

# Il corpus normativo contro la discriminazione

di Anna Lorenzetti\*

## IMPRESE, SOCIETÀ E DIRITTO



**C**on l'espressione «diritto antidiscriminatorio» ci si riferisce convenzionalmente a un corpus normativo introdotto su impulso dell'allora Comunità Economica Europea, oggi Unione Europea, e volto a rendere omogenee le discipline di contrasto alle discriminazioni dei diversi Paesi membri<sup>1</sup>.

Nell'affondare le proprie radici nel Trattato che istituisce la Comunità Economica Europea (TCE)<sup>2</sup>, il principio di non discriminazione non fu inizialmente inteso quale diritto fondamentale; piuttosto, era formulato come diritto alla parità di retribuzione fra «i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro», ponendosi quale strumento di operatività delle libertà di circolazione previste e in chiave di contrasto al cosiddetto *dumping* sociale. L'obiettivo era infatti di agevolare la realizzazione del mercato comune e l'integrazione di matrice economica fra i diversi stati dell'Unione, mitigando il potenziale distorsivo della concorrenza infracomunitaria che poteva derivare da una diversità retributiva fra

donne e uomini negli Stati. Le finalità sociali emersero, progressivamente e solo in parte, a partire dagli anni Settanta<sup>3</sup>.

### LE DUE FASI DEL DIRITTO ANTIDISCRIMINATORIO

In una ricostruzione temporale, si è soliti distinguere il diritto antidiscriminatorio in due fasi, la prima delle quali può collocarsi fra la seconda metà degli anni Settanta e la fine degli anni Novanta. È infatti in questo lasso temporale che il divieto di discriminazione previsto nel Trattato di Roma (art. 119) trovò attuazione con alcune Direttive, precedute da programmi politici in tal senso orientati e da alcuni casi giurisprudenziali. Ancora nei successivi decenni, vennero approvate ulteriori Direttive in materia di contrasto alle discriminazioni fra uomo e donna sul lavoro, rivolgendo le tutele anche per condizioni soltanto femminili come maternità, gravidanza e puerperio e spingendosi al di là del mero divieto di discriminazione nella retribuzione, mediante l'estensione all'intero ambito giuslavoristico<sup>4</sup>. All'inizio degli anni Novanta, con il Trattato di Maastricht può individuarsi il primo passaggio volto al superamento della originaria vocazione esclusivamente economica del diritto europeo, significativamente attestato dalla modifica della denominazione della Comunità Economica Europea che diviene Comunità/Unione Europea. Nuove competenze sono raccolte nel Trattato di Amsterdam (1997) in tema di promozione della parità tra uomini e donne, con la consacrazione del principio del *gender mainstreaming*, ovvero della centralità della prospettiva di genere nella valutazione di ogni politica, programma o intervento, e con la modifica dell'art. 119 TCE (rinumerato in 141): con una disposizione che assicura una legittimazione giuridica delle azioni positive si riconosce al Consiglio la possibilità di adottare 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, estendendosi dalla retribuzione al complesso delle condizioni di lavoro<sup>5</sup>. Il Trattato di Amsterdam ha anche riconosciuto al Consiglio la fa-

\* Anna Lorenzetti è Professoressa Associata di Diritto Costituzionale presso l'Università degli Studi di Bergamo.

coltà di introdurre un divieto di discriminazione per altre condizioni personali quali «razza», origine etnica, religione, convinzioni personali, disabilità, età, orientamento sessuale, senza però che possa parlarsi di una vera e propria clausola antidiscriminatoria poiché non formula chiaramente un divieto di discriminazione.

### LA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI

Nel 2000, con la Carta dei diritti fondamentali, la cosiddetta Carta di Nizza, pienamente vincolante con l'incorporazione nel Trattato di Lisbona (2009), l'uguaglianza diviene principio fondamentale dell'ordinamento dell'Unione Europea (artt. 20-26), insieme a dignità, libertà, solidarietà, cittadinanza e giustizia, con la formulazione di divieti di discriminazioni in base a una pluralità di condizioni personali. È proprio a partire dagli anni 2000 che il diritto antidiscriminatorio subisce una significativa evoluzione, con la contemporanea apertura di ulteriori fronti di protezione rispetto all'ambito del lavoro e l'inclusione nella tutela antidiscriminatoria di nuove condizioni personali oltre al sesso. Attraverso un pacchetto di Direttive, definite «di seconda generazione», per contrapporre a quelle approvate negli anni Settanta, il legislatore europeo scelse di approvare atti separati per il contrasto alle discriminazioni fondate su sesso e genere, «razza» e origine etnica, disabilità, età, orientamento sessuale, religione e convinzioni personali.

