

Conferenza di Treviri

LA LOTTA CONTRO LA DISCRIMINAZIONE: le direttive del 2000 per la parità di trattamento

Definizione dei concetti fondamentali: discriminazione diretta e indiretta e molestie

Background

Mi è stato chiesto di discutere la definizione di tre concetti fondamentali della legislazione antidiscriminazione dell'UE, vale a dire discriminazione diretta, discriminazione indiretta e molestie. Incomincerò con l'esaminare la discriminazione diretta e la discriminazione indiretta, nozioni che rivestono un'importanza pratica molto maggiore rispetto alle molestie. Come vedremo, la loro definizione dettagliata è fornita dalla Direttiva Razza e dalla Direttiva Quadro. Prima di procedere all'esame di tali disposizioni, è però necessario fornire alcune informazioni sulla loro genesi e sulla loro evoluzione.

Sebbene la discriminazione basata sulla razza, la religione o le convinzioni personali, l'handicap, l'età e le tendenze sessuali sia divenuta materia legislativa europea solo nel 2000, già dal momento della firma del Trattato CE esistevano due complessi di norme europee contro la discriminazione: una vietante le discriminazioni in ragione della nazionalità e l'altra quelle in ragione del sesso.

La Corte di Giustizia Europea (CGE) si è pronunciata sull'interpretazione e sulla portata di tali norme antidiscriminazione in parecchie cause, con decisioni che hanno apportato chiarimenti sostanziali sui concetti basilari di discriminazione diretta e di discriminazione indiretta. Data l'impossibilità di procedere in questa sede ad un esame esaustivo della giurisprudenza, sarà sufficiente ricordare che molti degli aspetti sviluppati in ambito giurisprudenziale sono confluiti nel diritto attuale, promulgato con la Direttiva Razza e dalla Direttiva Quadro. Infatti, molto si è appreso sulle modalità di attuazione pratica della discriminazione e sulle reazioni che le si devono opporre, e le lezioni così imparate sono ora applicate dalla moderna legislazione. La normativa in materia di discriminazione basata sul sesso ha poi subito modifiche formali, che l'hanno adeguata all'evoluzione giurisprudenziale rendendola perfettamente conforme al linguaggio utilizzato dalla Direttiva Razza e dalla Direttiva Quadro.

È importante rilevare una conseguenza di tale processo evolutivo: la Direttiva Razza e la Direttiva Quadro sono in vigore solo da un periodo di tempo relativamente limitato e non si è quindi che all'inizio di una serie di cause vertenti sull'interpretazione di questi atti giuridici. Ciò nondimeno, esiste già un'ampia giurisprudenza sulla discriminazione basata sulla nazionalità e, in particolare, sulla discriminazione fondata sul sesso, che riveste la massima importanza per l'applicazione delle nuove Direttive in quanto

costituisce quello che il giurista medio definirebbe “un precedente” per l’interpretazione e l’applicazione delle nuove disposizioni di legge. Le nostre conoscenze sul significato dei concetti fondamentali delle nuove Direttive sono, infatti, ampiamente derivate dall’interpretazione della legislazione sulla discriminazione basata sul sesso e sulla nazionalità – e continueranno ad esserlo almeno fintantoché non si disporrà di un corpus giurisprudenziale specifico della CGE sulla nuova normativa.

Discriminazione diretta

La discriminazione diretta è indubbiamente la più semplice delle due forme sotto cui si manifesta la discriminazione, almeno in termini concettuali. Si tratta del fenomeno a cui generalmente si pensa in modo istintivo quando si sente parlare di “discriminazione”. Sussiste discriminazione diretta quando una persona è trattata meno favorevolmente di un’altra per uno dei motivi oggetto di tutela. Il concetto copre quindi, ad esempio, i casi di mancata assunzione di una persona perché di colore, o di mancata promozione a causa di una disabilità o dell’orientamento sessuale. La definizione di questa forma di discriminazione è spesso descritta come protettiva del principio di “uguaglianza formale” - secondo il quale casi analoghi dovrebbero essere trattati nello stesso modo -, configura un diritto sostanziale essenzialmente individuale e costituisce un elemento vitale di tutti gli assetti normativi antidiscriminazione.

Sebbene la prima legislazione CE in materia di discriminazione non definisse, anzi non menzionasse neppure, la discriminazione diretta, oggi tale concetto è definito giuridicamente sia dalla Direttiva Razza, sia dalla Direttiva Quadro. Il passaggio decisivo della Direttiva Razza è l’articolo 2 il quale, al paragrafo 1, sancisce che il principio della parità di trattamento comporta che non sia praticata alcuna discriminazione diretta o indiretta a causa della razza o dell’origine etnica. Il paragrafo 2 afferma poi che la discriminazione diretta “sussiste quando, a causa della sua razza od origine etnica, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un’altra in una situazione analoga”. L’articolo 2 della Direttiva Quadro è formulato in termini equivalenti e stabilisce, al paragrafo 2, che la discriminazione diretta “sussiste quando, sulla base di uno qualsiasi dei motivi di cui all’articolo 1, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un’altra in una situazione analoga”. I motivi di cui all’articolo 1 sono, naturalmente, la religione o le convinzioni personali, gli handicap, l’età e le tendenze sessuali.

