condurre la comparazione sembra quello di raffrontare la persona svantaggiata appartenente a una determinata etnia con quelle appartenenti a un'altra etnia (o a nessuna in particolare), che svantaggiate non sono. In caso contrario, non c'è modo di raddrizzare il torto inflitto all'una e risparmiato alle altre.

Che la maniera di intendere il giudizio di comparazione possa condizionare in modo determinante la struttura del giudizio antidiscriminatorio, ed è dunque un elemento cruciale di tale giudizio, lo si è potuto notare anche in altri casi riguardanti la religione e le convinzioni personali.

In *Achbita* la Corte di giustizia, ha ritenuto che il divieto posto dal datore di lavoro di indossare segni visibili di convinzioni politiche, filosofiche o religiose, nella misura in cui riguardava qualsiasi manifestazione di tali convinzioni, trattasse in maniera identica tutti i dipendenti dell'impresa che ne avessero una, e non costituisse, dunque, una discriminazione diretta. In quella circostanza, tuttavia, i giudici, diversamente da *Maniero*, hanno ipotizzato che fosse almeno sussistente una discriminazione indiretta, giacché tale obbligo apparentemente neutro comportava, di fatto, un particolare svantaggio per le persone la cui religione prescrive particolari regole di abbigliamento, con la conseguenza di aprire il giudizio al bilanciamento, che questa forma di discriminazione richiede, fra gli interessi della presunta vittima e le esigenze dell'impresa. In *Achbita*, il

bilanciamento si è risolto a favore di quest'ultima, avendo la Corte ritenuto che la volontà di mostrare, nei rapporti con i clienti sia pubblici che privati, una politica di neutralità politica, filosofica o religiosa, debba essere considerata legittima, in particolare qualora il datore di lavoro coinvolga nel perseguimento di tale obiettivo soltanto i dipendenti che si suppone entrino in contatto con i clienti. La Corte di giustizia cita a sostegno della propria decisione l'orientamento espresso dalla CEDU nel caso *Eweida e altri c. Regno Unito* (CEDU 15 gennaio 2013, su cui fra gli altri SORDA) ma il richiamo risulta, in verità, parziale. Il risultato del bilanciamento nei casi appena citati era stato più articolato e, proprio in tema di simboli religiosi indossati sul luogo di lavoro, la Corte di Strasburgo era arrivata a conclusioni diverse sulla base di una serie di considerazioni cui la Corte di Lussemburgo ritiene di non prestare attenzione. I giudici, infatti, sebbene abbiano ritenuto legittima la necessità del datore di lavoro, ha ritenuto prevalente l'interesse della lavoratrice di indossare la croce perché il simbolo era di dimensioni ridotte e non avrebbe potuto incidere sull'immagine professionale della dipendente, e perché la compagnia aveva già permesso ad altri lavoratori di indossare simboli religiosi (come turbanti o hijab). Infine il fatto che a distanza di pochi mesi il datore di lavoro avesse deciso di modificare il proprio codice di abbigliamento, ammettendo la presenza di simboli, dimostrava l'insussistenza di una reale necessità aziendale.

Nella decisione *Wabe* la Corte di giustizia ha provato anch'essa ad articolare maggiormente il giudizio antidiscriminatorio, quando ha paragonato la condizione dei lavoratori la cui religione prescrive di indossare segni molto visibili con quella di coloro che indossano segni di piccole dimensioni, per arrivare alla conclusione che sanzionare solo il comportamento dei primi sarebbe una discriminazione diretta. Sul punto permane dunque un contrasto di orientamenti fra le due alte corti.

In parte ciò si spiega con la necessità per la Corte di giustizia di mantenersi coerente con i suoi assunti di partenza. La Corte aveva ragionato allo stesso modo in *Szpital* (26 gennaio 2021, C-16/19), in riferimento questa volta alla disabilità, quanto aveva stabilito che anche una differenza di trattamento che si verifica all'interno di un gruppo di persone disabili può rientrare nella nozione di discriminazione, giacché il divieto di discriminazione previsto dalla direttiva 2000/78 non è limitato alle sole differenze di trattamento esistenti tra persone disabili e persone non disabili. Richiamando tale decisione, la Corte riafferma in *Wabe* che il divieto di discriminazione previsto dalla medesima direttiva non può ritenersi limitato alle sole differenze di trattamento esistenti tra persone che aderiscono o non aderiscono a una religione o a determinate convinzioni. Ma, sulla base sempre della paradossale premessa per cui se tutti sono discriminati allora non lo è nessuno, si rifiuta invece comparare la situazione di *tutti* coloro che portano segni religiosi con quella di lavoratori che, essendo privi di qualsiasi religione o credenza, non sono tenuti a farlo. Sarebbe, in questo caso pervenuta facilmente alla conclusione che si tratta di una discriminazione diretta, essendo l'obbligo o la scelta di portare un segno intimamente legato alle proprie convinzioni religiose (PROTOPAPA, 2017).