Per quanto successivamente siano stati approvati nuovi atti, di sostanziale aggiornamento rispetto a quelli già vigenti, dalla seconda metà degli anni 2000, si assistette di fatto a un sostanziale blocco di quella che pareva una inarrestabile estensione del diritto antidiscriminatorio. A oggi, dunque, le tutele antidiscriminatorie sono previste per l'ambito giuslavoristico per tutte le sei condizioni personali citate, mentre per sesso/genere il divieto si estende anche per l'accesso e la fornitura di beni e servizi, e per «razza» e origine etnica comprende anche l'istruzione, la protezione sociale (comprese la sicurezza sociale e l'assistenza sanitaria), le prestazioni sociali, oltre all'accesso a beni e servizi.

Nell'evoluzione descritta, ruolo di primo piano va riconosciuto alle pronunce della Corte di Lussemburgo che hanno impresso una decisa accelerazione nell'affermare il principio di parità di trattamento fra donna e uomo in una dimensione sociale e non esclusivamente economica, interpretando in maniera estensiva le disposizioni dei Trattati, riconoscendolo quale principio fondante dell'ordinamento comunitario e come diritto umano fondamentale e orientando l'operato degli altri organismi dell'Unione<sup>6</sup>. La Corte di Lussemburgo, per esempio, ha contribuito a estendere le nozioni che originariamente limitavano le tutele alla retribuzione includendovi qualsiasi tipo di vantaggio assegnato ai lavoratori, pure ampliando la nozione di «sesso» a vantaggio delle persone transessuali o meglio in ragione

del cambiamento di sesso. Alla Corte di Giustizia si deve anche l'elaborazione della nozione di discriminazione indiretta poi raccolta dalle Direttive degli anni 2000, così come l'irrilevanza dell'intento discriminatorio da parte dell'autore che porta a valutare soltanto l'effetto che un comportamento viene a determinare nei confronti della vittima della discriminazione.

### LA DISCRIMINAZIONE DIRETTA E INDIRETTA

Una delle caratteristiche del diritto antidiscriminatorio risiede nell'aver introdotto nozioni, regole e istituti peculiari che vale la pena di riepilogare a partire dalla molteplicità di tipologie in cui la discriminazione risulta declinata.

Una prima nozione di discriminazione è quella in forma diretta, presente nel diritto primario fin dal Trattato di Roma (art. 119) e poi consolidatasi a partire dalle Direttive di prima generazione. Essa consiste nella situazione in cui, a causa di una delle condizioni personali tutelate, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata una persona non portatrice della caratteristica in una situazione paragonabile. Nella discriminazione diretta, la differenza di trattamento appare esplicitamente riconducibile, secondo un nesso di natura causale, alla condizione personale tutelata di cui la vittima è portatrice e non sono consentite deroghe o eccezioni. Non è necessario il suo carattere manifesto, né l'attualità e la concretezza del comportamento. Infatti, la nozione si estende fino a comprendere condotte passate, attraverso il riferimento comparativo a come la persona «sia stata» trattata, che ammette le tutele anche quando la discriminazione sia cessata. Richiamando la possibilità di un raffronto rispetto a come la vittima della discriminazione «sarebbe stata» trattata in una situazione paragonabile, il concetto di discriminazione diretta include pure comportamenti che solo in ipotesi possono dirsi discriminatori, consentendo infatti di prescindere dalla concreta circostanza che la differenza di trattamento rispetto a chi non è portatore delle caratteristiche personali che determinano la discriminazione si sia effettivamente verificata e abbia effettivamente svantaggiato la vittima.

