

I concetti di discriminazione diretta e indiretta[?]

Michel Miné^{??}

I. Introduzione

???Le sfide

Il diritto comunitario mira a ridurre sensibilmente le discriminazioni al fine di eliminarle nello spazio europeo, in particolare in materia di occupazione. Pur avendo la discriminazione contraddistinto a lungo la storia dei popoli europei, fino ad oggi, l'Unione europea propone attivamente un originale modello di sviluppo, economico, sociale e culturale, facendo leva sul diritto¹.

Quest'ambizione è l'espressione di una cultura umanista che riconosce determinati diritti alle persone, innanzi tutto il diritto alla dignità, che è alla base dei diritti dell'uomo. Esprime anche la preoccupazione di utilizzare tutte le risorse umane disponibili, evitando lo spreco delle competenze necessarie alle aziende e alla collettività. Ogni persona deve quindi poter partecipare al lavoro comune, nel proprio interesse e per garantire la coesione sociale².

Per raggiungere questo obiettivo, il diritto può essere usato come un credibile strumento per contrastare le discriminazioni. Il concetto di discriminazione preso in considerazione esprime queste sfide.

?

?. Definizione

Nel linguaggio comune «discriminare» significa «distinguere». Nel linguaggio giuridico, però, discriminare significa trattare in modo sfavorevole una persona per un motivo vietato.

Una discriminazione non è solamente una distinzione. Non tutte le distinzioni sono illecite e non tutte costituiscono una discriminazione. Alcune persone possono essere lecitamente trattate in modo diverso.

Una discriminazione non consiste solamente in una disparità di trattamento. Una disparità di trattamento può essere illegittima senza costituire una discriminazione e la sua sanzione, laddove possibile, non rientra nella sfera del diritto in materia di discriminazione.

Una discriminazione presuppone la coesistenza di più elementi. Una distinzione o una disparità di trattamento è una discriminazione solo quando è illecita³. Una discriminazione ha luogo quando una disparità di trattamento sfavorevole è illegittima e si basa su un criterio su cui il diritto impedisce di fondare delle distinzioni giuridiche.

?. Un'evoluzione ambiziosa del diritto

In questa ricerca di una definizione della discriminazione, l'evoluzione del diritto comunitario è significativa.

I testi comunitari iniziali citavano i termini di discriminazione, diretta o indiretta, senza definirli⁴.

[?] Testo rivisto della presentazione svolta nell'ambito della conferenza «Lotta contro la Discriminazione: le Nuove Direttive del 2000 sulla Parità di Trattamento», Treviri, 31 marzo - 1° aprile 2003.

^{??} Michel Miné, professore associato di diritto privato all'Università di Cergy-Pontoise.

¹ S. Stromholm, *L'Europe et le droit*, PUF, Parigi, 2002.

² Trattato di Amsterdam, artt. 2, 3 k e 2, 13, 136.

³ D. Lochak, «Réflexions sur la notion de discrimination», A. Lester, «La législation anglaise contre la discrimination», *Droit social*, Parigi, 1987, pp. 778 e 791.

⁴ Nella fattispecie, il regolamento n. 1612/68 del Consiglio, del 15 ottobre 1968, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità e la direttiva 76/207/CEE del Consiglio, del 9 febbraio 1976, relativa

Di conseguenza il giudice comunitario si è assunto questo compito di definizione, assolvendolo, mediante la sua giurisprudenza, sia per la libera circolazione dei lavoratori che, in misura maggiore, per l'uguaglianza professionale tra gli uomini e le donne sul lavoro. Questo diritto all'uguaglianza professionale, testuale e soprattutto giurisprudenziale, è un diritto generoso. Infatti i suoi progressi concettuali alimentano gli altri rami del diritto in materia di discriminazione e proteggono le persone oggetto di altre discriminazioni.

Infine il trattato di Amsterdam prende in considerazione un maggior numero di discriminazioni vietate, pur senza proporre delle definizioni⁵. Sulla base di questa nuova disposizione e sulla scia della giurisprudenza relativa all'«uguaglianza professionale», le nuove direttive sulla discriminazione riprendono tale contributo teorico. Quanto detto vale per le due direttive del 2000, quella contro la discriminazione razziale⁶ e la direttiva quadro⁷, e per la direttiva sulla riformulazione della direttiva relativa all'uguaglianza professionale del 2002⁸. In questi documenti sono definiti i concetti di discriminazione diretta e indiretta.

Il diritto comunitario in materia di discriminazione comprende dati comuni ai due concetti (I), un concetto rinnovato di discriminazione diretta e (II) un concetto di discriminazione indiretta innovativo (III).

II. Prospettive comuni

? . Una struttura elaborata

Il diritto in materia di discriminazione può essere paragonato ad un albero:

- ?? le radici sono rappresentate dai valori incarnati e difesi da questo diritto (ovvero la dignità della persona e i relativi sviluppi)
- ?? il tronco corrisponde alle regole applicabili e agli aspetti comuni a tutte le discriminazioni (in particolare i concetti di discriminazione e il regime probatorio)
- ?? i rami rappresentano ognuno un ambito discriminatorio particolare (sessuale, razziale, ecc.), con le sue specificità giuridiche, storiche e sociologiche, con possibili trasferimenti di soluzioni giuridiche tra i rami.