Sempre in tema di comparazione va considerato che in qualche caso la comparazione può essere meramente ipotetica o non contestuale, come è ormai previsto espressamente dalle fonti europee, sia in via generale dal testo delle nuove direttive, che in riferimento a specifiche categorie di lavoratori. Ad esempio, quando si tratta di applicare la regola della parità di trattamento stabilita dall'art. 5 della direttiva 2008/104 a favore dei lavoratori somministrati, sarà sempre possibile effettuare la comparazione fra il trattamento di questi ultimi e quello di qualsiasi lavoratore di pari livello dell'impresa utilizzatrice oppure quello che si applicherebbe loro se fossero

direttamente impiegati dall'impresa utilizzatrice. Non sarà invece possibile comparare i lavoratori dipendenti da datori di lavoro diversi se la disciplina dei rapporti di lavoro non è riconducibile a un'unica fonte legislativa o a uno stesso contratto collettivo (CGCE 17 settembre 2002, C-320/00, *Lawrence* e 13 gennaio 2004, C-256/01, *Allonby*). Nel caso in cui, ai fini dell'applicazione del principio di parità retributiva fra i sessi, non sia presente nell'impresa un lavoratore dell'altro sesso comparabile sarà possibile far riferimento a un lavoratore precedentemente occupato presso la stessa impresa con le stesse mansioni (CGCE 27 marzo 1980, causa 129/79, *Macarthy*)

Infine, in qualche caso la comparazione può anche non esservi, come accade – lo si è detto - nel caso delle molestie, in cui il bene della dignità della persona è tutelato in modo diretto e il carattere relazionale della tutela emerge semmai dall'individuazione di specifici fattori identitari idonei a far ritenere sussistente una discriminazione. O come accade quando il trattamento svantaggioso può incorrere solo a danno di particolari soggetti, come in caso di una differenza di trattamento dovuto alla gravidanza che, come rilevato dalla Corte di giustizia «può opporsi solo alle donne e rappresenta quindi una discriminazione diretta a motivo del sesso (CGCE 8 novembre 1990, C-177/88, *Dekker*).

Più in generale, sulla base di quanto precedentemente affermato dalla stessa Corte di giustizia (v. *Dekker*, e CGCE 26 febbraio 2008, C-506/06, *Mayr*; in materia di orientamento sessuale vedi CGCE 1 aprile 2008, C-267/06, *Maruko* e CGUE 12 dicembre 2013, C-267/12, *Hay*) e da alcune corti nazionali (A Milano 20 maggio 2026, n. 579, in RIDL, 2016, 827) il riferimento a qualsiasi condizione che risulti intimamente legata a uno dei fattori vietati dà luogo a una discriminazione diretta: così, in materia di genere, la gravidanza o la fecondazione assistita (v. § 2.2); in materia di orientamento sessuale, il matrimonio che non sia consentito celebrare (v. § 2.4).

I casi relativi al velo islamico e, più in generale, relativi al fattore religione hanno suscitato un vasto dibattito dottrinale. Si è osservato in proposito che considerare taluni segni distintivi come espressioni di una data *religione* e non di una data *cultura*, suscettibile anche di cambiare nel tempo, rischia di privilegiare i sottogruppi dominanti dentro ciascuna di esse e le visioni più conservatrici a danno di quelle più innovative, e di legittimare pratiche e stereotipi razzisti, sessisti o omofobi (MCCOLGAN, 2009, 23). Quanto meno nel caso delle organizzazioni di tendenza, il pericolo che la tutela di un fattore protetto avvenga a danno di un altro è espressamente neutralizzato a opera del disposto dell'art. 4 della direttiva 2000/78 il quale che stabilisce che, mentre una differenza di trattamento basata sulla religione o sulle convinzioni personali non costituisca discriminazione laddove, per la natura di tali attività, o per il contesto in cui vengono espletate, essa rappresenti un requisito essenziale, legittimo e giustificato per lo svolgimento dell'attività lavorativa, tale eccezione va intesa in modo restrittivo. In particolare essa si applica tenuto conto delle disposizioni e dei principi costituzionali degli Stati membri, nonché dei principi generali del diritto eurounitario, e non può giustificare una discriminazione basata su altri motivi. Questa specifica interpretazione del requisito essenziale, peraltro, andrebbe riferita non solo alle organizzazioni di tendenza ma a qualsiasi datore di lavoro. In un'articolata decisione della Corte d'appello di Trento (A Trento, 1 settembre 2016, n. 63, con nota di TARQUINI, 2017) che ha ritenuto discriminatorio per ragioni di orientamento sessuale il mancato rinnovo di un contratto a termine a un'insegnante di una scuola paritaria cattolica, a seguito delle rimostranze che sarebbero pervenute alla direzione della scuola circa la relazione omosessuale e la convivenza con una compagna dell'insegnante medesima.