Alla discriminazione diretta si affianca quella indiretta, nozione di matrice essenzialmente giurisprudenziale che, assente nel Trattato di Roma e genericamente vietata dalla Direttiva 207 del 1976 (art. 2), trova una definizione nella Direttiva in materia di parziale inversione dell'onere della prova. Con l'avvento del diritto antidiscriminatorio di seconda generazione, essa viene identificata con la situazione in cui una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in una situazione di particolare svantaggio le persone portatrici di una caratteristica personale tutelata, a meno che non via sia una oggettiva giustificazione per una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari.



## LE MOLESTIE E LE MOLESTIE SESSUALI

A partire dagli anni 2000, alla discriminazione in forma diretta e indiretta, si affiancano le nozioni di molestie e molestie sessuali. Le molestie si concretizzano attraverso un comportamento indesiderato che abbia lo scopo o l'effetto «di violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante od offensivo»<sup>7</sup>. Dal 2002, a questa nozione viene affiancata quella delle molestie sessuali per le sole Direttive sul genere, come appare ovvio trattandosi di una nozione *gender specific*. La differenza fra le due modalità risiede nella connotazione sessuale del comportamento posto in essere, che può essere espresso in forma verbale, non verbale o fisica. Questa distinzione, apparentemente sfumata e di difficile individuazione in termini pratici, non determina alcuna conseguenza, posto che entrambe rientrano nella nozione di discriminazione e che non ammettono eccezioni o limitazioni, né possono essere giustificate. Il suo valore risiede, però, e non è affatto trascurabile, nel nominare specificamente una condotta particolarmente sfuggente e che vede come vittime prevalenti le donne, rendendola percepibile e consentendone dunque la rilevabilità.

Non trova definizione, ma viene vietato, a partire dalla Direttiva «razza» e successivamente dalle altre Direttive di seconda generazione, l'ordine di discriminare quale ulteriore modalità attraverso cui può atteggiarsi la discriminazione, consentendo di considerare autore anche chi non ne sia il materiale esecutore.

## LE CONDIZIONI SOGGETTIVE

Quanto alle condizioni soggettive destinatarie delle tutele, il legislatore europeo ha optato per una loro elencazione tassativa differenziando gli ambiti oggettivi tutelati e andando progressivamente a estendere le caratteristiche protette. Così, il sesso – caratteristica personale, meramente rilevata e non problematizzata – è stato esteso verso una più consapevole e complessa considerazione del genere – concetto analitico e relazionale, in grado di rendere percepibili tutte le sovrastrutture sociali e culturali che vengono associa-

te a una determinata ascrizione sessuale e le connesse implicazioni in termini di potere e di possibilità – ampliando la tutela anche in riferimento alle condizioni sociali e culturali ritenute proprie del genere femminile, fino a comprendere per esempio le tutele per maternità, puerperio e gravidanza, ma anche rispetto alla cura, così come al lavoro a tempo determinato e *part-time*, considerate questioni afferenti il genere, poiché tipologie contrattuali più proprie delle lavoratrici.

Degno di nota è il riferimento alla nozione di «razza», problematico nella misura in cui pare veicolare l'idea di una suddivisione dell'umanità in razze, scientificamente smentita da tempo come ricordato nel Considerando 6 della Direttiva 2000/43 che però, contraddittoriamente, proprio nella rubrica fa riferimento a tale nozione. Pure la nozione di origine etnica – introdotta pensando al contrasto alle discriminazioni nei confronti delle persone rom e sinti – appare problematica alla luce dei suoi confini sfumati e dell'assenza di parametri per definirla.

La disabilità, nozione assai incerta, anche per la sua contiguità rispetto alla malattia o alle condizioni di fragilità legate alla terza e quarta età, ha conosciuto un'evoluzione da una nozione più propriamente medico-scientifica a una più di natura sociale, per cui è stata inclusa in essa la condizione di obesità.

Pure il riferimento alla religione e alle convinzioni personali – quest'ultimo previsto per non discriminare chi non professi alcun credo, come nel caso di agnostici, razionalisti, atei – apre profili interpretativi interessanti circa l'ampiezza delle tutele anche per chi abbia stili di vita che sarebbero tradizionalmente esclusi da tali espressioni, come recentemente verificatosi rispetto al veganesimo o ai confini sfumati di certe pratiche culturali.