Queste definizioni presentano due aspetti che richiedono un maggiore approfondimento. Il primo riguarda l’elemento del trattamento meno favorevole. La definizione normativa è diretta ad evidenziare che il trattamento meno favorevole può essere dimostrato in vari modi diversi. Il più scontato si ha quando la parte attrice è in grado di indicare un cosiddetto “comparatore”, una persona comparabile che si trova esattamente nella sua stessa situazione, ma che riceve un trattamento più favorevole – ad esempio qualcuno che svolge esattamente lo stesso lavoro dell’attore, ma che percepisce una retribuzione più elevata. Il secondo scenario contemplato dalla definizione di legge è quello in cui il comparatore nel momento specifico non esiste, ma è esistito nel passato. Tale scenario è stato riconosciuto in sede giudiziale nella causa *Macarthys Ltd v. Smith*, relativa ad una

discriminazione per motivi di sesso: sebbene il “comparatore” che aveva ricevuto una retribuzione più elevata si fosse licenziato qualche mese prima dell’assunzione della parte attrice, è stato consentito all’attrice – donna – di comparare la propria retribuzione con quella dell’uomo che era stato suo predecessore. La terza situazione in cui è possibile dimostrare un trattamento sfavorevole, generalmente chiamata caso del “comparatore ipotetico”, consente alla parte attrice di intraprendere un’azione giudiziaria anche se non esiste nessuna persona reale con cui potere effettuare il confronto. È cioè sufficiente argomentare che se l’appartenenza etnica o religiosa della parte attrice fosse stata diversa essa sarebbe stata, ad esempio, selezionata per il lavoro in questione, o avrebbe ricevuto una retribuzione più elevata. Questo aspetto della normativa è straordinariamente importante e aggiunge un’arma assai utile all’arsenale delle parti attrici in quanto, nella pratica, risulta spesso difficile reperire comparatori in vita, anche solo perché all’interno di un’organizzazione può non esistere o non essere mai esistita un’altra persona nella stessa posizione. Ciò vale a maggior ragione in situazioni di lavoro “segregato”, in cui tutti i lavoratori addetti a determinate mansioni appartengono alla medesima religione o al medesimo gruppo etnico. Naturalmente, anche in questo caso si deve essere in grado di provare in termini soddisfacenti per il giudice che una persona appartenente ad un’altra religione o ad un altro gruppo etnico sarebbe stata trattata più favorevolmente, ma l’assenza di un “comparatore” non costituisce di per sé un impedimento tecnico all’azione, in quanto si considererà sufficiente il ricorso ad un comparatore ipotetico.

L’altra osservazione che si impone a proposito della discriminazione diretta riguarda le sue motivazioni. Il trattamento sfavorevole asserito dalla parte attrice deve essere basato, o fondato, su uno dei presupposti indicati dalla normativa. Espresso in questi termini, il principio pare piuttosto ovvio. Nella realtà esso significa che non è sufficiente limitarsi a dimostrare, ad esempio, che un lavoratore bianco e un lavoratore di colore sono stati trattati in modo diverso. La causa del trattamento differenziato o sfavorevole dell’uno rispetto all’altro deve risiedere nella razza. Così definito, quindi, il principio dà al datore di lavoro la possibilità di opporsi al ricorso dimostrando che la ragione del diverso trattamento dei due lavoratori è un’altra – ad esempio che uno vanta un’esperienza molto maggiore dell’altro o che uno lavora in modo molto più produttivo dell’altro. Il nesso di causalità è quindi un elemento necessario della discriminazione.

In tema di azioni giudiziarie, v’è un altro aspetto su cui si dovrebbe attirare l’attenzione. Generalmente la formulazione delle norme antidiscriminazione della CE è neutra o asimmetrica, parla cioè di razza e intende persone di tutte le razze; parla di religione e intende tutte le religioni riconosciute; si riferisce a tutte le fasce d’età e a tutte le tendenze sessuali. Vi è però una categoria a cui si assicura una protezione simmetrica: i disabili. La Direttiva Quadro non vieta la discriminazione dovuta all’handicap, ma si limita a vietare la discriminazione delle persone portatrici di handicap. Evidentemente questo comporta che una persona non disabile non può avvalersi della Direttiva Quadro per lamentare un trattamento più favorevole del suo riservato a una persona portatrice di handicap. Mi sembra che la formulazione scelta rifletta la filosofia seguita in materia di discriminazione dei disabili, diversa rispetto a quella che ispira il resto della legislazione antidiscriminazione in quanto le norme applicabili all’handicap sono finalizzate a compensare gli svantaggi di cui soffre il gruppo dei disabili piuttosto che a tutelare un

diritto umano fondamentale condiviso da tutti. Tale distinzione risulta importante nella pratica e comporta altre conseguenze teoriche in materia di discriminazione dei portatori di handicap.

Un esempio palese di discriminazione diretta basata sull'età si è manifestato di recente – anche se, come vedremo, è stato possibile opporvisi. Ciò è avvenuto con l'ultima decisione della CGE sulla Direttiva Quadro, pronunciata il 16 ottobre 2007 nel caso *Palacios*. L'azione del signor Palacios (cittadino spagnolo) era rivolta contro la cessazione ex lege del suo rapporto di lavoro motivata con il suo raggiungimento del limite di età, fissato a 65 anni dalla normativa nazionale, per il pensionamento obbligatorio dei lavoratori. La Corte ha ritenuto che tale fattispecie rientrasse nel campo d'applicazione della Direttiva Quadro sebbene il considerando 15 del Preambolo affermi che la Direttiva medesima lascia impregiudicate le disposizioni nazionali che stabiliscono l'età del pensionamento. A giudizio della Corte, infatti, tale disposizione significa semplicemente che la Direttiva non limita la competenza degli Stati Membri di fissare l'età pensionabile. La normativa spagnola che consente il pensionamento obbligatorio a 65 anni incide però sulla durata dei rapporti di lavoro e rientra quindi nel campo di applicazione della Direttiva. La legislazione vigente comporta inoltre un trattamento dei lavoratori che hanno compiuto i 65 anni meno favorevole rispetto a quello di tutti gli altri lavoratori, si è quindi anche in presenza di una discriminazione diretta dovuta all'età. La Corte è giunta alla conclusione che “una disciplina così configurata realizza pertanto una disparità di trattamento direttamente fondata sull'età, come disposto dall'art. 2 nn.1 e 2, lett a), della Direttiva 2000/78”.