La Corte di giustizia ha assunto un'attitudine più severa di quella assunta nei casi *Jyske Fanners* e

Maniero prima ricordati in altre cause riguardanti le discriminazioni su base razziale ed etnica in cui erano in discussione diritti di rango fondamentale (come il diritto al lavoro) o la lotta agli stereotipi, utilizzando un test di giudizio più restrittivo, con precisazioni importanti che valgono anche al di fuori di questo specifico ambito.

Così, nel caso *Feryn* (CGCE 10 luglio 2008, C-54/07) i giudici del Lussemburgo hanno chiarito che il trattamento meno favorevole che connota le discriminazioni razziali possono consistere anche in una dichiarazione pubblica con la quale il datore di lavoro rende noto che, nell'ambito della sua politica di assunzione, non assumerà lavoratori aventi una certa origine etnica o razziale. E ciò in quanto «siffatte dichiarazioni sono idonee a dissuadere fortemente determinati candidati dal presentare le proprie candidature e, quindi, a ostacolarne l'accesso al mercato del lavoro». La discriminazione si verifica a prescindere dalla presenza o meno di vittime identificabili che asseriscano di essere stato colpite da tale discriminazione. La Corte sul punto è abbastanza lapidaria: l'effetto di dissuasione si verifica anche ove non vi sia un soggetto identificabile che agisca contro la discriminazione subita. Sul punto dice di più l'Opinione dell'Avvocato generale Maduro che ha scritto un formidabile pezzo di teoria della discriminazione.

Anche le parole sono atti, afferma l'Avvocato generale, nel senso che anche le parole creano la realtà che abitiamo. Quando il datore di lavoro dichiara che non assumerà persone di una determinata origine razziale o etnica perché non sono bene accettati dai suoi clienti queste parole creano una realtà in cui la discriminazione è già accaduta, non soltanto perché si produce un effetto immediato di scoraggiamento ma perché questi lavoratori sono già categorizzati come "gli esclusi": «Egli non si limita a parlare di discriminazione, bensì discrimina. Non si limita a pronunciare parole, bensì compie un "atto linguistico" ("speech act")».

La dottrina *Feryn* (ripresa anche nel caso *Chez*) è stata estesa al di fuori dell'ambito delle discriminazioni razziali, dando luogo prima alla decisione *Asociația Accept*, poi alla decisione *N.H.* (un caso originato dal rinvio di un giudice italiano), tutte e due in tema di orientamento sessuale (su cui v. § 2.4).

È importante precisare che in casi come questi, in cui le vittime del comportamento discriminatorio possono anche non essere immediatamente identificabili, e l'azione viene portata in giudizio da enti esponenziali o istituzionali, non può comunque parlarsi di discriminazione potenziale o ipotetica (RIZZI, *L'algoritmo*, 2021). La discriminazione è sempre attuale e concreta. Quella che può essere ipotetica è la comparazione e quello che può essere potenziale è l'effetto di svantaggio.

Lo stesso può dirsi in riferimento alle ipotesi in cui atti di portata generale (quali bandi di concorso, circolari, procedure pubbliche o private di ammissione a benefici) contengano requisiti di natura discriminatoria. Anche in questo caso, l'effetto di esclusione si realizza immediatamente, sia pure in riferimento a soggetti non immediatamente individuabili o in forma potenziale.

Nei casi di discriminazione collettiva, la legittimazione ad agire spetta, come detto, a organismi che il legislatore reputa in grado di tutelare il diritto o l'interesse leso. Data la frammentazione della normativa antidiscriminatoria, i soggetti legittimati variano da fattore a fattore. Ciò crea due problemi: in primo luogo, in caso di discriminazione multipla, l'organismo potrebbe essere legittimato ad agire contro la discriminazione basata su un fattore ma non sull'altro; in secondo luogo, le regole cui è condizionata la legittimazione ad agire di tali soggetti sono diverse per ogni fattore.