Quanto all'orientamento sessuale la questione ha a che fare con quali elementi – ambizione, desiderio, comportamenti, identificazione – identifichino tale condizione, dovendo in generale precisare che, come per tutte le condizioni elencate e tutelate, emergono ambiguità e necessità di riflessione.

Da notare che il diritto antidiscriminatorio non con-

sidera, se non debolmente, le discriminazioni in forma multipla o intersezionale, che si verificano quando una persona è portatrice di più condizioni che generano discriminazioni aggravandone gli effetti, anche se la Corte di Giustizia talvolta ha preso in considerazione la peculiarità della situazione. Sono invece state coniate – per via giurisprudenziale – le cosiddette discriminazioni per associazione che consentono di tutelare anche chi sia discriminato per una condizione non propria ma che viene a lui associata.

### LE SANZIONI E LE REGOLE PROCESSUALI

Il diritto antidiscriminatorio si caratterizza anche per la previsione di sanzioni (che devono essere «effettive, proporzionate, dissuasive»), per le azioni di natura collettiva e per regole processuali tipiche quali la parziale inversione dell'onere della prova che può essere interpretata come il tentativo di offrire una risposta alla difficoltà delle vittime di fornire prove specifiche e «piene» della discriminazione subita, collocando l'onere sulla parte più «vicina» a esse; ne risulta così rafforzata la posizione di chi – per il solo fatto di essere vittima di una discriminazione e inserita in un rapporto ineguale, per esempio perché lavoratrice e non datrice di lavoro – rappresenta la parte debole di una relazione di natura gerarchica, riconoscendo l'asimmetria di potere e di possibilità per come impatta sul processo. Prevista per tutte le condizioni personali chiede che venga fatta ricadere sulla parte convenuta l'onere di provare che non vi è stata violazione del principio della parità di trattamento, qualora l'attore esponga fatti dai quali si può presumere che vi sia stata una discriminazione.

Anche le azioni positive, strumento di origine statunitense (*affirmative action*) che mira al raggiungimento di una parità effettiva fra i sessi o fra i cosiddetti «gruppi», definibili come misura di «diritto diseguale»<sup>8</sup>, rappresentano una nozione classica del diritto antidiscriminatorio. Introdotte come eccezioni alla regola della parità di trattamento nell'ambito giuslavoristico e in riferimento al sesso come condizione da tutelare, trovano una definitiva legittimazione giuridica con il Trattato di Amsterdam che le ammette al fine di offrire specifici vantaggi, evitando o compensando svantaggi nelle carriere professionali. La giurisprudenza comunitaria ha progressivamente definito la loro legittimità, subordinandole al fine specifico di ridurre le disparità esistenti, all'assenza di automatismi e infine alla proporzionalità delle misure rispetto allo scopo, nel senso che va preferito lo strumento meno invasivo. A partire dal 2000, le Direttive ne prevedono la possibilità per tutte le condizioni personali tutelate con l'obiettivo di garantire la parità, senza però che siano definite.

Caratterizza le Direttive di seconda generazione anche la previsione di organismi nazionali indipendenti cui sono assegnate funzioni di assistenza, formazione, tutela, promozione, nel contrasto alle discriminazioni e nella promozione della parità.

### LUCI E OMBRE

In via di prima approssimazione, può rilevarsi come il diritto antidiscriminatorio di matrice euro-unitaria abbia introdotto una serie di regole e nozioni, certamente contribuendo a omogenizzare gli strumenti normativi negli Stati dell'Unione Europea e mettendo a tema questioni che in alcuni contesti non avrebbero trovato spazio così rapidamente (si pensi, per esempio, alle tutele per orientamento sessuale che certamente alcuni legislatori nazionali non avrebbero introdotto), dovendosi per forza di cose riconoscere un significativo ampliamento delle tutele nei contro le discriminazioni.