? . Concetti collegati

Una discriminazione è la mancanza di uguaglianza per un motivo vietato. Il concetto di discriminazione dipende quindi strettamente dal concetto di uguaglianza⁹. Il diritto del lavoro prevede due concetti di uguaglianza:

- ?? l'uguaglianza astratta: implica che una regola venga applicata allo stesso modo a tutte le persone interessate. È il caso ad esempio dell'uguaglianza davanti alla legge. Questo concetto di uguaglianza è riportato nei testi fondatori dello stato di diritto¹⁰. Nell'ambito di questo concetto, vengono vietate le discriminazioni che consistono nell'applicare una norma diversa o in modo diverso a persone che sono

all'attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne, per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionale e le condizioni di lavoro.

⁵L'art. 13 del Trattato di Amsterdam si riferisce a tutte le discriminazioni fondate su criteri diversi.

⁶Direttiva 2000/43/CE del Consiglio, del 29 giugno 2000, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, art. 2 Nozione di discriminazione.

⁷Direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, art. 2 Nozione di discriminazione.

⁸Direttiva 2002/73/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 settembre 2002 che modifica la direttiva 76/207/CEE del Consiglio relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento tra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro.

⁹C. MacCrudden, il nuovo concetto di uguaglianza

¹⁰Dichiarazione universale dell'ONU del 1948, Dichiarazione francese dei diritti dell'uomo del 1789, ecc.

nella stessa condizione; pur conservando tutto il suo valore, questo concetto si dimostra insufficiente nel cogliere l'atto discriminatorio nel suo insieme.

?? l'uguaglianza concreta: implica che una norma deve essere applicata alle persone interessate tenendo presente la situazione concreta in cui ognuno si trova. Infatti in numerose situazioni è possibile effettuare una discriminazione applicando una norma allo stesso modo a persone che sono in condizioni diverse; il non tenere conto delle differenze può essere discriminatorio.

Dal concetto teorico dell'uguaglianza deriva un concetto della discriminazione. Il concetto preso in considerazione ha conseguenze pratiche sulle risposte da fornire alle questioni che vengono sollevate, in occasione di controversie o nell'ambito delle trattative collettive.

Di conseguenza, in un contenzioso relativo a due cause simili, considerare il congedo di maternità come un'assenza uguale a quelle di altro tipo, in un concetto di uguaglianza astratto, o al contrario come un'assenza diversa e specificatamente femminile, in un concetto di uguaglianza concreto, porta a concludere che non vi sia discriminazione o, al contrario, che esista una discriminazione sessuale diretta per le donne escluse da un vantaggio rappresentato dall'assenza per congedo di maternità¹¹.

Nel diritto del lavoro non esiste alcun principio generale di uguaglianza. Un tale principio confrontato al potere del datore di lavoro, effettivo e concesso dalla legge, si rivelerebbe molto fragile.

Una discriminazione può essere diretta o indiretta, pertanto per il giudice comunitario una discriminazione può consistere nell'applicazione di regole diverse a situazioni simili oppure nell'applicazione della stessa regola a situazioni diverse¹². Il diritto comunitario tende quindi a realizzare l'uguaglianza di diritto e di fatto.

3. Un ampio campo d'applicazione

a. I concetti di discriminazione si applicano al settore pubblico e al settore privato, compresi gli enti pubblici (che non possono ignorare la legge applicabile al loro personale).

b. Non esiste alcun principio generale di non discriminazione, né a livello comunitario, né a livello internazionale¹³. Infatti, il diritto enuncia delle regole di non discriminazione a vantaggio di persone fisiche che la società considera come più vulnerabili sul mercato del lavoro. L'elenco dei motivi vietati, rivelatore dei valori della società, è limitativo e variabile.

Nel diritto positivo comunitario è dunque vietato discriminare una persona o un gruppo di persone, ovvero basarsi su un criterio relativo al suo modo essere¹⁴ e di agire¹⁵, per prendere una decisione sfavorevole contro tale persona o gruppo.

Il diritto comunitario non prende in considerazione tutti i criteri usati nel diritto internazionale, disponendo di un elenco di criteri più limitato rispetto ad altre fonti¹⁶. Il diritto

¹¹CGCE, 30 aprile 1998, CNAVTS contro *Evelyne Thibault*, causa C-136/95.

¹²CGCE 17 giugno 1998, *Kathleen Hill*, causa. C-243/95, racc. 1998 p. I-3739.

¹³A livello internazionale, la rimozione della discriminazione in materia di lavoro e professione costituisce uno dei quattro pilastri del diritto del lavoro (Dichiarazione tripartita OIL sui diritti fondamentali dei lavoratori ed emendamenti successivi, del 19 giugno 1998, Rapporto globale della 91^a sessione 2003, Convenzione dell'OIL n. 111 del 1958).

¹⁴il sesso, la nazionalità, la razza o l'origine etnica, l'handicap, l'età.

¹⁵la religione o le convinzioni personali, la tendenza sessuale.