Ne consegue che, in alcune ipotesi, è più semplice, per gli organismi rappresentativi, agire in giudizio, mentre in altre devono affrontare maggiori difficoltà.

Così, ad esempio, l'art. 5 co. 2 d. lgs. 216/2003 prevede una lista aperta che legittima tutte le «organizzazioni sindacali, le associazioni e le organizzazioni rappresentative del diritto o dell'interesse lesa», i quali però possono agire solo se non sono individuabili in modo diretto e immediato i soggetti lesi (CC. 20 luglio 2018, n. 19443 e 15 dicembre 2020, n. 28646). Per i fattori considerati dall'art. 43 TUI (alcuni dei quali – come la nazionalità e la religione – coincidono con quelli tutelati dal d. lgs. 216/2003), la legittimazione ad agire in caso di discriminazioni collettive in ambito lavorativo spetta alle rappresentanze locali delle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello nazionale, anche qualora non siano individuabili in modo immediato e diretto i lavoratori lesi dalle discriminazioni (art. 44 co. 10 TUI). Diversamente, per i fattori razza e origine etnica (previsti anche dall'art. 43 TUI), il legislatore richiede l'iscrizione ad apposito elenco (art. 5 co. 2 d. lgs. 215/2003), a cui possono essere iscritte le associazioni che svolgono «attività a favore degli stranieri immigrati» (art. 52 d.P.R. 349/1999), con la conseguenza che per il fattore nazionalità esistono attualmente ben tre differenti regole sulla legittimazione ad agire; anche nel caso di specie, è possibile agire solo se non sono individuabili in modo diretto e immediato i soggetti lesi. Una regola analoga è prevista nel caso di discriminazioni di genere relative all'accesso di beni e servizi (art. 55 *septies* d. lgs. 198/2006). Contro le discriminazioni collettive di genere in ambito lavorativo, possono invece agire le sole consigliere di parità, anche se i soggetti lesi sono individuabili (art. 37 d. lgs. 198/2006). Un elenco dei legittimati ad agire esiste anche per le discriminazioni basate sulla disabilità, al di fuori dell'ambito lavorativo (art. 4 l. 67/2006).

Altri campi in cui il nuovo diritto antidiscriminatorio ha prodotto progressi evidenti in termini di tutela è quello delle discriminazioni basate e sulla disabilità e sull'orientamento sessuale. Della disabilità si è già detto (v. § 2.9). Quanto all'orientamento sessuale, il caso *Maruko* (CGCE 1 aprile 2008, C-267/06; nello stesso senso CGUE 10 maggio 2011, C-147/08, *Romer*) è un caso di straordinaria inventiva giuridica, costruito ancora una volta intorno al giudizio di comparazione. In questo caso l'ostacolo alla possibilità di effettuare una comparazione era costituito dalla stessa giurisprudenza della Corte di giustizia che, in passato, aveva negato che potessero essere comparabili la situazione di soggetti omosessuali uniti da un'unione stabile registrata (esclusi dall'assegno di famiglia) con quella dei dipendenti uniti in matrimonio (beneficiari invece della prestazione), il che aveva portato ad escludere la sussistenza di una discriminazione basata sull'orientamento sessuale (CGCE 31 maggio 2001, cause riunite C-122/99 e C 125/99, *D. e Regno di Svezia*). Lo scarto compiuto dalla Corte rispetto a questa impostazione consiste nell'affermare che ciò che il legislatore (tedesco) aveva reso eguale (vale a dire la condizione di un soggetto eterosessuale avente lo *status* matrimoniale a quella di un soggetto omosessuale legato al suo partner da unione solidale) non poteva poi rendere diseguale sulla base proprio del fattore vietato, negando la pensione di vedovo a titolo di prestazione ai superstiti. Poiché il signor Maruko e il suo partner non avrebbero potuto in nessun caso contrarre matrimonio, la differenza di trattamento era dovuta al loro orientamento sessuale. Di lì a poco la Corte sarebbe andata ancora più avanti, affermando che ciò che essa stessa considerava comparabile (la situazione delle coppie sposate eterosessuali e quella delle coppie unite un Patto civile di solidarietà, prevista questa volta dalla legislazione francese), non poteva essere reso diseguale dal contratto collettivo, riservando alcuni benefici solo ai dipendenti sposati (CGUE 12 dicembre 2013, C-267/12, *Hay*). Seppure la differenza di trattamento è fondata sullo *status* matrimoniale, afferma la Corte, si tratta pur sempre

di una discriminazione diretta, perché i lavoratori omosessuali non possono soddisfare la condizione prevista, in quanto il matrimonio è riservato solo alle persone di sesso diverso (v. § 2.4).