Discriminazione indiretta

Passiamo ora alla discriminazione indiretta. Questa nozione cerca di affrontare una forma di discriminazione più sottile, che si presenta spesso nella prassi. Con tale affermazione non intendo suggerire che il concetto sia totalmente distinto da quello di discriminazione diretta, anzi, come cercherò di chiarire, le due forme in cui la discriminazione si manifesta sono in realtà due facce di un'unica medaglia. Sussiste discriminazione indiretta laddove le cose si svolgono secondo modalità che risultano pregiudizievoli per una determinata categoria sociale. Questo concetto cerca di realizzare quella che viene spesso definita “uguaglianza sostanziale” – cioè un'uguaglianza effettiva in termini pratici. Anche se le azioni giudiziarie sono generalmente promosse da singole vittime, piuttosto che di un diritto individuale si tratta qui essenzialmente di un diritto collettivo, perché riguarda svantaggi subiti da un'intera categoria di persone. L'esempio classico di discriminazione indiretta – alla base di pressoché tutte le azioni giudiziarie per discriminazione indiretta – è la situazione delle lavoratrici a tempo parziale. Per tradizione, i lavoratori part-time sono trattati in modo meno favorevole dei lavoratori a tempo pieno, ad esempio nel calcolo della retribuzione o nella definizione dei requisiti per l'accesso ai regimi pensionistici aziendali. In quasi tutti i paesi, però, un'ampia quota di lavoratori part-time è di sesso femminile: le donne devono lavorare a tempo parziale perché devono anche trovare il tempo di svolgere le attività domestiche e di assistenza. In ultima analisi, una norma che penalizzi il part-time penalizza dunque le donne e costituisce una forma occulta di discriminazione fondata sul sesso. Una fattispecie

analoga si avrebbe laddove un datore di lavoro dovesse richiedere di lavorare in orari particolari, proibitivi per chi appartiene a una determinata religione, o ove si richiedessero particolari conoscenze linguistiche che i membri di un determinato gruppo etnico non possono dimostrare. Per porre fine a queste forme di penalizzazione interviene la nozione di discriminazione indiretta, che va però definita con grande cura.

Ancora una volta, le definizioni pertinenti figurano all'articolo 2, paragrafo 2 sia della Direttiva Razza, sia della Direttiva Quadro, e risultano identiche tra di loro. L'articolo 2 (2) della Direttiva Razza, ad esempio, recita: "sussiste discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere persone di una determinata razza od origine etnica in una posizione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone". Ciò si verifica "a meno che tale disposizione, criterio o prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari".

La formulazione della direttiva presenta numerosi aspetti degni di nota. Abbiamo innanzitutto la dicitura "una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri". Tali disposizioni, criteri o prassi devono essere imposti ai dipendenti dai datori di lavoro. La formula redazionale è volutamente ampia per dimostrare che le modalità precise della nascita di una situazione discriminatoria non sono rilevanti. Il vecchio quadro normativo del Regno Unito soleva avvalersi della formula "requisito o condizione" per indicare che il datore di lavoro doveva richiedere attivamente ai dipendenti una caratteristica particolare, in seguito però tale formulazione si è rivelata inevitabilmente troppo restrittiva per coprire tutte le forme di discriminazione diretta. Un datore di lavoro, infatti, potrebbe limitarsi, ad esempio, ad esprimere la propria preferenza per una certa tipologia di dipendenti, o potrebbe semplicemente seguire una procedura che esclude un determinato gruppo. Uno dei casi classici è l'assunzione tramite passaparola, una pratica assai diffusa in passato in numerosi settori industriali: il datore di lavoro non divulgava la notizia della vacanza, ma si limitava a cercare nuovo personale tra i conoscenti dei suoi dipendenti attuali. La conseguenza pratica di questa consuetudine era che per il posto di lavoro in questione continuava ad essere assunta la stessa tipologia di persone, appartenenti allo stesso gruppo sociale. La prassi era particolarmente diffusa in Irlanda del Nord e fece sì che, in pratica, alcuni datori di lavoro assumessero solo lavoratori protestanti ed altri avessero solo dipendenti cattolici. Per questo motivo le Direttive utilizzano ora l'espressione "una disposizione, un criterio o una prassi", ad indicare che le modalità del processo esclusivo sono irrilevanti: può trattarsi di una descrizione particolareggiata e deliberata del datore di lavoro o, semplicemente, di una conseguenza delle modalità pratiche di gestione dell'azienda.