¹⁶Non sono citati in particolare i criteri dell'origine sociale, dell'attività sindacale o dell'opinione politica (cfr. Convenzione europea dei diritti dell'uomo, CEDU, art. 14; convenzioni dell'Organizzazione internazionale del lavoro, OIL, nn. 111 e 97). In compenso il progetto della Convenzione per una costituzione europea prevede un lungo elenco di criteri (art. II-21).

comunitario prevede però più discriminazioni che colpiscono le donne, per via del loro sesso e in particolare delle loro origini¹⁷. Vieta l'istigazione alla discriminazione verso le persone che soddisfano un criterio ma anche verso le persone che, pur non soddisfacendo un criterio, subiscono un trattamento sfavorevole¹⁸.

c. Poiché la disparità di trattamento è vietata per tutto ciò che riguarda l'attività professionale, gli ambiti d'applicazione dei concetti di discriminazione sono alquanto estesi. Lo stesso dicasi:

- ?? per l'accesso al lavoro, momento critico durante il quale le pratiche discriminatorie sono frequenti e più gravi, in cui si palesa il rifiuto dell'esclusione
- ?? nello svolgimento dell'attività lavorativa, in particolare in materia di remunerazione, condizioni di lavoro e occupazione, promozione, formazione professionale, licenziamento, in cui si palesa il rifiuto dello sfruttamento.

A partire da questa ampia elencazione, di cui alcune designazioni costituiscono degli standard, è possibile dedurre alcuni atti discriminatori vietati. Lo stesso dicasi per la segregazione, che costituisce una condizione di lavoro sfavorevole in materia di assegnazione di compiti.

Anche le molestie sono una forma di discriminazione¹⁹. Le molestie possono esprimersi nei diversi ambiti di discriminazione (sesso, origine etnica, handicap, ecc.). Il comportamento preso in considerazione è molto ampio, poiché comprende non solo gli atti perpetrati con l'intento di violare una persona, ma anche quelli che conseguono lo stesso risultato pur non essendo dettati dalla stessa volontà. Queste molestie possono essere compiute da persone in posizioni gerarchicamente superiori (verticale), da colleghi (orizzontale) o essere di tipo ambientale.

L'incitamento alla discriminazione riguarda tutte le persone, in modo particolare, anche se non esclusivo, le persone in posizione gerarchicamente superiore.

d. La portata giuridica di questi concetti è notevole. È pertanto possibile passare al vaglio qualsiasi norma giuridica per verificarne l'aderenza al diritto in materia di lotta alla discriminazione, diretta e soprattutto indiretta. Possono così essere dichiarate contrarie al diritto, quindi rimanere inapplicate:

- ?? le norme della produzione giuridica delle parti sociali, in particolare delle convenzioni collettive di lavoro²⁰
- ?? le norme della produzione giuridica statale (disposizioni legislative²¹, regolamentari ed amministrative).

III. Un concetto rinnovato: la discriminazione diretta

Il concetto di discriminazione diretta include l'atto discriminatorio nei confronti degli effetti prodotti (A) e in senso esteso per alcune persone (B). In alcuni casi particolari, il ricorso ad un criterio può essere alla base di una disparità di trattamento (C).

¹⁷F. Gaspard, «Lutter conjointement contre le racisme et le sexisme», 45^a sessione della Commissione sullo statuto delle donne (ONU), Prochoix, Parigi, n. 18, estate 2001. A.Ardura et V.Simon, «Combattre les discriminations en Europe : expériences de lutte contre les discriminations à l'égard des femmes immigrées», Programma di ricerca Codelfi, Commissione, DG V, relazione finale gennaio 2001, Iséres.

¹⁸Art. 2.4 delle direttive di cui sopra.

¹⁹Art. 2.3.

²⁰CGCE 30 aprile 1998 CNAVTS contro *Evelyne Thibault*, causa C-136/95, di cui sopra.

²¹CGCE 9 febbraio 1999, Regina contro Secretary of State for Employment, causa C-167/97.

1. Il principio

a. Obiettivo

La discriminazione diretta adotta un criterio per valutare una disparità di trattamento. Una discriminazione ha luogo quando una persona viene trattata in modo meno favorevole, per un motivo vietato.

La discriminazione diretta può così essere intenzionale ed esplicita relativamente al motivo vietato. Poiché tuttavia una tale discriminazione, affermata in modo esplicito in particolare in una norma, viene constatata sempre più raramente, il diritto sottolinea l'effetto generato dalla disparità di trattamento, secondo un concetto obiettivo della discriminazione²². Il carattere intenzionale della discriminazione ormai non è più un elemento essenziale, negli ambiti civile e amministrativo²³.

Quando viene constatata la disparità di trattamento sfavorevole, in un ambito, ovvero relativamente ad un criterio vietato²⁴, la discriminazione viene considerata come esistente.

Pertanto è opportuno chiedersi se le persone avrebbero ricevuto lo stesso trattamento qualora non avessero soddisfatto il criterio in questione²⁵.

b. Metodo

L'approccio della discriminazione esercitata si svolge mediante un confronto che è attuato:

?? tramite l'analisi delle situazioni

Il confronto non viene limitato a situazioni identiche, raramente riscontrate, ma occorre verificare se le situazioni sono effettivamente «comparabili». Tramite un esame approfondito dei fatti materiali, vengono valutate le situazioni. Il metodo di confronto deve essere obiettivo, scevro da stereotipi.

?? tramite un'analisi nel tempo

Può trattarsi di un confronto *in concreto*. La confrontabilità nel tempo è ampia.

Le situazioni osservate possono essere attuali, e questo è il caso meno complesso da studiare. Per effettuare questi confronti sincronici, dev'essere preso in considerazione un certo numero di elementi²⁶.

Ma le situazioni possono essere una successiva all'altra. Possono essere applicati gli stessi elementi, ma a situazioni diacroniche²⁷. Questi confronti retroattivi tra situazioni successive possono essere effettuati senza limite temporale.