La particolare costruzione del giudizio di comparazione posta in premessa del ragionamento dalla Corte in entrambi i casi le ha inibito nuovamente la possibilità di ritenere sussistente una discriminazione quando l'ordinamento nazionale non prevedeva alcuna forma di riconoscimento per le unioni di persone dello stesso sesso (così in *Parris*, CGUE 24 novembre 2016, C-443/15). Cosa che non ha però impedito al giudice nazionale di riconoscere una pensione di reversibilità al partner di un lavoratore deceduto, facendo affidamento in modo diretto sull'art. 2 della Costituzione (A Milano 26 luglio 2018, n. 1005). Ma a un regime di tutela equivalente si è arrivati, nell'ordinamento italiano, solo con la legge 20 maggio 2016, n. 76, sulla regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso, emanata dopo la sentenza monito della Corte costituzionale italiana del 15 aprile 2010, n. 138).

In *Parris* la Corte sarebbe potuta giungere a una diversa conclusione se avesse adottato un'analisi di tipo intersezionale. Il ricorrente aveva, in questo caso, subito una discriminazione dovuta al suo orientamento sessuale e all'età, poiché la legge che aveva introdotto nel sistema irlandese l'unione per coppie dello stesso sesso era entrata in vigore dopo l'età prevista per poter beneficiare di una pensione ai superstiti. Nonostante il caso fosse stato prospettato in questa doppia chiave anche dall'Avvocato generale, i giudici si sono rifiutati di leggerlo attraverso la relazione sinergica dei due fattori di discriminazione, sostenendo che non vi è una nuova categoria di discriminazione risultante dalla combinazione di più fattori e che non è dunque possibile rinvenire una discriminazione sulla base di più fattori quando non la si è rinvenuta in relazione a ciascuno isolatamente dall'altro (XENIDIS, 71).

Infine il fattore età è stato per lungo tempo oggetto della maggior parte dei rinvii pregiudiziali da parte dei giudici nazionali che sono stati l'occasione per esplorare la latitudine delle eccezioni ai divieti di discriminare e delle giustificazioni delle differenze di trattamento ammesse dall'ordinamento. Il divieto di discriminazioni fondate sull'età è, infatti, il divieto più nuovo e insieme quello più soggetto a restrizioni (v. § 2.8).

L'area delle eccezioni e delle giustificazioni ammesse è dunque anch'essa cruciale nel delimitare o ampliare la tutela antidiscriminatoria. Di qui l'importanza di intenderle in modo *oggettivo*. Sul punto sia la Corte di giustizia che il giudice nazionale hanno escluso con nettezza la possibilità di dare rilievo ai gusti soggettivi discriminatori della clientela, e ciò anche se ne possa risultare un pregiudizio per gli interessi economici dell'impresa, destinati a cedere, in questo caso al diritto a non subire categorizzazioni ingiuste (si veda *Feryn, Bougnaoui, Wabe* e, nella giurisprudenza domestica A Trento 1 settembre 2016, n. 63).

4. Una teoria fluida della discriminazione: ancora alla ricerca di un paradigma comune.

È difficile tracciare un bilancio di questi anni di applicazione del nuovo diritto antidiscriminatorio in termini netti. Guadagni e perdite di tutela sono entrambi presenti. La giurisprudenza nazionale più recente ha seguito per lo più sentieri interpretativi innovativi, grazie a un risveglio di interesse e attenzione per la materia stimolato da un uso strategico del diritto antidiscriminatorio da parte di giuristi pratici provenienti dalla società civile. Si è così giunti a vietare la discriminazione algoritmica e la discriminazione basata sulle convinzioni sindacali o a riconoscere la legittimazione ad agire delle organizzazioni sindacali anche nelle cause in materia di discriminazioni

basate sulla nazionalità (CC 7 novembre 2019, n. 28745).

La Corte di Giustizia talvolta è stata altrettanto coraggiosa, altre volte più prudente, altre volte ancora decisamente deludente per chi nutriva aspettative sulla sua disponibilità ad ampliare i confini della tutela antidiscriminatoria.