Per configurare una discriminazione indiretta, le disposizioni, i criteri o le prassi esclusivi devono essere tali da svantaggiare in modo particolare persone (ad esempio) di una determinata origine razziale o etnica rispetto ad altre persone. Ancora una volta, la portata della formulazione scelta è volutamente ampia. La definizione inizialmente usata nella normativa contro le discriminazioni fondate sul sesso era incentrata sulla penalizzazione "in misura sostanzialmente maggiore" di un gruppo rispetto ad un altro. Ciò causò problemi di ogni sorta, in particolare nella selezione del gruppo o del "pool"

appropriati ai fini della comparazione, e numerose azioni fallirono per questo motivo. Un esempio calzante ci è fornito dal caso *Gruber*. La signora Gruber si era licenziata a causa della mancanza di strutture di accoglienza per i figli. La legislazione nazionale applicabile (austriaca) prevedeva che, in caso di cessazione di un rapporto di lavoro di durata ininterrotta non inferiore a tre anni, il lavoratore subordinato avesse diritto ad un'indennità di liquidazione. Tale disposizione si applicava tuttavia solo alle dimissioni presentate prima della scadenza del contratto e per "motivi gravi", e tra i motivi gravi elencati non figurava l'assistenza alla prole. Un'altra disposizione di legge riconosceva alle lavoratrici dimessesi prematuramente dopo la nascita di un figlio la metà dell'indennità di liquidazione, a condizione che il rapporto di lavoro fosse durato ininterrottamente per cinque anni. La signora Gruber argomentò che tale situazione costituiva una discriminazione indiretta basata sul sesso, affermando che occorreva confrontare i lavoratori che cessavano la loro attività per maternità e quelli che si dimettevano per motivi gravi. Se si fosse effettuata questa comparazione, sarebbe emersa una situazione di evidente svantaggio, in quanto il primo gruppo di persone riceveva solo la metà dell'indennità di liquidazione concessa al secondo. Il datore di lavoro replicò che i gruppi di persone oggetto di confronto avrebbero dovuto essere da un lato i lavoratori dimessisi per maternità e dall'altro quelli dimessisi senza un motivo grave. Secondo tale punto di vista non sarebbe sussistito nessuno svantaggio per le donne, in quanto il primo gruppo avrebbe avuto diritto ad un'indennità di liquidazione che invece non sarebbe spettata al secondo. La CGE ritenne che la questione era di capire se la nascita della prole potesse essere assimilata ai "motivi gravi" e arrivò infine alla conclusione apparentemente singolare che non potesse esserlo! Questo perché i "motivi gravi" elencati nella relativa norma di legge risultavano connessi alle condizioni di lavoro nell'impresa o alla condotta del lavoratore, vale a dire a situazioni che avevano "oggetto e causa" diversi da quella della signora Gruber. Ciò nondimeno, l'avvocato generale Léger giunse ad una conclusione diversa, affermando che il gruppo con cui effettuare il confronto doveva essere composto da persone in una situazione tale da non far considerare "ragionevole" esigere che continuassero a svolgere la loro attività lavorativa.

Questo infelice caso illustra le potenziali insidie che si presentano alla parte attrice laddove la legislazione antidiscriminazione si riferisce a gruppi o segmenti della popolazione penalizzati da una determinata pratica: non scegliere il giusto secondo termine di paragone comporta il fallimento dell'azione. Inoltre, nei casi connessi alla razza si presentano problemi supplementari dovuti al fatto che in alcuni paesi è illegale o è considerato comunque scorretto raccogliere dati statistici sull'appartenenza etnica o razziale. Non disponendo degli indispensabili elementi probatori, in un siffatto contesto è ovviamente molto difficile impostare un'azione giudiziaria in modo tale da riuscire ad affermare che una disposizione svantaggia molti più appartenenti ad una determinata razza o etnia che appartenenti ad un'altra.

Per queste varie ragioni, la Direttiva Razza e la Direttiva Quadro si servono di un linguaggio diverso e si limitano ora a richiedere che persone come l'attore si trovino "in una posizione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone", anche se è ancora difficile prevedere in quale misura ciò permetta di eliminare i problemi incontrati dalle disposizioni precedenti. Naturalmente l'esigenza di dimostrare l'impatto negativo che la

pratica contestata può avere per un gruppo permanente, ed è difficile comprendere come esso possa essere provato senza evidenze statistiche di sorta. Si spera tuttavia che la nuova formulazione abbia eliminato alcuni dettagli tecnici connessi alla vecchia norma, consentendo così ai giudici di affidarsi maggiormente al loro buon senso al momento di trarre le conclusioni. Se, ad esempio, si cercasse di provare che un requisito relativo all'orario di lavoro è indirettamente discriminatorio, basterebbe fornire la prova del fatto che la religione in questione vieta di lavorare il sabato o richiede regolari interruzioni per la preghiera. Non sarebbe invece necessario fornire evidenze statistiche indicanti l'effettivo numero di persone penalizzate.

Va ricordato che ambedue le Direttive si riferiscono a un "particolare svantaggio" per il gruppo della parte attrice. Il significato preciso di "particolare" andrà specificato in sede giurisprudenziale; personalmente, suppongo che significhi che il gruppo cui appartiene parte attrice deve subire uno svantaggio non solo trascurabile, ma davvero significativo. Le Direttive, tuttavia, non affermano esattamente questo, e lo scopo della legislazione sarebbe evidentemente disatteso se i tribunali insistessero sulla presenza di uno svantaggio di elevatissimo livello.

In casi analoghi, relativi a discriminazioni fondate sul sesso, la CGE non ha richiesto nella pratica di provare con grande precisione la portata dell'impatto, e appare probabile che essa continui a seguire questo approccio. In questo campo i giudici disporranno dunque di un margine discrezionale probabilmente ampio.