²²Le norme internazionali prendono in considerazione la discriminazione per gli effetti che causa: Convenzione n. 111 dell'OIL, convenzioni dell'ONU sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne, del 1971, e di discriminazione razziale, del 1965.

²³Nel diritto penale, dove deve essere garantita la presunzione d'innocenza, la giurisprudenza si mostra meno esigente nel dimostrare l'intenzione dell'infrazione (cfr. in diritto francese: *M. Miné*, «La discrimination raciale à l'embauche devant le juge pénal», *Le Droit ouvrier*, Parigi, luglio 2003).

²⁴La versione inglese del testo, «on grounds of», sembra più corretta della versione francese, «pour des raisons de».

²⁵Si tratta del «criterio dell'elemento distintivo unico», «but for test», CGCE 17 febbraio 1998, *Lisa Jacqueline Grant*, causa C-249/96. Sull'evoluzione della giurisprudenza nel Regno Unito in materia, si veda *Miné*, «Approche juridique de la discrimination raciale au travail : une comparaison France - Royaume-Uni», *Travail et Emploi*, Parigi, n. 80, settembre 1999, pag. 91 e, in particolare, pag. 96.

²⁶CGCE 31 maggio 1995, causa C-400/93 (situazione considerata simile); CGCE 11 maggio 1999, causa C-309/97 (situazione considerata non simile). A seconda dei casi è opportuno esaminare in particolare la natura del lavoro e le funzioni esercitate, nonché la formazione professionale.

Può trattarsi di un confronto *in abstracto*. Tale opportunità di confronto con persone ipotetiche è una risorsa che può dare buoni risultati. Fornisce una chiave di lettura delle situazioni di fatto quando, a causa delle segregazioni sul mercato del lavoro, i confronti concreti sono impossibili²⁸. Considerando le persone che subiscono un trattamento che appare poco favorevole, è opportuno chiedersi quale sarebbe il trattamento riservato ad altre persone che non soddisfano lo stesso criterio²⁹. Si è già proceduto a questo tipo di confronto ipotetico per esaminare la situazione delle donne in caso di maternità³⁰. In questo approccio, l'autore del trattamento in questione deve spiegare le cause oggettive della situazione percepita come sfavorevole.

2. Disposizioni specifiche per le persone disabili

Ora il datore di lavoro è obbligato a realizzare gli adattamenti ragionevolmente necessari per consentire ad una persona disabile di accedere ad un impiego e di esercitare una funzione³¹. La persona disabile gode del diritto di ottenere gli adattamenti che tengano conto delle caratteristiche del suo handicap (locali, materiali, ambiente di lavoro). Tali adattamenti costituiscono una misura obbligatoria destinata a garantire la parità di trattamento, da non confondere con un'azione positiva aleatoria destinata ad evitare o a porre rimedio alla discriminazione.

Il datore di lavoro può esimersi dal prendere delle misure, quindi dal privare una persona di un lavoro o di una carriera normale, solo se l'onere finanziario è sproporzionato. Deve giustificare questo carattere sproporzionato rispetto sia all'azienda (mezzi finanziari), sia alla politica dello Stato (sussidi all'occupazione delle persone disabili). Un rifiuto ingiustificato di apportare tali adattamenti costituisce una discriminazione diretta.

3. Deroghe limitate

Poiché una discriminazione diretta si scontra direttamente con il principio di uguaglianza in diritto, non può essere giustificata³². Il divieto di discriminazione conosce quindi solo delle deroghe eccezionali, identificate in modo preciso e relative ad alcune occupazioni.

a. Un'esigenza professionale essenziale e determinante

Una disparità di trattamento può fondarsi lecitamente su un criterio, quando questo costituisce un'esigenza professionale essenziale e «determinante»³³.

Questa eccezione alla regola, ovvero il considerare che ciò non costituisce una discriminazione, si applica in modo restrittivo nei confronti degli obiettivi delle direttive. Pertanto in ogni caso la richiesta di non applicazione della regola deve essere legittima e attuata in modo proporzionato. Infatti questa eccezione comporta l'esclusione delle persone che non soddisfano il criterio in causa e un'accettazione troppo ampia lederebbe l'obiettivo, permettendo l'emergere di stereotipi di qualsiasi genere.

²⁷CGCE 27 marzo 1980, causa C-129/79, *Macarthys Ltd contro Wendy Smith*.

²⁸*M.-T. Lanquetin*, «L'égalité entre les femmes et les hommes : sur la directive 2002/73 CE du 23 sept. 2002», *Droit social*, Parigi, 2003, pag. 315.

²⁹In un'azienda in cui le funzioni di segreteria amministrativa vengono esercitate da donne, dove gli addetti alle pulizie sono immigranti originari di ex colonie, ecc., quale sarebbe il trattamento applicato (retribuzioni, compiti assegnati, formazione, ecc.) se questi posti fossero occupati da persone del gruppo dominante nell'azienda, da «uomini nazionali bianchi»? Per il Québec, *M.-T. Chicha*, «L'équité salariale : mise en oeuvre et enjeux», Ed. *Yvon Blais*, Québec, 1997, sulla legge del 21 novembre 1996, sugli impieghi a preponderanza femminile.

³⁰CGCE 4 ottobre 2001, *Tele Danmark*, causa C-109/00.

³¹Art. 5 della direttiva quadro. *A. Hendriks*, «L'aménagement raisonnable», comunicazione del 1° aprile 2003, ERA (Treviri).