Se si volessero capire le ragioni di questa diversa attitudine si dovrebbero studiare più a fondo il *background* nazionale dei casi, la composizione della Corte e il numero dei decisori, le contingenze politiche in cui le decisioni sono state rese, i rapporti fra le corti e così via. Se si volesse avanzare un'ipotesi, si potrebbe dire che la Corte di giustizia sembra avvertire che alcuni temi, come nel caso della religione e delle convinzioni personali, sono particolarmente sensibili sia in termini politici che di impatto sull'opinione pubblica e hanno un fondamento soggettivo, variabile e connesso a attitudini di tipo personale. In questo caso, la Corte è riluttante ad assumere un ruolo antimaggioritario. Ciò spiegherebbe gli esiti compromissori delle cause in tema di velo islamico o di etnia connessa alla condizione di straniero, e l'*obiter dictum* sulle convinzioni personali. In altri casi, in particolare quando sono in discussione questioni relative alla razza, in assonanza alla giurisprudenza della CEDU, la Corte è pronta ad assumere una posizione più ferma, perché ritiene la lotta alle discriminazioni razziali una questione "non negoziabile".

In altri casi ancora, quando si tratta di difendere diritti che hanno una spiccata dimensione individuale prima ancora che collettiva, che incidono in profondità sul corpo, sulla persona, come nel caso dell'orientamento sessuale e della disabilità, la Corte è pronta ad adottare un atteggiamento di maggiore fermezza e di ragionata espansione della tutela. Si potrebbe parlare di una teoria fluida della discriminazione, ancora alla ricerca di un paradigma comune.

D'altro canto, il modo in cui emergono e sono trattati i casi di discriminazione in un ordinamento giuridico è una cartina tornasole della società cui quell'ordinamento fa riferimento, delle scelte politiche e valoriali a essa sottese. Non è un caso, dunque, che vi siano asimmetrie fra la giurisprudenza nazionale, la Corte di giustizia e la CEDU: ognuna di esse fa riferimento al proprio insieme di valori che spesso coincidono, ma che talora possono divergere, creando così fratture che il dialogo tra le corti cerca di risolvere, ma che talora rimane conflittuale. È in queste ipotesi che si lascia spazio alle tradizioni costituzionali nazionali, nelle quali dovrebbe anche risolversi la tensione tra i diversi orientamenti delle corti sovranazionali (SUPLOT, 2016).

In conclusione, basta tutto questo per dire che il diritto antidiscriminatorio europeo continua a restare una stella polare della tutela antidiscriminatoria? La risposta è: sì. Ma va aggiunto che la stella polare brilla in mezzo ad altre costellazioni. La Corte di giustizia avrebbe potuto e potrebbe poco se non ci fossero stati i giudici nazionali a interrogarla, talvolta ad anticipare le sue pronunce, sempre o quasi sempre dovremmo dire ad adeguarvisi, dando così corpo a quell'idea dell'unità nel progresso che costituisce il volto migliore, quello più umano, dell'Unione europea. E se, a loro volta, non ci fossero stati singoli e associazioni abbastanza determinati a far valere le proprie ragioni da rivolgersi all'una e agli altri. Le vittime e la loro azione contano quando i giudici nel fare avanzare la giustizia.

Bibliografia.

ALESSI 2017, *Il principio di non discriminazione nei rapporti di lavoro atipici: spunti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, O. BONARDI (a cura di), Roma, 2017; ALESSI, *Le azioni positive*, in *La tutela*