L'ultimo aspetto da rilevare a proposito della definizione di discriminazione diretta è la sua natura contingente. Le Direttive utilizzano l'espressione "possono mettere" – si dice cioè che la prassi contestata deve "poter mettere" persone di un determinato gruppo in una posizione di particolare svantaggio. Non è quindi necessario dimostrare che lo svantaggio si è già verificato, basta dimostrare che esso può intervenire. La formulazione scelta ha due ragioni essenziali. La prima è che in alcuni casi potrebbe rivelarsi molto difficile produrre nella pratica l'evidenza statistica del fatto che un determinato gruppo ha effettivamente subito uno svantaggio. Ciò vale in special modo in ambiti sensibili, come le tendenze sessuali, in cui è ovviamente probabile che non esistano dati statistici probanti. Se però l'esame è di natura contingente, l'unico fatto da appurare è che la prassi contestata può comportare uno svantaggio per un determinato gruppo, e ciò può essere ampiamente demandato al buonsenso del giudice. Così, ad esempio, se il datore di lavoro esige che tutti i suoi dipendenti siano coniugati, un giudice potrebbe concludere senza grande difficoltà che tale requisito può svantaggiare gli omosessuali, e per accreditare questa conclusione non sarebbero necessari dati statistici. La seconda ragione a favore dell'esame contingente del pregiudizio nell'ambito della discriminazione indiretta è che, quando la legge sancisce particolari divieti, per consuetudine non è generalmente necessario attendere la realizzazione del pregiudizio. La maggior parte dei sistemi giuridici cerca di sanzionare il danno prima che esso si verifichi, ed anche le nuove direttive lo consentono. In tal modo la discriminazione paventata può essere arrestata immediatamente.

Eccezioni difensive

Una volta identificato un caso di discriminazione diretta o indiretta *prima facie*, la questione successiva da porsi è ovviamente se sussistono eccezioni difensive volte a contrastare l'eventuale azione giudiziaria. La materia è già stata fugacemente menzionata nel contesto della discriminazione diretta quando si è visto che, per configurare discriminazione, il trattamento sfavorevole ricevuto dalla parte attrice deve fondarsi sull'appartenenza dell'attore a una categoria protetta o essere da essa causato. Se il trattamento meno favorevole dell'attore rispetto ad altre persone è imputabile a ragioni diverse e accettabili, esso non è causato dall'appartenenza alla categoria protetta e non sussiste quindi discriminazione. Anche se, in un certo senso, questa costituisce un'eccezione difensiva del convenuto, essa sembra meglio presentata come elemento essenziale di un'azione per discriminazione. A mio avviso, l'illecito civile noto come discriminazione si compone di due elementi, vale a dire il pregiudizio o impatto nocivo (cioè il trattamento sfavorevole) e il nesso di causalità (il trattamento sfavorevole deve cioè essere fondato sull'appartenenza dell'attore a un gruppo protetto). In mancanza di uno o di ambedue questi elementi non sussiste alcuna discriminazione illecita. Il requisito di causalità non è soddisfatto se la ragione del trattamento sfavorevole è diversa dall'appartenenza ad un gruppo protetto. Su questa questione si ritornerà più tardi, perché risulta rilevante anche in un altro contesto.

Oltre ai casi in cui la discriminazione non è provata, il testo stesso delle direttive menziona alcune eccezioni difensive specifiche. L'appartenenza ad un determinato gruppo, ad esempio, può costituire un requisito autentico per l'esercizio di una determinata attività, ad esempio nei casi in cui si richiede l'appartenenza alla religione ebraica per svolgere le mansioni di rabbino. Tuttavia, poiché la questione attiene al diritto sostanziale e non alle definizioni fondamentali, non ci si dilungherà ulteriormente su questa tematica.

La questione delle cosiddette "eccezioni difensive" si fa lievemente più complessa ove si passi alla discriminazione indiretta. Si è visto che, ai sensi della definizione di cui all'articolo 2 (2) delle Direttive, la discriminazione diretta *prima facie* può essere "giustificata". Nel linguaggio della norma si afferma che una disposizione, un criterio o una prassi possono essere "oggettivamente giustificati da una finalità legittima" se "i mezzi impiegati per il suo conseguimento sono appropriati e necessari". È di grande importanza comprendere il ruolo svolto dalla giustificazione all'interno di questo costruito normativo. Ritorniamo ai due elementi essenziali di un'azione per discriminazione: pregiudizio e nesso di causalità. In caso di discriminazione diretta, la parte attrice è tenuta a dimostrare entrambi. In caso di discriminazione indiretta, invece, risulta piuttosto difficile provare il nesso di causalità. Nelle fattispecie indirette, l'attore può solo dimostrare l'impatto negativo delle pratiche del convenuto per un gruppo. Il legislatore comprende questa difficoltà e, nei casi di discriminazione indiretta, concede all'attore il beneficio del dubbio: se questi è in grado di dimostrare l'impatto sfavorevole per un gruppo protetto, la legge presume che esso sia causato da una discriminazione a condizione che il convenuto non sia in grado di provare il contrario dimostrando che la prassi contestata è stata attuata per ragioni completamente diverse ed innocenti. Un

requisito in materia di orario di lavoro può essere stato stabilito perché il sito produttivo deve operare a ciclo continuato, o un requisito linguistico può essere stato imposto per l'esigenza di assicurare una comunicazione efficace tra dipendenti e clientela. In tali situazioni, la discriminazione indiretta *prima facie* è definita "giustificata", si spiega cioè in modo soddisfacente con motivi innocenti e legali, e il ruolo funzionale svolto dalla giustificazione è confutare il nesso di causalità nelle azioni per discriminazione indiretta.