³²CGCE 8 novembre 1990, *Dekker*, causa C-177/88.

³³Art. 4 della direttiva contro la discriminazione razziale, art. 4.1 della direttiva quadro, art. 2.6. della direttiva sull'uguaglianza tra uomini e donne.

Le attività professionali interessate, individuate in modo preciso, potranno essere indicate tramite una norma dello Stato, sotto forma di elenchi basati su criteri, o tramite la giurisprudenza, secondo casi particolari³⁴.

b. Attività professionali a carattere religioso

Nelle attività professionali delle chiese e delle organizzazioni fondate sulla religione o sulle convinzioni personali, il criterio della religione o delle convinzioni personali può fungere da fondamento per una disparità di trattamento se questo criterio rappresenta un «requisito essenziale, legittimo e giustificato per lo svolgimento dell'attività lavorativa»³⁵. Questa esigenza verrà quindi valutata in modo diverso a seconda degli impieghi interessati.

Gli Stati possono mantenere la loro legislazione che prevede già una tale deroga o recepire le prassi esistenti in una legislazione, ma non possono prevedere nuove disposizioni in materia. L'eccezione alla regola è circoscritta a quanto è già stato considerato come indispensabile.

Questa disparità di trattamento basata sul criterio della religione non può giustificare una discriminazione fondata su un altro criterio (sesso, origine etnica, handicap, ecc.).

IV. Un concetto innovativo: la discriminazione indiretta

Il concetto di discriminazione indiretta può permettere di cogliere l'intero ambito della discriminazione (A), in particolare le discriminazioni sistemiche (B). Tuttavia una discriminazione indiretta può essere giustificata (C).

1. Ricerca di un effetto discriminatorio potenziale

a. Contenuto del concetto

Tra i contributi più importanti del diritto comunitario, testuale e giurisprudenziale, figura il concetto di discriminazione indiretta³⁶. Il metodo legato a questo concetto consentirà di scoprire la discriminazione nascosta.

Secondo le direttive, una discriminazione indiretta ha luogo:

- 1) quando una disposizione, un criterio o una pratica (una regola o un uso in vigore nell'azienda o nello Stato)
- 2) apparentemente neutro (ovvero senza riferimento ad alcun criterio)
- 3) può causare uno svantaggio particolare³⁷ alle persone che soddisfano uno o più criteri, oppure
- 3 bis) causerebbe svantaggi particolari alle persone di un sesso, rispetto a quelle dell'altro sesso³⁸
- 4) salvo quando, tale disposizione, criterio o pratica non sia giustificata oggettivamente da un obiettivo legittimo e i mezzi siano adeguati e necessari.

Le tre direttive tendono pertanto a fornire una nuova definizione unica della discriminazione indiretta, sottolineando l'unicità del concetto di discriminazione.

³⁴Di conseguenza gli impieghi che espongono a situazioni di elevata violenza possono non essere accessibili alle donne, CGCE 26 ottobre 1999, *Angela Maria Sirdar contro The Army Board, Secretary of State for Defence*, causa C-273/97. Lo stesso varrebbe per le persone con una salute cagionevole per via del loro handicap o delle loro età. *A contrario*, l'interpretazione del ruolo di Otello, di Shakespeare, potrebbe essere assegnata preferibilmente ad un attore di pelle scura.

³⁵Art. 4.2 della direttiva quadro.

³⁶Questo concetto giuridico è di origine statunitense: Corte suprema *Griggs contro Duke Power Co.*, 1971 401 US 424.

³⁷Direttive 2000/43 e 2000/78, di cui sopra.

³⁸Direttiva 2002/73, di cui sopra.

Quando le tre prime condizioni vengono soddisfatte, esiste una presunzione di discriminazione indiretta. Per definizione, in materia di discriminazione indiretta non viene presa in considerazione l'intenzione dell'autore della discriminazione, ma conta solo il risultato, che sia già realizzato, ovvero l'effetto discriminatorio³⁹, o che sia suscettibile di essere realizzato⁴⁰.

Come in materia di discriminazione diretta, il metodo è comparativo. Il concetto di discriminazione indiretta si è però evoluto. Non si tratta più di misurare i reali effetti quantitativi sfavorevoli della misura in questione⁴¹ ma, più qualitativamente, di esaminare i potenziali effetti sfavorevoli di una misura su persone che soddisfano un determinato criterio, rispetto ad altre persone. Il potenziale effetto discriminatorio viene valutato relativamente ad una caratteristica di una persona in modo inscindibile da un criterio.

Il concetto è innovativo. Da una parte, l'azione contro la discriminazione può situarsi a monte di un effetto discriminatorio constatato, una prassi o una norma sospette, che vengono così rimesse in discussione in via anticipata e preventiva. Dall'altra parte, la nuova definizione consente di affrontare le discriminazioni indirette legate a criteri per i quali mancherebbero i dati quantitativi (ad esempio l'handicap o la tendenza sessuale).

Di conseguenza in un'azienda privata o in ente pubblico, dove il personale è composto da cittadini nazionali, la politica che consiste nell'assumere in modo privilegiato i figli del personale è suscettibile di costituire una discriminazione indiretta per le persone di origine straniera alla ricerca di un impiego.