antidiscriminatoria. *Fonti, strumenti, interpreti*, BARBERA M., GUARISO (a cura di), Torino, 2019, 501 ss.; AMATO, BARBERA M., CALAFÀ, *Codificazioni mancate: riflessioni critiche sul codice delle pari opportunità*, in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, BARBERA M. (a cura di), Milano, 2007, 227 ss.; BALLESTRERO, *Ancora sui "rider". La cecità discriminatoria della piattaforma*, in *Labor* 2021, 1, 104 ss.; BARBERA M., *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Milano, 1991; BARBERA M., *La sfida dell'eguaglianza*, RGL. 2000, 245 ss.; BARBERA M., *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Milano, 2007; BARBERA M., *Il licenziamento alla luce del diritto antidiscriminatorio*, in *RGL* 2021, 1, 139; BARBERA M., *Il cavallo e l'asino. Ovvero dalla tecnica della norma inderogabile alla tecnica antidiscriminatoria*, in *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, BONARDI (a cura di), Roma, 2017, 17 ss.; BARBERA M., *Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione*, in *Labour & Law Issues* 2021, vol. 7, n. 1, 1-1 ss.; BARBERA M., GUARISO (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, Torino, 2019; BELLO, *Intersezionalità. Teorie e pratiche tra diritto e società*, Milano, 2020; BONARDI, *Le discriminazioni basate sull'età*, in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, BARBERA M. (a cura di), Milano, 2007, 138 ss.; BONARDI, *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, Roma, 2017; BONO, *Disabilità e licenziamento discriminatorio per superamento del periodo di comporto*, <https://www.italianequalitynetwork.it/disabilita-e-licenziamento-discriminatorio-per-superamento-del-periodo-di-comporto/>, 2022; BORELLI, RANIERI, *La discriminazione nel lavoro autonomo. Riflessioni a partire dall'algoritmo Frank*, in *Labour & Law Issues* 2021, vol. 7, n. 1, 1-21ss.; BRONZINI, *Verso la fine dell'italica discriminazione dei migranti lavoratori regolari dall'accesso alle prestazioni familiari? La Corte di giustizia stigmatizza la legislazione italiana*, in *Lavoro Diritti Europa*, n. 4/2021; CALAFÀ, *Il dito, la luna e altri fraintendimenti in materia di parità tra donne e uomini*, <https://www.italianequalitynetwork.it/il-dito-la-luna-e-altri-fraintendimenti-in-materia-di-parita-tra-donne-e-uomini/>, 2022; CURCIO, *Lavoratrici madri e discriminazione per genitorialità in caso di modifiche di orario lavorativo: la cura dei figli riguarda ancora soprattutto le donne...*, in *QG*, 2022; DE LUCA TAMAJO, *Prefazione a SANTUCCI, Parità di trattamento, contratto di lavoro e razionalità organizzativa*, Torino, 1997; FARKAS, *Segregation of Roma children in education. Addressing structural discrimination through the Race Equality Directive*, Lussemburgo, 2007; FAVILLI, *Commento all'art. 21*, in *Commentario alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, MASTROIANNI, POLLICINO, ALLEGREZZA, PAPPALARDO, RAZZOLINI (a cura di), Milano, 2017; FERRARO, *Vecchi e nuovi problemi in tema di efficacia diretta orizzontale della Carta*, in *Federalismi*, 2019, n. 10, <https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=38645>; FREDMAN, *Discrimination Law*, Oxford, 2011; GAETA (a cura di), *La famiglia nel prisma giuslavoristico: valori, rapporti, tutele*, Napoli, 2022; GOTTARDI, *Dalle discriminazioni di genere alle discriminazioni doppie o sovrapposte: le transizioni*, in *GDLRI*, 2003, 447 ss.; GUARISO (a cura di), *Senza distinzioni. Quattro anni di contrasto alle discriminazioni istituzionali nel Nord Italia*, Milano; GUARISO, *Assegno unico universale e nuova Legge europea: novità e contraddizioni*, <https://www.italianequalitynetwork.it/assegno-unico-universale-e-nuova-legge-europea-novita-e-contraddizioni/>, 2022; GUARISO, MILITELLO., *La tutela giurisdizionale*, in *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, BARBERA M., GUARISO (a cura di), Torino, 2019, 445 ss.; GUARISO, *Stranieri e accesso alle prestazioni sociali e ai servizi*, ASGI, 2021; *Guide on Article 14 of the European Convention on Human Rights and on Article 1 of Protocol No. 12 to the Convention*, 2021; *In direzione ostinata e contraria. Alcune domande obbligate sul diritto del lavoro a una Signora del secolo scorso. Intervista di Vincenzo Antonio Poso*