Come prevedibile, sui requisiti della giustificazione esiste un'ampia giurisprudenza. La CGE ha esaminato dettagliatamente la materia per la prima volta nella causa *Bilka-Kaufhaus* del 1986. Si tratta di un'altra azione per discriminazione fondata sul sesso, nel quadro della quale la Corte fece la famosa affermazione di principio per cui un'apparente discriminazione indiretta può essere giustificata dal convenuto se può provare di aver agito per rispondere a un'esigenza effettiva, in modo idoneo a raggiungere l'obiettivo perseguito e che i mezzi adottati erano a tal fine necessari; non devono cioè sussistere altri mezzi alternativi non discriminatori per raggiungere gli obiettivi perseguiti. A condizione che tali criteri siano soddisfatti, la CGE ha affermato che per giustificare discriminazioni salariali possono essere sufficienti motivi di natura economica. Tali requisiti sono ora efficacemente introdotti nel testo delle nuove Direttive e ritengo quindi si possa legittimamente supporre che la giurisprudenza della CGE continuerà a fornire un orientamento affidabile quanto al significato del concetto di giustificazione.

In questa sede manca il tempo per esaminare nel dettaglio tutte le applicazioni pratiche della nozione di giustificazione. Indubbiamente, essa rappresenta un'utilissimo strumento per trarre d'impiccio i datori di lavoro ed è per questo applicata con molta frequenza.

Vi sono tuttavia tre aspetti importanti che vanno brevemente menzionati. Il primo è che, per costituire giustificazione, l'argomentazione difensiva del datore di lavoro deve essere scevra di ogni discriminazione e che una pratica radicata in una precedente discriminazione non soddisfa questo requisito. Si richiede infatti una giustificazione "oggettiva", non una semplice "giustificazione". In secondo luogo, la Corte ha trovato molto difficile esprimere una politica chiara in questa materia. In particolare, non ha mai esaminato a fondo la relazione esistente tra il diritto dei singoli di non essere discriminati e il diritto dei datori di lavoro di realizzare un profitto. L'equilibrio tra i diritti dell'uomo e le esigenze economiche non è stato delineato in modo completamente chiaro e la questione sarà indubbiamente sollevata in più di una azione in giudizio. In che misura può essere effettivamente ammissibile che i datori di lavoro giustificino una discriminazione affermando che la loro azienda deve realizzare un risultato economico?

Il terzo aspetto relativo alla giustificazione è il fatto che la CGE non ne ha articolato in modo coerente i contenuti nei diversi contesti. Questa affermazione richiede indubbiamente una spiegazione! Si è visto che la Direttiva Razza e la Direttiva Quadro vietano la discriminazione nel campo dell'occupazione: nelle circostanze contemplate dalle Direttive ai datori di lavoro è fatto divieto di discriminare i propri lavoratori. L'obbligo di non discriminare ha tuttavia una portata più ampia. Anche agli Stati membri si chiede di rispettare la normativa europea: essi sono chiamati a trasporre le Direttive all'interno dei loro ordinamenti e devono astenersi dall'emanare o dal mantenere in vigore qualsiasi disposizione legislativa contraria alle Direttive. Il corollario di tale

disposizione è che la legislazione nazionale deve essere valutata in funzione delle norme fissate dalle Direttive. Come le azioni dei singoli datori di lavoro, anche le leggi degli Stati membri possono essere indirettamente discriminanti e, se lo sono, possono essere preservate solo se sono oggettivamente giustificate. Il problema emerso in questo contesto è che la CGE si è dimostrata più incline alla magnanimità nei confronti degli Stati membri che nei confronti di singoli datori di lavoro e, nella giustificazione di quanto avrebbe altrimenti configurato discriminazione indiretta, ha riconosciuto agli Stati un margine discrezionale molto più ampio che ai datori di lavoro, probabilmente per riguardo verso le sensibilità politiche degli Stati membri. Ciò dà però origine ad un insieme di norme alquanto incoerente.

Si è già menzionato che la legislazione tratta la disabilità in modo diverso dalle altre ragioni di discriminazione. Riconoscendo il fatto che in termini analitici la discriminazione relativa all'handicap è alquanto diversa dalle altre forme di discriminazione vietata, si proibisce solo la discriminazione nei confronti delle persone disabili e non, più in generale, la discriminazione basata sull'handicap. La discriminazione fondata sulla maggior parte delle ragioni vietate è generalmente proibita perché è quasi sempre irrilevante ai fini dell'abilità di una persona a svolgere un determinato lavoro. I termini della questione non sono però così semplici quando si parla di disabilità. Indubbiamente alcuni handicap sono assolutamente irrilevanti ai fini dello svolgimento di un'attività, ma questo principio non si applica senza eccezione a tutti i casi. Alcune disabilità influenzano in modo davvero sostanziale la capacità di una persona di svolgere determinate mansioni. Per questo motivo la legislazione deve cercare di delineare un equilibrio tra la protezione dalla discriminazione delle persone disabili tutelate e la possibilità per gli imprenditori di condurre la loro azienda in modo redditizio e sicuro. Il dispositivo che consente di raggiungere tale equilibrio è il cosiddetto principio delle "soluzioni ragionevoli", enunciato dagli articoli 2 (2)(b)(ii) e 5 della Direttiva Quadro. I datori di lavoro accusati di discriminazione illecita di persone disabili possono difendersi provando di aver fornito soluzioni ragionevoli alle persone che presentavano la disabilità in questione. Conformemente al disposto dell'articolo 5, ciò significa che i datori di lavoro devono adottare i provvedimenti appropriati, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, per consentire ai disabili di accedere ad un lavoro; i provvedimenti cessano di essere "appropriati" se richiedono ai datori di lavoro un "onere sproporzionato". Questa è un altro aspetto delicato della normativa che i giudici saranno chiamati a precisare. Nella pratica, esso è già all'origine di un ampio numero di controversie di fronte ai giudici nazionali, mentre la CGE si è finora limitata ad affrontarlo molto brevemente nel quadro del caso *Chacón Navas*. In quella sede essa ha affermato che la Direttiva Quadro vieta i licenziamenti fondati su un handicap i quali, tenuto conto dell'obbligo di prevedere soluzioni ragionevoli per disabili, non siano giustificati dal fatto che la persona di cui trattasi non è competente, né capace, né disponibile. Ciò non apporta molto di nuovo a quanto già si sapeva e si possono pertanto prevedere nuove controversie di fronte alla CGE incentrate su questa questione.

