

## Di cosa parliamo quando parliamo di uguaglianza? \*

Un tentativo di problematizzazione del dibattito interno alla luce dell'esperienza sopranazionale

di Oreste Pollicino \*\*

Sommario: 1. – Una dichiarazione di metodo e di intenti. 2. – Asfissia e mancata concettualizzazione autonoma dei singoli divieti di discriminazione nella esperienza costituzionale interna. 3. – La dimensione sovranazionale come possibile modello di ispirazione. Il valore aggiunto dell'approfondimento dei singoli divieti di discriminazione nella esperienza comunitaria: focus su 3 casi esemplari 3.1. – Le potenzialità della nozione di discriminazione indiretta nell'accertamento della disparità di fatto. 3.2 – Il percorso evolutivo dello strumento del trattamento preferenziale. 3.3. – La nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario e la parziale emancipazione della componente valutativa di accertamento della discriminazione dalla congenita matrice relazionale-comparativa. 4. – Alla ricerca del verso discendente della mutua alimentazione tra ordinamenti: quali, per il nostro quadro costituzionale in tema di uguaglianza, i possibili effetti benefici derivanti della parallela esperienza sovranazionale?

1. - "Manipolando", a nostro "uso e consumo", il titolo di uno splendido racconto di Raymond Carver che, nella sua versione originaria, esplorava un campo di differente (ma non minore) rilevanza costituzionale, si vuole, anche provocatoriamente, concentrare l'attenzione sulla mutevolezza e cangiabilità delle forme e delle espressioni delle nozioni di uguaglianza e non discriminazione al fine di stimolare un'operazione di sgretolamento delle certezze, apparentemente granitiche, che spesso caratterizzano il modo di "discorrere" intorno all'uguaglianza. In quest'ottica, sarebbe vanamente ambizioso nonché autolesionistico provare ad aggiungere nuove certezze alle vecchie. Considereremmo, infatti, un risultato più che positivo il poter riuscire a mettere in discussione il linguaggio assoluto del "sì o del no" con cui spesso si è fatto parlare il principio contenuto all'art. 3 della Costituzione per proporre un linguaggio alternativo, composto da punti più interrogativi che esclamativi, che possa dare voce ad una visione pluralistica dell'uguaglianza, verso una coesistenza di differenti "uguaglianze". La declinazione al plurale dell'ossimoro apparente non è solo necessaria per identificare i diversi soggetti o categorie di soggetti che all'interno del nostro Stato sociale richiedono il riconoscimento delle proprie identità ai fini della realizzazione di una uguaglianza effettiva ma è anche indispensabile, in una prospettiva questa volta inter-ordinamentale, per dare conto di come i principi di uguaglianza e non discriminazione siano in grado di atteggiarsi in modo differente tanto, prospettiva questa che non sarà presa in considerazione in questo breve contributo, nei diversi ordinamenti costituzionali statuali, quanto, angolo di visuale che invece sarà privilegiato per le riflessioni seguenti, a secondo che si prenda in considerazione la dimensione costituzionale interna o quella sovranazionale, tanto comunitaria quanto internazionale.

Un tale approccio "relativista" al tema dell'uguaglianza è anche funzionale al tentativo di dare, nel contesto di una combinazione virtuosa inter-ordinamentale,<sup>[1]</sup> tra ordinamenti che trova il suo terreno più fertile nella tutela dei diritti fondamentali<sup>[2]</sup> ed attingendo ai significati che il principio di uguaglianza e non discriminazione hanno assunto nei percorsi evolutivi, rispettivamente, dell'esperienza comunitaria ed internazionale, "nuova linfa vitale", in una prospettiva assiologica, al potenziale costituzionale del nostro ordinamento in tema di uguaglianza, a nostro avviso, come si accennerà in sede conclusiva, non interamente espresso.

Animati da tali intenti, nei paragrafi che seguiranno, dopo aver assai brevemente identificato la parte, a nostro avviso mancante, di appropriato approfondimento nel contesto del dibattito, mai conclusosi, su portata e limiti del principio di uguaglianza, ci si domanderà, facendo riferimento ai percorsi evolutivi della esperienza comunitaria ed internazionale sullo stesso tema, se possa

provarsi a colmare una tale lacuna traendo ispirazione dai risultati cui sembrano essere approdati, seppur momentaneamente, tali percorsi.

2. - Un tale approccio "relativista" al tema della non discriminazione sembra poter trarre la sua legittimazione oltre che dalle ragioni che si sono sopra accennate, dalla stessa doppia anima che pare caratterizzare il principio di uguaglianza: una prima, che potrebbe chiamarsi oggettiva, che si concentra sulla vocazione del principio di cui si discorre a fungere da vincolo al legislatore e quindi da limite, in una dimensione orizzontale tipica della forma di governo, alla potestà normativa; la seconda, soggettivamente intesa, che, nel quadro della dimensione verticale che fa del rapporto tra autorità e libertà il nucleo duro della forma di stato, incarna l'uguaglianza nel ruolo di diritto fondamentale della persona. Doppia anima quest'ultima che rimanda al duplice, e non alternativo, significato di Costituzione: «Costituzione in quanto forma politica (*frame of government*) e Costituzione in quanto dichiarazione di diritti inalienabili (*declaration of rights*)»[3].