a Maria Vittoria Ballestrero, in *Lavoro Diritti Europa*, 2021, 1, 1 ss.; ILO, *Compilation of decisions of the Committee on Freedom of Association*, 2018, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-/ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_632659.pdf; IZZI, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Napoli, 2005; MAZZOTTA, *La resistibile ascesa della parità di trattamento nel rapporto di lavoro*, in *FI*, 1990, 2887; MCCOLGAN, *Class wars? Religion and (In)equality in the Workplace*, *Industrial Law Journal*, 2009, 23 ss.; MERCAT BRUNS, OPPENHEIMER, SARTORIUS (a cura di), *Comparative Perspectives on the Enforcement and Effectiveness of Antidiscrimination Law*, Cham, 2018; MILITELLO, STRAZZARI, *I fattori di discriminazione*, in *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, BARBERA M., GUARISO (a cura di), Torino, 2019, 85 ss.; NUSSBAUM, *Women and Human Development*, Cambridge, 2000; OPPENHEIMER, FOSTER, HAN (A CURA DI), *Comparative Equality and Anti-discrimination Law*, New Yprk, 2012; PERUZZI, *Il diritto antidiscriminatorio al test di intelligenza artificiale*, in *Labour & Law Issues*, 2021, vol. 7, n. 1, 1-50 ss.; PICCONE, *Vulnerabilità del singolo e universalità dei diritti: un nuovo corso per la nomofilachia?*, in *QG*, 2021; PROTOPAPA, *I casi Achbita e Bougnaoui. Il velo islamico tra divieto di discriminazione, libertà religiosa ed esigenze dell'impresa*, *ADL*, 2017, 1079 ss.; PROTOPAPA, *Uso strategico del diritto e azione sindacale*, Bologna, 2021; RANIERI, *Identità, organizzazioni, rapporto di lavoro*, Padova, 2017; REICH, *The Impact of the Non-discrimination Principle on Private Autonomy*, in *The Involvement of EU Law in Private Relationships*, LECZYKIEWICZ, WEATHERILL (a cura di), Oxford 2013; RIZZI, *L'algoritmo Frank: un caso di discriminazione ipotetica?*, in *Labour Law Community*, 2021, <https://www.labourlawcommunity.org/senza-categoria/lalgoritmo-frank-un-caso-di-discriminazione-ipotetica/>; RIZZI, *Ancora sulla doppia pregiudizialità. I diritti dimenticati nel dialogo tra le Corti, tra resistenze e deresponsabilizzazioni nell'attuazione del diritto dell'Unione*, in *QG*, 2021; RIZZI, *Il caso N.H. I rimedi del diritto agli atti linguistici di discriminazione e la libertà di fare cose con le parole*, in *RGL*, 2020, 4, II, 575 ss.; ROMAGNOLI, *Eguaglianza e differenza nel diritto del lavoro*, in *GDRLI*, 1994, 545 ss.; ROSSI, *Framing the Principle of Non-Discrimination on Grounds of Nationality. Art. 18(1) TFEU in the ECJ case law*, in *DUE*, 2020, 237 ss.; SANDEL, *La tirannia del merito*, Milano, 2021; SARMIENTO, *The Consob way – or how the Corte costituzionale taught Europe (once again) a masterclass in Constitutional dispute settlement*, in *EU LAW LIVE*, 2021, n. 54, 1 ss., https://issuu.com/eulawlive/docs/weekend_edition_54; SCHIAVONE, *Eguaglianza*, Torino, 2019; SCIARRA, *Lenti bifocali e parole comuni: antidoti all'accentramento nel giudizio di costituzionalità*, in *Federalismi.it*, 2021, <https://www.federalismi.it/ApplOpenFilePDF.cfm?artid=44831&dpath=document&dfile=27012021105016.pdf&content=Lenti%2Bbifocali%2Be%2Bparole%2Bcomuni%3A%2Bantidoti%2Ball%E2%80%99accentramento%2Bnel%2Bgiudizio%2Bdi%2Bcostituzionalit%C3%A0%2B%2D%2Bstat%2B%2D%2Bdottrina%2B%2D%2B>; SEN, *Development as Freedom*, New York, 1999; SORDA, *Eweida and others v. The United Kingdom, ovvero quando fede e lavoro non vanno d'accordo e il "margine di apprezzamento" non aiuta a chiarire le cose*, in *Diritti comparati*, <https://www.diritticomparati.it/eweida-and-others-v-the-united-kingdom-ovvero-quando-fede-e-lavoro-non-vanno-daccordo-e-il-margine-d/>, 2013; SUPLOT (a cura di), *Les gardiens des droits sociaux en Europe*, in *Semaine sociale Lamy*, 2016, n. 1746; TARQUINI, *Discriminazione diretta per orientamento sessuale e organizzazioni di tendenza (nota a Corte d'appello di Trento, 23 febbraio 2017)*, in *QG*, 2018; TARQUINI, *La doppia pregiudizialità alla prova dell'effettività della tutela: riflessioni di una giudice di merito a margine del caso ANF*, in *QG*, 2021; TARQUINI, *Obblighi di cura e organizzazione del lavoro: alcune osservazioni alla luce della l. 162/2021*, in *Labor*, 2022, 1, 129

ss.; TREU, *Condotta antisindacali e atti discriminatori*, Milano, 1974; VARI, *L'affermazione del principio dell'eguaglianza nei rapporti fra i privati. Profili costituzionali*, Torino, 2017; XENIDIS, *Multiple Discrimination in EU Anti-Discrimination Law: Towards Redressing Complex Inequalities?*, in *EU Anti-Discrimination Law Beyond Gender*, BELAVUSAU, HENRARD (eds.), Oxford-Portland, 2019.