Prima di concludere l'esame delle eccezioni difensive, va menzionato un ulteriore aspetto. È stato talora suggerito che, come la discriminazione indiretta ad essa affine, anche la discriminazione diretta in genere dovrebbe essere giustificabile. Tale idea è

pericolosa e, a mio avviso, presuppone un grave fraintendimento dei concetti alla base dell'illecito della discriminazione. Si è già visto che un'azione per discriminazione è fondata ove sussistano due elementi essenziali: pregiudizio e nesso di causalità. In assenza di nesso di causalità non sussiste discriminazione illecita. Si è inoltre visto che la giustificazione oggettiva rispecchia l'elemento del nesso di causalità nei casi di discriminazione indiretta: la discriminazione non sussiste se si può dimostrare che le conseguenze svantaggiose per un gruppo sono ascrivibili ad un fattore neutro ai fini della discriminazione. L'impatto svantaggioso presenta dunque cause diverse dalla discriminazione. Nei casi di discriminazione diretta, tuttavia, una volta provati trattamento svantaggioso e nesso di causalità, la questione è chiusa. Non è logico lasciare spazio ad ulteriori argomentazioni sulle origini o sulle cause del trattamento svantaggioso. Nel contesto della discriminazione diretta, quindi, la giustificazione è semplicemente irrilevante. Sarebbe inoltre molto pericoloso inserirla in modo generalizzato nella normativa, perché si introdurrebbero così tutta una serie di scusanti per la discriminazione, non meglio determinate e non chiaramente formulate dalle Direttive, che potrebbero evidentemente pregiudicare in modo molto serio l'efficacia della legislazione. La nozione di giustificazione assume dunque un notevole rilievo in materia di discriminazione indiretta, ma, in linea di massima, dovrebbe rivelarsi irrilevante o non applicabile alla discriminazione diretta.

Purtroppo, però, le cose non sono sempre così semplici, e la posizione teorica secondo la quale la discriminazione diretta non può essere giustificata è stata a più riprese seriamente indebolita. L'attacco più grave agli effetti attuali è l'articolo 6(1) della Direttiva, che consente la giustificazione della discriminazione fondata sull'età. L'articolo 6 (1) stabilisce che gli Stati membri possono prevedere che le disparità di trattamento in ragione dell'età non costituiscano discriminazione laddove esse siano oggettivamente e ragionevolmente giustificate, nell'ambito del diritto nazionale, da una finalità legittima, compresi giustificati obiettivi di politica del lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale, e i mezzi per il conseguimento di tale finalità siano appropriati e necessari. Questa norma è stata messa in discussione dal primo caso relativo alla Direttiva Quadro di cui è stata investita la CGE, *Mangold v. Helm*. In quella sede la Corte assunse una posizione decisa in relazione alla giustificazione per motivi di età. La Corte era chiamata ad esaminare una legge tedesca, apparentemente discriminante nei confronti dei lavoratori di età superiore ai 52 anni, che autorizzava indiscriminatamente i contratti di lavoro a tempo determinato con questa categoria. In termini generali, la legge tedesca (nel rispetto della Direttiva sui contratti a tempo determinato) fissava delle restrizioni per la stipula di questo tipo di contratti di lavoro per l'ovvia ragione che il lavoro temporaneo non fornisce garanzie di stabilità ai lavoratori. Lo Stato membro tentò di giustificare l'eccezione alla norma generale adducendo la necessità di inserire sul mercato del lavoro i lavoratori più anziani, per i quali trovare un'occupazione risulta molto più difficile che per i giovani. Questa argomentazione non convinse la Corte, la quale stabilì che la legislazione in esame costituiva uno strumento sproporzionato per attuare un obiettivo legittimo.

Più di recente, però, nel caso *Palacios*, la CGE si è dimostrata indubbiamente più deferente nei confronti degli Stati membri, dicendosi convinta che, nella fattispecie in

esame, la discriminazione fondata sull'età fosse giustificata; come si è visto, la discriminazione risultava dal licenziamento delle persone che avessero raggiunto l'età della pensione. La Spagna aveva argomentato che tali licenziamenti erano necessari per promuovere la politica spagnola diretta ad assicurare una migliore distribuzione dell'occupazione tra le generazioni. La Corte ha ribadito che gli Stati membri godono di un "ampio margine di valutazione discrezionale" nella scelta dei loro strumenti di politica sociale, concludendo che la legislazione spagnola era oggettivamente e ragionevolmente giustificata e che gli strumenti messi in atto erano appropriati e necessari. È utile rilevare che ciò è stato constatato sebbene la politica sociale a cui si appellava la Spagna non fosse espressamente formulata nella sua legislazione. Malgrado ciò, la Corte considerò che i lavoratori interessati non erano stati indebitamente penalizzati in quanto, prima di poterli licenziare, si era dovuto provare che erano intitolati a percepire la pensione di vecchiaia. Per questo motivo, forse la legislazione sarebbe stata considerata ingiustificata se i lavoratori interessati fossero stati semplicemente licenziati senza che si fosse provveduto ad alcuna garanzia di natura economica.