Il fatto che lo studio del principio contenuto all'art. 3 della nostra Costituzione sia stato quasi appannaggio esclusivo della dottrina giuspubblicista, rilevava nel 1991 la giuslavorista che con più sensibilità costituzionale si è accostata al principio di non discriminazione, ha fatto sì che si ponesse (troppo) spesso al centro della riflessione la questione della portata e dell'ambito di estensione dell'esercizio del potere legislativo e della forma della sua legittimazione «delimitando di conseguenza la nozione di uguaglianza e non discriminazione in modo che risultasse funzionale a quello che era ritenuto l'equilibrio tra controllo giudiziale ed autonomia legislativa»[4]. Parole, queste, che ci sembrano, a distanza di 14 anni, tremendamente attuali. Il fatto, in altre parole, che ci sia concentrati specialmente sul primo dei due significati di uguaglianza poc'anzi evidenziati nell'ambito di un'analisi in primo luogo attenta a consentire il controllo reciproco dei poteri dello Stato nel mantenimento delle proprie prerogative e volta alla ricerca dell'equilibrio istituzionale tra gli organi costituzionali (in questo caso legislativo e giudiziario) partecipi della forma di governo caratterizzante il nostro ordinamento, ha portato, per forza di cose, a sottovalutare, alla luce invece di un concetto di Costituzione come *Bill of rights*, la forza propria dei singoli divieti di discriminazione previsti dall'art. 3 Cost., nel loro rappresentare diritti a non essere discriminati sulla base di particolari ragioni, impedendo, di conseguenza, una appropriata concettualizzazione giuridica autonoma dei divieti stessi.

L'elaborazione dottrinale, infatti, supportata anche dall'atteggiamento della Corte costituzionale al riguardo, ha prodotto i suoi sforzi maggiori nella spesso sterile problematica relativa alla presunta tensione, in verità più apparente che reale[5], tra il c.d. principio di uguaglianza formale sancito dalla prima parte del primo comma dell'art. 3 della Cost., per cui «tutti i cittadini hanno parità dignità sociale e sono uguali sono davanti alla legge» e quello di uguaglianza sostanziale contemplato dall'intero secondo comma in cui si caratterizza in senso promozionale e quindi dinamico il ruolo dei poteri pubblici alla rimozione degli ostacoli di fatto esistenti alla piena uguaglianza (e libertà) dei cittadini[6].

Quasi soffocati, anche a causa della loro posizione in Costituzione, da tale tensione dialettica, i singoli divieti di discriminazione non hanno potuto giovare dell'approfondimento necessario che avrebbe consentito una loro concettualizzazione giuridica autonoma[7]. Infatti, la *ratio* specifica dell'inciso del primo comma dell'art. 3 Cost. «senza distinzione di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche e di condizioni personali», è stata, nel peggiore dei casi, ignorata, interpretandola come una mera declinazione in negativo del principio di uguaglianza[8], nel migliore dei casi strumentalizzata da dottrina e giurisprudenza a supporto argomentativo, a fondamento della presunta legittimità di due opposte opzioni interpretative del principio generale di uguaglianza, ossia tanto a sostegno della concezione paritaria[9] dell'uguaglianza quanto di quella valutativa[10]. Infatti, nella gran parte degli studi della dottrina costituzionalistica sul punto, il

dibattito intorno alla necessità o meno di attribuire un valore ai singoli divieti di discriminazione non è quasi mai stato dettato dalla consapevolezza della rilevanza, come fine in sé, di una concettualizzazione autonoma di tali divieti ma è stata invece strumentale, da un lato, per i seguaci della concezione c.d. paritaria, ai fini di motivare la tesi che la disposizione costituzionale ex art. 3, c. 1, vietasse qualsiasi differenziazione sulla base dei motivi elencati, indipendentemente dal fatto che essa sia portatrice di norme di favore o di sfavore nei confronti di determinate razze, etc., dall'altro, per i sostenitori della concezione c.d. valutativa, per surrogare la tesi secondo la quale ad essere vietate non sarebbero tutte le differenziazioni ma solo quelle che risultassero arbitrarie o irragionevoli. Se, aderendo alla prima concezione «gli interpreti si erano privati della possibilità di spiegare come mai, in determinati contesti, le distinzioni vietate tornassero ad essere lecite»[\[11\]](#), il considerare, come hanno fatto i sostenitori della concezione valutativa, i singoli divieti di discriminazione come mera proiezione del divieto generale di discriminazione arbitrarie ha fatto sì che «il controllo di ragionevolezza venisse fondato sulla corrispondenza tra norma e fine... tagliando fuori dall'indagine tutti gli aspetti che non appaiono direttamente rilevanti rispetto al fine che la normativa sindacata vuole raggiungere»[\[12\]](#).

Concentrandoci per un momento sul concetto di divieto di classificazioni arbitrarie alla base della concezione valutativa, è evidente la prevalenza della nozione di uguaglianza come vincolo all'esercizio della potestà normativa nel contesto di una ricostruzione dottrinale tesa ad elaborare, attraverso l'utilizzo del parametro costituzionale offerto dall'art. 3 Cost., un sistema di limiti ed eventuali giustificazioni alla discrezionalità dell'organo legislativo, alla luce di una equilibrata distribuzione dei poteri tra Parlamento e giudice di legittimità delle leggi, in perfetta aderenza al concetto di Costituzione come *frame of government*[\[13\]](#).