La valutazione dell'effetto sfavorevole può essere effettuata su persone o gruppi di persone. Nel secondo caso, si pone un quesito in materia di discriminazione razziale: è opportuno definire a posteriori, senza individuare le singole persone⁴², le misure attuate dal datore di lavoro in violazione del criterio vietato (ad esempio colore della pelle, patronimico, accento, ecc.).

Tale concetto di discriminazione indiretta consente di mettere in luce le discriminazioni opache o camuffate e risolve la questione delle rappresentazioni stereotipate⁴³. Si tratta di una modalità di lettura della realtà, che consente d'indagare, sulla base della parità di trattamento, le decisioni del datore di lavoro⁴⁴, le norme convenzionali adottate dalle parti sociali⁴⁵, la legislazione nazionale⁴⁶ e più in generale le politiche pubbliche e private.

In materia di discriminazione indiretta, il processo probatorio⁴⁷ è strettamente collegato al concetto stesso. Il regime probatorio può restituire alla controversia la sua dimensione sociologica.

b. Un concetto al servizio dell'uguaglianza di fatto

La discriminazione indiretta usa un criterio diverso da quelli vietati dal diritto comunitario per giustificare una disparità di trattamento, nei confronti delle persone che soddisfano uno di questi criteri. Il risultato è analogo a quello di una discriminazione diretta,

³⁹ Alla base di questo concetto sono le sentenze della CGCE del 31 marzo 1981, *Jenkins*, causa 96/80, e del 13 maggio 1986, *Bilka*, causa 170-84, in materia di uguaglianza professionale.

⁴⁰ CGCE 23 maggio 1996, *John O'Flynn*, causa C-237/94, in materia di libera circolazione dei lavoratori.

⁴¹ Direttiva 97/80, del 15 dicembre 1997, che riprende la giurisprudenza comunitaria in materia di discriminazione professionale tra le donne e gli uomini.

⁴² Direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, art. 8.

⁴³ CGCE 28 marzo 2000, *G. Badeck*, causa C-158/97. Questa decisione fa riferimento ai «pregiudizi e alle idee stereotipate relative al ruolo e alle capacità della donna nella vita attiva».

⁴⁴ CGCE 17 ottobre 1989, *H.K. contro Danfoss*, causa 109/88.

⁴⁵ CGCE 30 aprile 1998, *CNAVTS*, di cui sopra.

⁴⁶ CGCE 9 febbraio 1999, *Regina*, di cui sopra.

⁴⁷ *O. de Schutter*, La charge de la preuve.

ma in seguito ad un processo diverso. La discriminazione indiretta viene così nascosta da un criterio neutro che funge da schermo⁴⁸, ma può essere scoperta esaminando gli effetti della norma o della prassi: la discriminazione indiretta è una discriminazione di fatto.

L'approccio alla discriminazione indiretta evidenzia come delle persone che soddisfano uno o più criteri siano vittime di una discriminazione, individuando così dei gruppi di persone discriminate. In un primo tempo l'azione può mirare a stabilire la parità di trattamento a vantaggio di queste persone, sopprimendo la pratica discriminante. In un secondo tempo però l'azione contro la discriminazione indiretta può sfociare in una politica di pari opportunità e all'adozione di azioni positive⁴⁹ temporanee di riadeguamento, a vantaggio di queste persone e più in generale delle persone che soddisfano lo stesso criterio, prevedendo una clausola di apertura per le altre persone⁵⁰.

2. Un concetto efficiente per cogliere la discriminazione sistemica

a. Il carattere sistemico della discriminazione

Le discriminazioni sistemiche sono la risultante di prassi in atto in un'azienda, un bacino di occupazione, un settore di attività, istituzioni, ovvero nella società intera. Tali prassi sono il frutto di stereotipi o di meccanismi apparentemente neutri e usati in modi più o meno espliciti. In questo contesto il sistema genera discriminazione.

Ad esempio il sistema può essere il processo di selezione del personale, che implica dei soggetti esterni all'azienda, gli intermediari pubblici e privati sul mercato del lavoro, ma anche i clienti/consumatori e i fornitori, e dei soggetti interni dell'azienda, come la direzione delle risorse umane, i responsabili a gradi diversi degli uffici e dei reparti in cui sono previste le assunzioni e i dipendenti attualmente occupati.

Il sistema può così escludere sistematicamente le persone che soddisfano uno o più criteri di assunzione o destinarli esclusivamente ad alcuni impieghi o ad alcuni servizi. Le scelte in materia di assunzione e assegnazione del personale vengono effettuate in base a criteri vietati per prendere una decisione e non sulla base delle competenze professionali delle persone⁵¹.

Questo sistema discriminante può essere il risultato di soggetti che hanno intenzioni discriminatorie o di meccanismi macrosociali e istituzionali o di una combinazione di entrambi.

b. Un concetto che riguarda nuovi ambiti?

Il concetto di discriminazione indiretta è ricco di potenzialità che permettono di comprendere le discriminazioni sistemiche.

Innanzitutto consente di mettere in luce fatti spesso occultati (mancata assunzione di alcune persone che soddisfano un criterio o un'assegnazione specifica).

In seguito consente di studiare il sistema che genera la discriminazione concentrandosi esclusivamente sugli effetti prodotti. È possibile quindi esaminare ogni fase del processo.

Questo approccio può coinvolgere in larga misura i soggetti esterni all'azienda, ad esempio le scuole che formano gli studenti a cui si rivolge l'azienda (orientamento scolastico precedente, modalità di selezione in ingresso, tipo di formazione, ausilio al collocamento, ecc.).