Raccogliendo le indicazioni della Corte di Giustizia, il legislatore europeo ha progressivamente ampliato ambiti oggettivi e condizioni personali tutelate, superando l'intento dell'autore come elemento costitutivo della discriminazione, posto che a rilevare è soltanto l'effetto del pregiudizio sulla vittima (che può essere anch'esso reale ma pure astratto), nonché la necessaria concretezza e attualità del pregiudizio subito dalla vittima che può non essere un individuo reale, potendosi effettuare la comparazione con persone o situazioni ipotetiche o non contestuali.

Vi sono però una serie di ombre che la legislazione antidiscriminatoria ha messo in luce e che rischiano di minare, alla radice, l'effettività delle tutele astrattamente previste.

In primo luogo, nel percorso di progressiva espansione del concetto di sesso verso quello di genere, va segnalata in termini critici la mancata estensione delle tutele all'identità di genere, posto che tale non può considerarsi lo scarso riferimento a chi abbia cambiato sesso, contenuto in una parte peraltro non vincolante della Direttiva «Rifusione», poiché esclude chi sia in fase di transizione, come pure chi non possa o non voglia cambiare sesso e in generale chi non si riconosca o non rientri – per caratteristiche cromosomiche o genetiche, come nel caso delle persone intersex – nella dicotomia M(maschile)/F(femminile).

Anche la scelta di vietare le discriminazioni in ragione dell'orientamento sessuale congiuntamente alle condizioni di disabilità, età, religione e convinzioni personali, rappresenta un elemento significativo, poiché di fatto veicola l'idea di una distanza rispetto alle condizioni legate a sesso e genere, tra cui, al contrario, va rilevato un filo rosso. Come noto, la mancata inclusione dell'orientamento sessuale nella nozione di genere rappresenta la conseguenza della costante cautela espressa dalla Corte di Giustizia in materia di *same-sex partnership*, ma non può che destare perplessità poiché determina una chiusura nei confronti di chi, per volontà o proprio desiderio, non rientra in quanto è socialmente abbinato a una divisione dicotomica che vede come necessaria nella coppia la supposta complementarietà fra i sessi. Ciò pare così configgere con l'assunzione del genere come matrice fondante, archetipo, modello, precedente storico sulla base del quale

sono state coniate le discipline e le tutele per le altre caratteristiche personali.

In generale, deve rilevarsi la difficoltà di applicare regole che presuppongano condizioni personali i cui confini non sono certamente netti e indiscussi, come per esempio, nel caso della disabilità che, nell'attraversare un'evoluzione, mostra però limiti assai significativi, poiché divenuta sfuggente e di difficile applicazione.

Pure criticabile è la formulazione dei divieti in termini neutri e neutrali, per cui di fatto vengono a essere vietate differenze di trattamento in ragione di una condizione personale senza nominare quale sia la caratteristica a rischio di discriminazione e dunque oggetto della protezione. Tale aspetto rappresenta uno dei limiti della legislazione antidiscriminatoria che, contraddittoriamente, nel tutelare le minoranze o chi viva una condizione di debolezza, finisce in realtà per ribadire la loro distanza dallo standard, dalla supposta normalità che si assume come parametro di riferimento, finendo per stigmatizzarli e implicitamente marcandoli con un segno di disvalore. Tale modalità, infatti, non può considerarsi un elemento di valorizzazione delle caratteristiche proprie dei destinatari delle tutele, poiché rimarcando le differenze viene a determinare uno

scivolamento del discorso sulla netta e rigida spartizione fra persone diverse, deboli, anormali e persone uguali, forti, normali, che non appare rispettosa di quelle diversità per le cui tutele la normativa era stata introdotta. L'aspetto si pone come paradossale poiché l'orientamento verso una divisione fra normalità e non normalità rende ciò che è prevalente a livello statistico criterio-guida nella definizione di parametri normativi, mentre le minoranze dovrebbero essere tutelate proprio in quanto non rientranti in quella che viene indicata come normalità, ovvero come modello standard, statisticamente prevalente.

Specificamente in relazione ai temi (e alle condizioni) connessi al genere (sesso, orientamento sessuale, identità di genere), ciò appare ancora più accentuato, in quanto viene assunta come normalità ciò che invece è così definito e determinato dal diritto stesso, denunciando la limitata capacità di assumere il genere come categoria analitica e non come mera condizione a rischio di discriminazione al pari delle altre previste dal diritto europeo<sup>9</sup>.