La stessa Corte costituzionale ha supportato una tale ricostruzione. Infatti, dopo le primissime sentenze[\[14\]](#) che risentivano della lettura espositiva del principio di uguaglianza e garantivano il più ampio margine alla discrezionalità del legislatore[\[15\]](#), a partire dalle sentt. n. 53 del 1958 e n. 15 del 1960, la Corte «ha finito per aggiungere agli specifici divieti di discriminazione previsti nel testo dell'art. 3, c. 1, Cost., un generale e ben più comprensivo divieto di arbitrarietà delle classificazioni normative», svalutando così, aggiungiamo noi, i motivi di ordine storico contingente, alla base della formulazione dei singoli divieti di discriminazione e, più in generale, sottovalutando il valore storicamente "emancipatorio"[\[16\]](#) dell'enunciazione del principio generale di uguaglianza.

Alla ricerca di una maggiore attenzione alla riscoperta di tale valore deve ora volgersi lo sguardo all'esperienza comunitaria sul tema, per accertare se, ed in che misura, possa costituire, insieme alla dimensione internazionale cui si farà solo un accenno, serbatoio di ispirazione virtuosa cui poter attingere per "rivitalizzare" la portata assiologica e prescrittiva dell'asfittica applicazione, per le ragioni appena esposte, del principio di non discriminazione.

3. - Volgendo ora lo sguardo, secondo la dichiarazione di intenti conclusiva del paragrafo precedente, fino a fissarlo sull'esperienza comunitaria in tema, la prima constatazione, per quanto ovvia, non può non essere quella per cui non figurava nel Trattato di Roma né l'enunciazione di un principio generale di uguaglianza né la previsione di un generale divieto di non discriminazione[\[17\]](#) ma, in aderenza al modello di competenze per attribuzione insito nel sistema comunitario,[\[18\]](#) era previsto un solo divieto di una certa generalità, quello relativo alla discriminazione sulla base della nazionalità[\[19\]](#), ed una segmentazione di altre proibizioni di discriminazioni per quante erano le aree di competenza attribuite alla Comunità stessa[\[20\]](#).

Quali le implicazioni nel contesto di una prospettiva assiologicamente caratterizzata di mutua alimentazione tra dimensione costituzionale interna e dimensione sovranazionale, assunta in precedenza come chiave di lettura privilegiata, derivante dall'assenza (almeno originaria), nella

fonte comunitaria primaria, di un principio generale di uguaglianza così come è di norma codificato nelle Carte costituzionali?

In relazione al verso ascendente di detto circuito bidirezionale, che guarda quindi all'arricchimento della dimensione comunitaria dovuto all'influenza virtuosa delle esperienze costituzionali degli Stati membri, non essendo esso oggetto privilegiato della nostra indagine, basterà dire che l'enucleazione di un principio generale di uguaglianza nel diritto comunitario è spettato all'attività della Corte di giustizia[21] che ha attinto "alla fonte" della caratterizzazione normativa e giurisprudenziale del principio in parola così come elaborato negli ordinamenti interni attraverso la nota operazione ermeneutica per cui i principi generali del diritto comunitario trovano la loro culla nelle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, con l'unico dettaglio per cui quest'ultimi, «children of (*constitutional*) national law, as brought in front of the Court of Justice, became *enfants terribles*»[22].

Per il verso del circuito che invece più, adesso, ci interessa, vale a dire quello "discendente" che fa dell'esperienza comunitaria (ed in genere internazionale) un'occasione (spesso perduta) per integrare il parametro costituzionale dell'ordinamento interno e più in generale per consentire al nostro materiale costituzionale, dotato, peraltro di una formidabile vocazione all'apertura "internazionale"[23], di arricchirsi dei risultati dei processi evolutivi caratterizzanti i percorsi interpretativi delle Corti europee di Lussemburgo e Strasburgo, ci si deve chiedere quale, se c'è stata, la componente positiva del non aver potuto disporre, *ab initio*, nel sistema comunitario, del parametro normativo offerto dalla previsione di un principio generale di uguaglianza.

La risposta rivela una caratteristica dell'evoluzione del diritto comunitario in tema che invece è mancata nella nostra esperienza interna[24]: la concettualizzazione giuridica autonoma ed il relativo approfondimento giurisprudenziale dei singoli divieti di non discriminazione.

Quale, allora, il valore aggiunto di un tale approfondimento?

Si proverà a rispondere a questa seconda, più complessa domanda, indagando il percorso evolutivo relativo al principio della parità retributiva tra uomini e donne per un lavoro equivalente[25] e, più in generale, al divieto di discriminazione sulla base del sesso nel luogo di lavoro[26].

La scelta dell'approfondimento di una tale area non è casuale. Due sono le ragioni, infatti, che fanno del settore relativo al principio di non discriminazione dei sessi sul posto di lavoro un terreno di indagine privilegiato per valutare le conseguenze che la concettualizzazione autonoma dei singoli divieti di discriminazione è in grado di produrre ai fini di una maggiore concretizzazione, sul piano interpretativo, del potenziale, non del tutto espresso, del principio generale di uguaglianza.

La prima ragione è, per così dire, contingente, essendo connessa alla particolare esperienza comunitaria sul tema. Infatti, il tema della *sex discrimination* sul posto di lavoro è stato da sempre oggetto di un particolare interesse della giurisprudenza comunitaria dovuto ad una esorbitante quantità di contenzioso in merito che, a dire il vero, non corrisponde, su un piano politico, alla reale portata che gli organi comunitari hanno riservato alle politiche antidiscriminatorie[27] e di pari opportunità da sempre considerate ancillari rispetto alle politiche di matrice economico integrazionista, a cominciare dalla diarchia *competition law* - mercato unico.