⁴⁸ P. Rodière, *Droit social de l'Union européenne*, L.G.D.J., Parigi, 2002.

⁴⁹ In diritto comunitario: raccomandazione 84/635/CEE del Consiglio, del 13 dicembre 1984; art. 5 della direttiva contro la discriminazione razziale, art. 7 della direttiva quadro, art. 8 della direttiva sull'uguaglianza tra uomini e donne. O. de Schutter, «L'outil de l'action positive», comunicazione del 1° aprile 2003, ERA (Treviri).

⁵⁰ CGCE 6 luglio 2000, K. Abrahamsson, causa n. 407/98 e CJCE 19 marzo 2002, Lommers, C-476/99.

⁵¹ In materia di discriminazione razziale, è dunque possibile parlare di «eticizzazione» dell'organizzazione del lavoro.

Questo approccio può in seguito concentrarsi sull'azienda, dove diventa fondamentale l'aspetto della valutazione del dipendente da parte del datore di lavoro⁵². Questa valutazione delle competenze professionali della persona da parte del datore di lavoro è il fulcro del potere direttivo. Questo potere di valutazione può essere percepito come discrezionale, ma non può più essere arbitrario. Il datore di lavoro deve dimostrare di non aver commesso alcuna discriminazione nell'esercizio di tale potere. La sua scelta deve quindi basarsi su elementi materiali obiettivi e pertinenti di natura tale da spiegare la scelta dell'assunzione e dell'assegnazione di una persona, ma anche per quanto riguarda la sua politica rispetto agli effetti. Il giudice può studiare la valutazione delle competenze effettuata ed esercitare un controllo su tale potere del datore di lavoro⁵³.

Il giudice può così contribuire a razionalizzare l'esercizio del potere, nonché rimettere in discussione la pretesa razionalità economica dei parametri usati dal datore di lavoro e da altri soggetti per prendere le loro decisioni. Di conseguenza il concetto di discriminazione indiretta richiede una «valutazione giusta ed egualitaria delle competenze»⁵⁴.

3. Una giustificazione possibile

La presunzione di discriminazione indiretta può essere rovesciata dal datore di lavoro se può giustificare la sua prassi rispetto agli obiettivi delle direttive. Il testo prevede infatti delle giustificazioni per taluni ambiti.

Tale questione della giustificazione appare come quella principale per l'attuazione del concetto di discriminazione indiretta⁵⁵.

a. La giustificazione dequalifica la discriminazione

Se il datore di lavoro è in grado di provare in modo convincente che l'obiettivo perseguito è legittimo e i mezzi scelti per raggiungerlo sono adeguati e attuati in modo ragionevole, la presunzione di discriminazione indiretta viene meno. Anche se a causa di questa politica le persone subiscono un trattamento sfavorevole, questo non costituisce una discriminazione. Se invece il datore di lavoro non è in grado di fornire una valida giustificazione della sua politica, sussiste una discriminazione indiretta.

Affinché una giustificazione sia accettabile, quindi consenta di evitare il riconoscimento di una discriminazione indiretta, deve rispondere ai canoni della giurisprudenza comunitaria⁵⁶.

b. Valutazione delle giustificazioni

Per essere accettata, la giustificazione deve:

?? essere obiettiva

?? perseguire un obiettivo legittimo, che per definizione deve essere estraneo a qualsiasi discriminazione.

Il controllo di legittimità dello scopo perseguito può essere valutato nella sua natura reale e nella sua adeguatezza in base a diversi parametri (dimensioni dell'azienda, settore di attività, condizioni del mercato del lavoro, ecc.). In questo caso si tratta di stabilire se e in che

⁵²A. Lyon-Caen, *Droit de l'emploi*, corso DEA, Università Paris X - Nanterre; «Combattre les discriminations : des enseignements européens pour une démocratisation du marché du travail», ricerca in corso, FORUM/CPDR/CEE/CREDOF, O. de Schutter et F. Eymard-Duvernay, Ministero del lavoro francese (DARES).

⁵³Per quanto riguarda la pari remunerazione tra lavoratori di sesso maschile e femminile per un lavoro di pari valore, si veda la convenzione OIL n. 100, che incita ad una «valutazione obiettiva degli impieghi» (art. 3).

⁵⁴FORUM/CPDR/CEE/CREDOF, di cui sopra.

⁵⁵M.-A. Moreau, «Les justifications des discriminations», Congresso europeo di Stoccolma, 3-6 settembre 2002, www.labourlaw2002.org, *Droit social*, Parigi, dicembre 2002, pag. 1112.

⁵⁶CGCE 13 maggio 1986 *Bilka*, di cui sopra, in particolare ai punti 30 e 36.

misura i motivi adottati dal datore di lavoro possono essere considerati come motivi economici oggettivamente giustificati e di ricercare i reali moventi del datore di lavoro.

È essenziale trovare un legame di causalità diretta tra la giustificazione e l'obiettivo adottato dal datore di lavoro.

?? con mezzi necessari e proporzionati

Si tratta di verificare l'adeguatezza dei mezzi all'obiettivo perseguito e il carattere necessario di tale misura. I mezzi scelti del datore di lavoro devono rispondere «ad un'effettiva necessità dell'azienda», «risultare adatti a raggiungere l'obiettivo perseguito» ed «essere a tal fine necessari». Non sono pertanto accettabili i tentativi di giustificazione basati su dei modelli stereotipati espressi con considerazioni di carattere commerciale (ad esempio l'esclusione basata sull'età, l'handicap o l'origine in nome della pretesa domanda dei consumatori).