Le nozioni utilizzate, poi, tradiscono la genesi di natura sociologica della normativa, come nel caso delle molestie e delle molestie sessuali che descrivono l'effetto, e dunque l'ambiente creato, con riferimenti assai soggettivamente caratterizzati, ma non la condotta, e che si verificano anche a prescindere dall'intento

dell'autore, soltanto sulla base dell'impatto sulla vittima, rendendo assai complessa la sua applicazione sul piano pratico. La nozione delle molestie e il suo porsi come forma di discriminazione impone al giudice di avventurarsi in un terreno poco consono, considerando il contesto sociale e culturale in cui si verificano le condotte, poiché la valutazione circa l'ambiente «ostile, degradante, umiliante, offensivo» è di certo strettamente connessa alle specificità soggettive e oggettive della vicenda. In secondo luogo, molestie e molestie sessuali si fondano sulla violazione della dignità della persona e non della donna, facendo scemare il rilievo della loro genesi, agganciata alla constatazione del loro porsi quale espressione della subordinazione di genere. Così formulata, la definizione non coglie dunque la complessità che fa da sfondo alle discriminazioni di genere, per come è radicata nelle relazioni effetto e causa insieme della subordinazione delle donne, rischiando di inquadrare le molestie sessuali come violazione di

un diritto di entrambi i sessi, dunque come questione di diritti umani.

Similmente può dirsi – *mutatis mutandis* – della duttilità delle tutele per le condizioni statisticamente maggioritarie, poiché il diritto antidiscriminatorio non plasma un quadro di protezione a vantaggio

di chi sia in una posizione di marginalità, di debolezza, di fragilità, per una condizione personale, ma pretende neutralità, pretende cioè che quella condizione non abbia alcuna influenza, neppure se di maggiore protezione, sul trattamento; le tutele possono così essere invocate anche da parte di chi non sia vittima di una discriminazione, ma venga a subire l'impatto di un trattamento differenziato attuativo, per esempio, di un'azione positiva o di una misura preferenziale, dunque con l'obiettivo di un'effettiva parità.

È pure un elemento di criticità che il diritto antidiscriminatorio abbia inteso il genere al pari delle altre condizioni a rischio di discriminazione, disconoscendo il suo essere matrice fondante di ogni altra forma di tutela, il suo carattere trasversale (posto che caratterizza ogni persona), ma pure il suo fondamento normativo nel diritto primario dell'Unione Europea e non soltanto nelle Direttive. Infatti, se anche le tutele in ragione di «razza» e origine etnica sono più ampie quanto all'ambito oggettivo di riferimento, solo per il divieto di discriminazione fra donne e uomini vi è una previsione espressa nei Trattati (oggi, 157 TFUE), mentre per le altre condizioni vi è una mera possibilità di adottare provvedimenti di contrasto (art. 13 TCE)<sup>10</sup>.

Peraltro, è da considerare come la complessità del quadro sia di certo aggravata dal fatto che l'ordinamento italiano ha proceduto alla trasposizione delle



Direttive europee senza alcuno sforzo di ricomposizione e coordinamento con la normativa preesistente, attuando un recepimento con atti singoli e autonomi per ogni condizione personale, aumentando la confusione normativa determinata dall'affastellarsi dei diversi strumenti e generando difficoltà applicativa. Si pensi alle nozioni di molestie e molestie sessuali già considerate reati (art. 660 del codice penale), ma pure alle nozioni di discriminazioni già presenti nello Statuto dei lavoratori (legge 300 del 1970) e che si sovrappongono con quelle di nuovo conio.

Un problema significativo del diritto antidiscriminatorio è poi nella sua debole applicabilità, anche in ragione della scarsa conoscenza che di esso hanno le vittime delle discriminazioni, ma pure i professionisti legali, come magistrati e avvocati, così come chi opera all'interno delle organizzazioni sindacali. Di fatto, ciò ha reso assai più difficile la costruzione di una giuri-

sprudenza consolidata che è invece apparsa debole e rapsodica, con poche condanne pure a fronte di un quadro che gli studi restituiscono come profondamente segnato dalle discriminazioni<sup>11</sup>.