La seconda ragione della scelta, invece, emancipandosi dalla sfera del contingente, si fonda, sotto un profilo più generale, sul fatto che, come è stato acutamente osservato, l'evoluzione verso una lettura diversa del testo costituzionale in tema di uguaglianza deve prendere per forza di cose le mosse dalla discriminazione sulla base del sesso in quanto il concetto di uguaglianza sessuale

costituisce una sorta di ossimoro sui cui non è possibile non interrogarsi. Infatti, il principio legale di non discriminazione tra i sessi lega la nozione di "genere" che ha, alla sua base, il concetto di differenza, al predicato di uguaglianza, «creando una tensione intrinseca (*che dà vita all'ossimoro di cui sopra*) tra il concetto di uguaglianza, che presuppone somiglianza, ed il concetto di sesso, che presuppone differenza»[28].

3.1 - Tre sembrano i profili in grado di evidenziare i benefici derivanti dalla concettualizzazione autonoma, da parte della giurisprudenza comunitaria[29], del singolo divieto di non discriminazione sulla base del sesso.

In primo luogo si sottolinei la parziale metaformofosi che un tale divieto ha avuto, con particolare riguardo alla sua costola che trova fondamento nel diritto primario rappresentata dal divieto di discriminazione per quanto concerne la retribuzione spettante, rispettivamente, al lavoratore ed alla lavoratrice per lo stesso lavoro e più in generale per mansioni di pari valore. Tale principio, infatti, previsto ora all'art.141, c. 1 del Trattato, almeno nelle intenzioni originarie dei Padri fondatori, ben lontano dal perseguire l'obiettivo di realizzare una piena parità retributiva tra uomini e donne aveva decisamente un fine di carattere economico, quale, del resto, più in generale, conserva ancor oggi il principio di *equal treatment* nella maggior parte dei suoi campi di applicazione nella dimensione sovranazionale[30], e, in particolare, tendeva ad evitare il fenomeno, distorsivo della concorrenza infracomunitaria, del c.d. *dumping sociale*. Un'analisi dei lavori preparatori al Trattato di Roma potrebbe essere illuminante per una chiarificazione del concetto. Si scoprirebbe, infatti, che la disposizione presente all'art. 119 CE, concepita per «correggere gli effetti di specifiche distorsioni concorrenziali che potevano avvantaggiare o svantaggiare determinati settori»[31], era stata fortemente voluta dalla Francia che aveva, al tempo, i differenziali retributivi più bassi tra salari percepiti, rispettivamente, da lavoratori uomini e lavoratrici donne[32] rispetto a quelli presenti negli altri cinque Stati membri. Una tale situazione comportava l'alto rischio che una buona parte dell'attività industriale francese che, specie nel settore elettrico e tessile, al tempo impiegava prevalentemente manodopera femminile, si trovasse in una situazione di debolezza concorrenziale rispetto agli stessi o simili segmenti industriali di altri Paesi della Comunità in cui lo stesso quantitativo di manodopera femminile veniva impiegato a salari molto più bassi[33].

È stata la Corte di giustizia, con la decisione di svolta *Defrenne II*, attraverso un'interpretazione in chiave teleologica (e di non irrilevante audacia creativa) del primo comma dell'art. 119, a portare alla luce l'anima sociale del processo di integrazione comunitaria, identificando nella disposizione in esame, accanto alle priorità di politica economica, anche uno strumento di tutela contro le discriminazioni e facendo quindi rientrare il principio della parità retributiva, a pieno titolo, negli scopi sociali della Comunità. Quest'ultima, infatti, a detta della Corte, non poteva considerarsi limitata esclusivamente a realizzare un'unità economica ma «doveva garantire, al tempo stesso, mediante un'azione comune, il progresso sociale e promuovere il costante miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro dei popoli europei, come d'altronde era sottolineato nel preambolo del Trattato CE»[34] [35]. *L'homo haeconomicus* protagonista indiscusso dei primi due decenni del processo di integrazione comunitaria, dopo anni di assoluto predominio, si vedeva affiancato dall'*homo operosus*, le cui esigenze di protezione e di garanzia offuscavano, per una volta, le ragioni di sua maestà *competition law* attraverso l'individuazione che la Corte faceva del preambolo del Trattato come fonte privilegiata per l'identificazione del *telos* ultimo del suo approccio interpretativo: la realizzazione di quel progresso sociale, appunto, in grado di sovvertire il portato che sembrava emergere da una interpretazione letterale dell'art. 119 CE.

3.2. - In secondo luogo la concettualizzazione autonoma del singolo divieto di discriminazione sulla base del sesso ha consentito alla Corte di giustizia, nel silenzio del Trattato, l'enucleazione, nel quadro della giurisprudenza relativa ai contenziosi in materia, della nozione di discriminazione indiretta attraverso l'importazione dalla giurisprudenza della Corte suprema americana relativa alla

definizione dell'ambito di applicazione dell'*equal protection clause*, del concetto di *disparate impact*[36]. In particolare, la Corte di giustizia ha ritenuto che ricorresse una tale situazione discriminatoria quando l'applicazione di una misura nazionale, se pur formulata in termini neutri, svantaggiasse in una proporzione più ampia[37], o numericamente o in percentuale[38], le donne rispetto agli uomini, o comunque un sesso rispetto all'altro. Si tratta di un'operazione ermeneutica fondamentale al fine di alzare lo *standard* di effettività nella lotta contro le discriminazioni attraverso l'enucleazione di un parametro valutativo che non soltanto in considerazione la conformità al principio di uguaglianza della formulazione linguistica di una normativa, ma che sia anche in grado di accertare, focalizzandosi sull'*output* di una disciplina, che l'impatto della stessa normativa sulla realtà sociale in cui interviene non sia *di fatto* discriminatorio.