Infine verrà esaminato il carattere proporzionato dei mezzi, riducendo il più possibile il tentativo di ledere la parità di trattamento.

La giustificazione deve stabilire un legame di causalità con la disparità di trattamento.

Queste caratteristiche che le giustificazioni devono avere per poter essere ammesse costituiscono degli standard di riferimento. Il lavoro teorico di creazione di categorie di giustificazione, realizzato dal giudice comunitario in materia di discriminazione sessuale indiretta, costituisce una fonte di riferimento per gli altri criteri di discriminazione. A titolo di semplice esempio, è opportuno segnalare che:

- ?? il criterio della forza fisica in una classificazione professionale, favorevole agli uomini, deve essere modulato con altri criteri, favorevoli alle donne⁵⁷;
- ?? la disponibilità nel tempo, sfavorevole alle donne, deve essere pertinente alle funzioni esercitate⁵⁸;
- ?? una politica opaca induce a considerare la situazione come discriminatoria⁵⁹;
- ?? le modalità di negoziazione collettiva con il datore di lavoro non possono giustificare una disparità di trattamento⁶⁰ le disposizioni di un contratto collettivo di lavoro non possono ostacolare la piena efficacia, delle norme comunitarie relative alla parità di trattamento⁶¹;
- ?? non viene accettata la minore integrazione dei lavoratori a tempo parziale nell'azienda⁶², né l'argomentazione addotta di mantenere la motivazione dei dipendenti a tempo pieno penalizzando i dipendenti che condividono lo stesso impiego⁶³;
- ?? le considerazioni di bilancio non possono giustificare una disparità di trattamento⁶⁴.

Il giudice valuta le giustificazioni mirando continuamente a far rispettare la parità di trattamento. Deve analizzare le spiegazioni fornite dal datore di lavoro rispetto a questo obiettivo del diritto comunitario. In loro mancanza, l'ammissione sistematica delle giustificazioni generali di natura economica basate sull'interesse dell'azienda e sulla sua competitività renderebbero inefficace e inefficiente la legge applicabile.

⁵⁷CGCE 1° luglio 1986, *Rummler*, causa C-237/85.

⁵⁸CGCE 17 ottobre 1989 *Danfoss*, di cui sopra.

⁵⁹idem.

⁶⁰CGCE 27 ottobre 1993 *Enderby*, di cui sopra.

⁶¹CGCE 7 febbraio 1991 *Nimz*, causa C-184/89, in particolare il punto 20.

⁶²CGCE 19 luglio 1989, *Rinner-Kuhne*, Racc. I-5535.

⁶³CGCE Hill, di cui sopra.

⁶⁴CGCE 20 marzo 2003, causa C-187/00, *Helga Kutz-Bauer*, in particolare il punto 60.

Fulcro dell'applicazione di questo concetto di discriminazione indiretta è la ricerca di un equilibrio tra il potere del datore di lavoro, finalizzato al corretto funzionamento dell'azienda (integrando verosimilmente delle aspettative come quelle del mondo del lavoro), e i diritti della persona, in particolare il diritto alla parità di trattamento, che può essere conciliato con altri diritti, ma non ignorato.

L'analisi delle giustificazioni implica le scelte di ogni soggetto relativamente ai valori che difende e ai principi di giustizia che privilegia⁶⁵.

c. Le giustificazioni previste dalla legge

Il diritto comunitario prevede che le disparità di trattamento fondate sull'età⁶⁶ non costituiscono una discriminazione, quando sono giustificate, in modo oggettivo e ragionevole, con obiettivi legittimi di politiche di stimolo all'occupazione e di formazione professionale, e prevede un elenco indicativo di giustificazioni possibili⁶⁷.

Questa ammissione molto ampia delle giustificazioni da parte del testo limita notevolmente il controllo da parte del giudice, il quale potrà però verificare che le politiche degli Stati perseguano degli obiettivi legittimi in materia di occupazione che possono giustificare le disparità di trattamento fondate sull'età.

L'interpretazione dei concetti di discriminazione, diretta e indiretta, continuerà nelle giurisdizioni nazionali, in particolare per le giustificazioni accettabili. I giudici interni dei vari Stati svilupperanno i loro ragionamenti, nel rispetto dell'interpretazione data dal giudice comunitario e degli obiettivi del diritto comunitario, per stabilire la parità di trattamento e garantire la coesione sociale⁶⁸. Al centro di questo approccio, evolutivo, può mostrarsi la dimensione culturale del diritto mobilitato contro le discriminazioni.

⁶⁵ *L. Boltanski et L. Thévenot*, De la justification, Gallimard, Parigi, 1991.

⁶⁶ *M. Reid*, «The prohibition of age discrimination in employment: issues arising in practice», marzo 2003, ERA (Treviri).

⁶⁷ Direttiva quadro, art. 6.1.

⁶⁸ Si vedano i preamboli alle direttive. CGCE 10 aprile 1984, *S. Von Colson e E. Kaman*, causa C-14/83, in particolare il punto 26; CGCE 13 novembre 1990, *Marleasing*, causa C-106/98, in particolare il punto 8; CGCE 10 febbraio 2000, *Deutsche Post AG*, causa C-270/97.