Intenzione o motivazione

Passiamo ora al ruolo rivestito dalla motivazione o intenzione all'interno della legislazione antidiscriminazione. Sulle prime si ha la naturale sensazione che la discriminazione diretta debba richiedere una qualche forma di intenzionalità: i datori di lavoro devono in qualche modo voler svantaggiare il lavoratore. D'altro canto, la discriminazione indiretta sembra emergere in modo più spontaneo e, quindi, non richiede forse un'intenzionalità.

In realtà, tale analisi fraintende le norme e i concetti basilari della normativa antidiscriminazione. La legislazione è volta ad assicurare alle vittime il risarcimento di un illecito civile commesso nei loro confronti. Non si tratta quindi di punire i colpevoli di un reato. Come chiarito a più riprese dalla CGE a proposito di discriminazioni fondate sul sesso, l'intenzionalità è dunque totalmente superflua. Basta che il trattamento svantaggioso per le vittime sia riconducibile alla loro appartenenza al gruppo in questione. In altri termini, l'unico fatto da accertare è che esse avrebbero ricevuto un trattamento più favorevole "se non fosse stato per" la loro razza, religione o simili. L'esempio classico dell'effetto di tale principio è costituito da una causa inglese, *James v. Eastleigh Borough Council*. Due coniugi, ambedue di 62 anni, si erano recati in una piscina pubblica gestita dall'amministrazione locale che, con le migliori intenzioni, attuava una politica di gratuità di accesso per i pensionati. Purtroppo, però, la legislazione inglese conosceva età pensionabili diverse per gli uomini e per le donne, con l'esito che la signora James aveva potuto nuotare gratuitamente, mentre il signor James aveva dovuto pagare il corrispettivo di un euro! La Camera dei Lords ritenne che questa situazione configurava una discriminazione illecita fondata sul sesso nell'erogazione di un servizio. "Se non fosse stato per" il suo sesso, il signor James avrebbe potuto accedere gratuitamente alla piscina. Il trattamento svantaggioso da lui subito era quindi causato dal suo sesso e le buone intenzioni dell'amministrazione locale risultavano totalmente irrilevanti. Parecchi casi confermano che anche la CGE avalla tale principio. Motivazione o intenzione non sono dunque elementi necessari della discriminazione,

indipendentemente dalla forma assunta da quest'ultima. Va naturalmente aggiunto che la discriminazione, sia diretta, sia indiretta, può avere motivazioni maligne che, ove risultino provate, avvalorano le istanze della parte attrice.

Molestie

L'ultimo tema che mi è stato chiesto di affrontare sono le molestie. Anche se la sua esistenza è stata percepita nella prassi già da lungo tempo, questa nozione fa la prima apparizione ufficiale nella legislazione europea solo negli ultimissimi anni. La definizione esplicita del concetto di molestie si trova agli articoli 2(3) della Direttiva Razza e della Direttiva Quadro, in cui si afferma che le molestie sono da "considerarsi" una discriminazione ai sensi delle Direttive. Vi si precisa inoltre che sussistono "molestie" in caso sia adottato un "comportamento indesiderato" per motivi connessi all'appartenenza etnica o razziale (o agli altri motivi protetti) "avente lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante od offensivo".

Non esiste ancora una giurisprudenza della CGE che interpreti il concetto di molestie, ma la formulazione della definizione giuridica presenta alcune bizzarrie che in futuro daranno probabilmente adito ad alcune controversie. Come si è visto, le molestie sono da "considerarsi" una discriminazione illecita. La definizione degli articoli 2(3), tuttavia, non corrisponde pienamente al concetto riconosciuto di discriminazione perché, a differenza dalle altre forme di discriminazione, non esiste alcun elemento che consenta una comparazione effettiva o ipotetica. Di norma, una discriminazione comporta l'asserzione che qualcuno è stato trattato in modo meno favorevole di un comparatore, ma questa possibilità di raffronto diretto non sussiste nel caso delle molestie. La soluzione risiede forse nel fatto che se qualcuno subisce molestie a motivo – ad esempio – della sua razza, date le circostanze, risulta del tutto ovvio che persone di razza diversa sarebbero trattate in modo più favorevole.

In termini più problematici, si può argomentare che (presumibilmente in opposizione all'intento originario) nella pratica le molestie possono risultare più difficili da provare delle semplici discriminazioni. È noto che le forme abituali di discriminazione richiedono la prova del pregiudizio e del nesso di causalità. Per soddisfare la definizione di molestie contenuta nelle Direttive è però necessario provare anche alcuni altri elementi – vale a dire che la condotta su cui è incentrata l'azione è "indesiderata", che ha lo scopo o l'effetto di violare la dignità della parte attrice (su cui la CGE dovrà certamente fornire delucidazioni), e che ha lo scopo o l'effetto di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante o offensivo. Nella realtà, questo terzo ed ultimo elemento sembrerebbe molto più difficile da provare del semplice pregiudizio o dell'effetto svantaggioso. Sarà dunque interessante vedere come la CGE interpreterà la disposizione sulle molestie e se, a lungo termine, essa apporgerà qualche elemento supplementare al repertorio argomentativo della parte attrice.