Il concetto di discriminazione indiretta, in altre parole, sfidando il dogma del fondamento individualistico e neutrale della tutela antidiscriminatoria, non solo si basa su una comparazione tra gruppi (e non tra individui) assunta a fondamento per stabilire una situazione, *prima facie*, di discriminazione, ma altresì, nell'accertamento di una tale forma di discriminazione, acquista una rilevanza fondamentale l'attenzione attribuita, sul piano degli effetti, all'impatto sostanzialmente ineguale, a prescindere da una precisa volontà in questo senso, che una legislazione formalmente (nella sua formulazione linguistica) rispettosa del principio di uguaglianza è in grado di produrre nella realtà di fatto.

Confrontando tale percorso ermeneutico con l'esperienza parallela della nostra giurisprudenza costituzionale in materia non può che ravvisarsi, proprio a causa del mancato approfondimento del singolo divieto di discriminazione alla base invece dell'*iter* argomentativo della Corte di Lussemburgo, una distanza di orientamenti tra le due Corti sul punto. Infatti, se è vero che la sent. 169/1993 della Corte costituzionale ha ammesso che «l'adozione di un trattamento giuridico uniforme può essere causa di una discriminazione indiretta» è anche vero che tale decisione è passata alla storia proprio in quanto rappresentativa di un caso isolato nel quadro complessivo di una giurisprudenza costituzionale in cui, a detta di chi in Italia ha studiato con attenzione e profondità il principio di uguaglianza, «la sottostante realtà non acquista rilievo se non attraverso il filtro delle qualificazioni normative e delle finalità che il legislatore si è proposto in materia, mentre è raro il ricorso a valutazioni di tipo quantitativo, aventi immediato riguardo alle fattispecie disciplinate dalle norme in questione...lo stesso criterio statistico riceve secondarie e poco approfondite applicazioni»[39].

Del resto, nonostante le penetranti critiche ai «custodi dell'ortodossia positivista»,[40] gran parte della dottrina[41] ha sempre supportato tale approccio normativista da parte della Corte. Infine, se è vero che ultimamente la giurisprudenza della Corte ha dato ingresso a controlli di costituzionalità che, sganciandosi dall'accertamento dell'eventuale contraddizione tra termini normativi aventi lo stesso carattere, sembrano aprirsi "verso l'alto" raffrontando la norma oggetto del giudizio "con quel che sta più in su" del diritto positivo, quali i valori di giustizia ed equità[42], è anche vero che vi è ancora una certa riluttanza ad integrare nel parametro costituzionale di riferimento, a nostro avviso dovuta anche al mancato approfondimento dei singoli divieti di discriminazione, con quello che "sta più in giù", il diritto positivo, vale a dire la situazione di fatto in cui trova radici e linfa vitale la discriminazione[43].

3.3. - Deve adesso esaminarsi il terzo piano prospettico di quello che si diceva essere il benefico influsso che la mancata previsione, a livello comunitario, di un generale principio di uguaglianza ha avuto sulla concettualizzazione specifica del divieto di discriminazione sulla base del sesso. A questo riguardo si farà brevemente riferimento al percorso evolutivo dello strumento del trattamento preferenziale. Una volta ampliato, come si è osservato nel paragrafo precedente, l'ambito di applicazione del divieto di discriminazione attraverso l'utilizzo, anche strumentale, del concetto di discriminazione indiretta, il passo da una tutela negativa ad una promozionale delle

situazioni discriminatorie, caratterizzata dall'applicazione dello strumento del trattamento preferenziale è stato breve ed, in particolare, è derivato dal riconoscimento di un'esigenza di tutela nei confronti di quel tipo di pratica discriminatoria che non è il risultato di un preordinato intento discriminatorio da parte del datore di lavoro o dell'autorità pubblica ma che, pur non essendo voluta intenzionalmente da alcuno, è la conseguenza obiettiva che, di fatto, deriva dall'applicazione di un determinato meccanismo selettivo.

Una tale forma di discriminazione, cd. istituzionale, pur essendo connessa funzionalmente al concetto di discriminazione indiretta, non è in grado di essere eliminata ricorrendo al correlativo divieto, ma necessita di un intervento attivo di tipo correttivo. In prima battuta un intervento di ordine volontario, da parte del datore di lavoro (privato o pubblico che sia) ed, in secondo luogo, in caso di persistenza della situazione discriminatoria, di natura coattiva da parte del legislatore, vale a dire l'adozione di disposizioni prevedenti discipline correttive di diritto diseguale per venire incontro a tali istanze.

È così che concentrandosi prima, nel silenzio del Trattato, sull'esiguo disposto dell'art. 2, c. 4, della direttiva 76/207[44] e, successivamente, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, sul parametro normativo superprimario fornito dal (nuovo) quarto comma dell' art. 141 CE [45], la Corte di giustizia ha tracciato un percorso giurisprudenziale in cui sono almeno identificabili due fasi costitutive.