In conclusione, paiono dunque vistosi i limiti e le carenze del diritto antidiscriminatorio contemporaneo, determinati anche dalla sua rigida perimetrazione di condizioni personali e ambiti oggettivi, che di fatto lascia sprovvisti di tutele numerosi settori e caratteristiche tali da generare marginalità e fragilità sociali, come nel caso della condizione economica. In questo, deve leggersi l'influenza della matrice economica del diritto euro-unitario che non nasce per attuare istanze di giustizia sociale, in nome di un principio di uguaglianza, ma per evitare che tutele ridotte in alcuni Paesi membri potessero svantaggiare la libera circolazione (di persone, beni e servizi) e l'esercizio delle libertà europee, dunque a garanzia della libera concorrenza.

<sup>1</sup> M. Barbera, (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, Milano, 2007; M. Barbera, A. Guariso, (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria*. Fonti, strumenti, interpreti, Giappichelli, Torino, 2019. L. Calafà, D. Gottardi, D. (a cura di), *Il diritto antidiscriminatorio, fra teoria e prassi applicativa*, Ediesse, Roma, 2009.

<sup>2</sup> V. art. 119 TCE, poi 141 TCE, ora 157 TFUE.

<sup>3</sup> O. Pollicino, *Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario*, Giuffrè, Milano, 2005; D. Strazzari, *Discriminazione razziale e diritto*, Cedam, Padova, 2008; M. Bell, *Anti-Discrimination Law and the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2002; E. Ellis, *EU Anti-Discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford, 2005.

<sup>4</sup> Bell, op. cit.; Ellis, op. cit.

<sup>5</sup> Art. 141, par. 4, TCE.

<sup>6</sup> Pollicino, op. cit.

<sup>7</sup> Si tratta di definizioni identiche in tutte le Direttive, v. es. art. 2, Dir. 43/2000; art. 2, Dir. 2000/78.

<sup>8</sup> M. Carelli, *Le azioni positive nel costituzionalismo contemporaneo*, Jovene, Napoli, 2008; Pollicino, op. cit.

<sup>9</sup> B. Pezzini, «Costruzione del genere e costituzione», in B. Pezzini (a cura di), *La costruzione del genere. Norme e regole*, Bergamo University Press, Bergamo, 2012, pp. 15-73.

<sup>10</sup> Bell, op. cit., pp. 33 ss.

<sup>11</sup> A. Lorenzetti, B. Gusmano, (a cura di), *Lavoro, orientamento sessuale e identità di genere: dalle esperienze internazionali alla progettazione di buone prassi in Italia*, Armando, Roma, 2014; A. Lorenzetti, G. Viggiani, *Hard Work. LGBTI Persons in the Workplace in Italy*, ETS, Pisa, 2016.

## IN SINTESI

- Una delle caratteristiche del diritto antidiscriminatorio risiede nell'aver introdotto nozioni, regole e istituti peculiari quali: la discriminazione in forma diretta – cioè quando, a causa di una condizione particolare, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata una persona non portatrice di quella caratteristica – e indiretta, identificata con la situazione in cui una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in una situazione di particolare svantaggio le persone portatrici di una caratteristica personale.
- Il diritto antidiscriminatorio si caratterizza anche per la previsione di sanzioni (che devono essere «effettive, proporzionate, dissuasive»): ne risulta così rafforzata la posizione di chi – per il solo fatto di essere vittima di una discriminazione e inserita in un rapporto ineguale, per esempio perché lavoratrice e non datrice di lavoro – rappresenta la parte debole di una relazione di natura gerarchica.
- Nonostante l'avanzamento delle tutele del diritto antidiscriminatorio nell'Unione europea, soprattutto in alcuni contesti e per alcune condizioni soggettive che avrebbero stentato a trovare protezione contro le discriminazioni negli ordinamenti di alcuni Stati membri (discriminazione su base etnica o di orientamento sessuale), permangono elementi di debolezza e fragilità, a partire dall'incertezza di alcune nozioni, dal carattere indefinito di molti ambiti e dalla scarsa applicazione e applicabilità che di esso può rilevarsi nei Tribunali, pure a fronte di frequenti e persistenti discriminazioni.