In primo luogo si è assistito all'emersione e consolidamento di un processo (prima generazione dello strumento del trattamento preferenziale) che caratterizzato, inizialmente, specie in *Kalanke*[46], da una visione formalistica ed individualistica del principio generale di uguaglianza, in cui era consentito esclusivamente l'eguagliamento dei punti di partenza, si è mosso lungo un *iter* ermeneutico tracciato dai giudici comunitari tendente ad una colorazione in senso sostanzialistico dello stesso principio[47] ammettendo, sia pure a determinate condizioni, *in primis* quella della proporzionalità *sub specie* della ragionevolezza della misura preferenziale e della idoneità della qualificazione professionale alla mansione da esercitare, anche l'attribuzione del risultato finale, rappresentato, nella maggior parte dei casi, dal posto di lavoro o dalla promozione di carriera "in palio"[48]. In secondo luogo si è assistito alla delineazione di un percorso parallelo (seconda generazione) che, attraverso un processo normativo di neutralizzazione dell'enunciato linguistico significante attributivo della priorità avviatosi con Amsterdam[49] e "supportato" dalla giurisprudenza della Corte[50], ha visto un'emancipazione, nel quadro della dimensione comunitaria del diritto diseguale, da un modello esplicitamente *sex (women) oriented* a favore di uno alternativo in grado di indirizzarsi, bidirezionalmente, nei riguardi di entrambi i sessi.

In breve e rinviando altrove per una trattazione meno sommaria del tema[51], può dirsi che l'ordinamento comunitario partendo da una situazione di partenza che relegava le c.d. azioni positive a mera eccezione del principio di *equal treatment* ha in corso un processo evolutivo orientato, attraverso l'incessante operazione di approfondimento da parte della Corte di giustizia del divieto di discriminazione sulla base del sesso ed il parallelo percorso del legislatore comunitario nello stesso senso[52], verso una prospettiva, assiologicamente caratterizzata, in cui il trattamento preferenziale, lungi dall'essere considerato una violazione momentanea e difficilmente ammissibile del principio di uguaglianza possa essere riqualificato come proiezione in concreto dello stesso, valorizzando quindi il nucleo duro dello strumento in questione, ossia la sua naturale vocazione, ove animato dall'intento di rimuovere le situazioni di disuguaglianza di fatto esistenti, a farsi portare del valore dell'uguaglianza effettiva.

Uno stesso percorso, pur potendo contare su un parametro costituzionale dalle enormi potenzialità in questo senso, non sembra aver caratterizzato l'esperienza "parallela" della nostra giurisprudenza costituzionale in tema di trattamento preferenziale. In primo luogo, infatti, la Corte costituzionale,

esattamente agli antipodi della sovravalutazione, almeno in termini di quantità di contenzioso, che, come si è visto, ha caratterizzato la dimensione sovranazionale, ha quasi del tutto ignorato, effetto riflesso della poca attenzione concessa alla concettualizzazione autonoma del divieto di discriminazione sulla base del sesso "soffocato" da un lato dall'accezione formale e dall'altra da quella sostanziale del principio di uguaglianza, l'incidenza che le misure differenziate erano in grado di avere nel riequilibrio della disparità dei sessi nel mercato del lavoro, salvo, le rarissime volte in cui si è occupata del problema, sottolineare la natura derogatoria dello strumento preferenziale rispetto al principio di uguaglianza, affermando come «le azioni comportano l'adozione di discipline giuridiche differenziate a favore delle categorie sociali svantaggiate, anche in deroga al principio formale di parità di trattamento, stabilito nell'art. 3, c. 1, Cost»[\[53\]](#).

In secondo luogo, e soprattutto, quando la Corte ha avuto la grande *chance*[\[54\]](#) di legittimare costituzionalmente l'utilizzo dello strumento del trattamento preferenziale per rendere più equilibrato il profondamente squilibrato (al maschile) mondo della rappresentanza politica, "abbagliata" da un approccio *gender blind* fondato sulla presunta irrilevanza giuridica del sesso come portato fondamentale del principio di uguaglianza formale, ha ritenuto che l'applicazione di misure differenziate in politica, attribuendo direttamente il risultato in palio, non solo non apparirebbe «coerente con le finalità indicate nel secondo comma dell'art. 3» ma si porrebbe anche «irrimediabilmente in contrasto con i principi che regolano la rappresentanza politica, quali si configurano in un sistema fondato sulla democrazia pluralistica, connotato essenziale e principio supremo della nostra Repubblica».

Non è questa la sede per un esame approfondito dello "strabismo logico"[\[55\]](#) in cui la Corte sembra essere incorsa nel caso in questione; si sottolinei soltanto come alle argomentazioni a fondamento delle poche righe or ora citate si potrebbero muovere almeno tre obiezioni.

Innanzitutto ciò che stupisce nel passo della motivazione richiamata è lo scambio dei piani, lo spostamento concettuale per cui una norma volta a consentire parità di *chances* viene considerata direttamente attributiva del risultato. Ma il risultato è l'elezione, non la candidatura[\[56\]](#).

Il secondo profilo critico del passo citato investe lo stesso carattere sostanziale delle misure finalizzate al riequilibrio della rappresentanza elettorale, oggetto del giudizio di costituzionalità nel caso di specie.

Dichiarare, come fa la Corte, che «nell'intendimento del legislatore la norma in questione tendeva a configurare una sorta di azione positiva», ha contribuito ad alimentare l'equivoco di fondo per cui, nella maggioranza della dottrina, ci si ostina ancora a considerare tali disposizioni appartenenti al *genus* dello strumento del trattamento preferenziale accostandole indebitamente alle misure correttive che si sono viste caratteristiche dell'esperienza giurisprudenziale comunitaria nell'area lavoristica che, per attribuire direttamente il risultato finale in palio, necessitano per la loro legittimazione, del ricorso ad una caratterizzazione in senso sostanziale del principio generale di uguaglianza. Deve invece rilevarsi come il tipo di disposizioni su cui adesso si sta concentrando l'attenzione, specie se neutralmente formulate, con l'unico obiettivo di consentire l'eguale accesso alle condizioni indispensabili (inserimento nelle liste elettorali) perché l'elezione sia possibile a uomini e donne - e quindi perché le une, allo stesso modo degli altri, possano avere pari opportunità di godere effettivamente del diritto politico all'elettorato passivo - avendo per fine di regolare in modo eguale l'accesso alle cariche elettive "senza distinzioni di sesso", risultano assolutamente conformi con una caratterizzazione in senso formale del principio generale di uguaglianza. Al *genus* del trattamento preferenziale, *sub specie* quote riservate, dovrebbero invece considerarsi appartenere esclusivamente quelle misure che, nel campo della rappresentanza politica, operassero, in un'ipotesi di scuola, una vera e propria "riserva di seggi" attribuendo dunque il risultato finale "in palio" che, si è visto, nel settore lavoristico, coincide con il posto di lavoro o la



promozione cui ambiscono i candidati ad un procedimento di selezione[57].

In terzo luogo, dopo aver così evidenziato il *proprium* delle misure preferenziali nella rappresentanza politica, viene a svuotarsi di significato l'argomentazione, contenuta nella motivazione prima richiamata, relativa alla presunta violazione dell'art. 51, c. 1, Cost. ed al conseguente falso dogma dell'irrelevanza del sesso nell'accesso alle cariche elettive.

Posto, infatti, con le stesse parole della Corte, che «l'art. 51 Cost. è finalizzato a garantire l'assoluta eguaglianza dei due sessi nella possibilità di accedere alle cariche pubbliche», non riesce a comprendersi come una disposizione come quella in esame, mirante a realizzare *di fatto* un'eguaglianza esistente solo *sulla carta*, possa essere tacciata di incostituzionalità in riferimento all'art. 51, c. 1, Cost., quando invece va proprio nella direzione indicata dalla disposizione costituzionale, in assoluta coerenza con la sua *ratio* più autentica. In altre parole, non si riesce a capire come la concezione liberale della rappresentanza possa rappresentare un ostacolo ad una disposizione finalizzata ad ottenere un'eguale presenza di uomini e donne, e quindi, per questo, attuativa del principio di uguaglianza formale che, a sua volta, rappresenta il maggiore portato proprio di quella concezione liberale che si accampa come presunto ostacolo all'ammissibilità costituzionale dello strumento preferenziale.

Solo recentemente, anticipata dalla modifica del parametro costituzionale inerente l'ordinamento regionale[58] e seguita dalla revisione dell'art. 51 Cost.[59], è arrivato il parziale cambio di rotta, in cui molti hanno voluto vedere un totale *revirement*[60], della Corte costituzionale con la decisione 49/2003 in cui la Consulta sembra essere stata influenzata dal percorso evolutivo in senso sostanzialistico dello strumento del trattamento preferenziale in sede comunitaria, ha attribuito, finalmente, dignità costituzionale all'elemento fattuale dato dalla persistente sottorappresentazione delle donne nell'agone politica che, per troppo tempo, era rimasto ai margini della "cittadella costituzionale"[61].

3.4. L'ultimo punto che interessa qui fare emergere come *spill over effect* della concettualizzazione giuridica, a livello comunitario, dei singoli divieti di discriminazione, deve essere analizzato riallargando il *focus* della nostra indagine dalla discriminazione sulla base del sesso a quella che, sotto un profilo più generale, è stata di recente definita una nuova generazione[62] o nuova stagione[63] del diritto comunitario antidiscriminatorio.

Ci si riferisce a quanto previsto dal Trattato di Amsterdam all'art. 13 del Trattato che, andando per la prima volta oltre i confini tradizionali dei divieti tradizionali stabiliti dall'ordinamento comunitario (nazionalità e sesso), prevede che la legislazione comunitaria possa vietare anche le discriminazioni operate sulla base dell'origine etnica, del credo religioso, delle convinzioni personali, dello stato di *handicap*, dell'età e delle tendenze sessuali. E così è stato. Partendo da tale base giuridica l'Unione europea ha, infatti, adottato tre nuove direttive in materia di discriminazione: la dir. 2000/43, che attua il principio di parità di trattamento indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica; la direttiva 2000/78 CE, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro ed infine la dir. 2002/73 di modifica della dir. 1976/207, relativa alle discriminazioni di genere nell'accesso al lavoro, nelle condizioni di lavoro e nella formazione professionale.

La prima domanda da porsi di fronte all'ampiezza della tutela antidiscriminatoria di tale nuova generazione non può che consistere nel chiedersi perché «uno sguardo normativo finora tanto selettivo di fronte ai fenomeni di discriminazione sociale, cieco a ogni differenza che non fosse di sesso o di nazionalità, diventa all'improvviso così acutamente consapevole dei danni sociali e morali del razzismo e della xenofobia»[64]. Svariati sono stati i tentativi di trovare una risposta convincente[65], ma, a nostro parere, ha colpito nel segno chi ha fatto leva, peraltro sottolineando

un aspetto che come si è avuto modo di osservare in precedenza è stato spesso trascurato dalla dottrina giuspubblicistica interna, sul carattere storico e spesso addirittura contingente della tutela antidiscriminatoria[66].

Non sembra infatti solo una coincidenza che la direttiva 2000/43 sia stata approvata nel giro di sette mesi a neanche un anno di distanza della vittoria del partito razzista e xenofobo di Haider alle elezioni politiche austriache del 1999[67]. Così come non sembra essere una mera casualità il fatto che si sia seriamente iniziato a parlare del necessario intervento del legislatore comunitario in tema di razzismo quando si profilava imminente l'ingresso nell'Unione europea di 10 nuovi Paesi, molti dei quali afflitti, storicamente, da fenomeni di razzismo ed isolamento delle minoranze[68].

Ecco che sembra emergere dal fiorire della nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario una chiara valorizzazione di quel carattere emancipatorio e correttivo congenito al principio di uguaglianza e ricavabile anche dal nostro potenziale costituzionale, a patto di non offuscare la originaria vocazione di tale principio a farsi garante anche, in una dimensione verticale che parte dal concetto di autorità per terminare nella nozione di libertà, del diritto ad "essere trattati ugualmente".

Valorizzazione, quest'ultima che emerge chiaramente accostandosi al portato normativo della nuova disciplina antidiscriminatoria comunitaria. Ciò che infatti sembra poter rappresentare il *file rouge* unificante le direttive di nuova generazione prima citate è l'affiancamento alla componente procedurale di matrice relazionale connaturata al giudizio di discriminazione[69] di un elemento nuovo ed in un certo senso rivoluzionario, consistente nell'attenzione, sotto una prospettiva questa volta valoriale contenutistica, alla efficacia, nel merito, della tutela antidiscriminatoria apprestata dal legislatore a prescindere dalla valutazione, di carattere comparativo, che situazioni uguali abbiano o meno ricevuto un trattamento equivalente. In maniera sicuramente più chiara è riuscito ad evidenziare lo stesso concetto chi ha affermato recentemente che «la nozione di discriminazione oggi positivizzata della direttiva comunitaria e riferita anche a situazioni in cui il raffronto con altre posizioni non costituisce un elemento costitutivo necessario della fattispecie»[70].

Svariati potrebbero essere le esemplificazioni normative volte a surrogare tale convincimento[71]. Due ci sembrano decisive.

In primo luogo l'art. 2 della dir. 2000/43, nel definire la discriminazione diretta, non ripropone il tradizionale modello fondato sul necessario e preventivo accertamento di un effettivo trattamento più sfavorevole della vittima rispetto ad un soggetto terzo la cui situazione è assunta come parametro di comparazione, ma, pur facendo proprio, come del resto è congenito al giudizio di discriminazione, il momento relazionale, lo "sublima" nell'ammettere non solo che la comparazione possa essere effettuata con riferimento all'accertamento del trattamento attuale o passato di una persona nella stessa situazione, ma anche alla valutazione di quello che sarebbe stato il trattamento *eventuale* di una persona, uomo o donna, solo *ipotetica*, che si fosse trovata nella stessa situazione. Viene quindi ammessa, per la prima volta, che la valutazione comparativa, a fondamento del giudizio di discriminazione, sia effettuata in riferimento ad un termine di paragone "virtuale" con un conseguente proporzionale allargamento del margine interpretativo in capo all'interprete[72].

In secondo luogo ed in misura più evidente, il comma 3 dell'art. 2 della stessa direttiva prevede che «la molestia o la violenza deve essere considerata equivalente ad una discriminazione quando una determinata condotta, volontariamente o anche per un effetto involontario, determini una violazione della *dignità* della persona» o comunque crei, intorno alla persona offesa, un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante e offensivo. Si tratta di uno dei primi riferimenti presenti in una fonte comunitaria vincolante[73] derivata[74] al concetto di dignità umana che, da valore meta-giuridico, acquista, dunque, anche nella dimensione sovranazionale, un *legal*

*value*[75], riflesso dell'ormai consolidato patrimonio costituzionale comune europeo in tema[76]. Ma, più ancora, si tratta di un caso esemplare di totale emancipazione del giudizio di discriminazione dalla componente comparativa relazionale. La vittima di una molestia è infatti, secondo il legislatore comunitario, discriminato per il solo fatto (non è poco) di aver subito un pregiudizio alla sua dignità a prescindere dall'accertamento che altri abbiano potuto o meno subire la stessa lesione.

Non sembra un eccesso terminologico parlare di svolta[77]. Per la prima volta infatti viene messo in discussione il dogma aristotelico su cui si è sempre basato il giudizio di uguaglianza per cui "like should be treated alike"[78]. Sembra così superarsi il maggior limite del principio in questione, a norma del quale "situazioni uguali devono essere trattate allo stesso modo" consistente nel fatto che esso, avendo una natura esclusivamente relazionale e comparativa, può essere soddisfatto sia trattando due persone ugualmente bene che trattando quest'ultime ugualmente male, vale a dire rimuovendo il beneficio goduto dal soggetto che tra le due persone è trattato meno peggio e uguagliandole in una situazione di "misera comune". È proprio il riferimento alla dignità dell'uomo, meta-principio che non accetta comparazioni e tanto meno uguagliamenti al ribasso essendo un valore assoluto per natura, che libera il giudizio antidiscriminatorio dalla trappola relativistica in cui, per natura, tende a impantanarsi[79].

Che si sia entrati effettivamente nel corso di una nuova del diritto antidiscriminatorio e non in una illusoria estate invernale di S. Martino, lo testimonia anche la consapevolezza che il legislatore comunitario del 2000 ha dimostrato in relazione al completamento del processo di trasfigurazione che, nella sfera europea, ha caratterizzato il principio di antidiscriminazione che partendo, come abbiamo visto, da una connotazione meramente funzionale, in una prospettiva esclusivamente economica, alla realizzazione del mercato unico, si è arricchito, strada facendo, facendosi carico di esigenze di tutela sociale delle lavoratrici comunitarie per spingersi, in una terza fase al di là dei confini lavoristici, fino a coprire ambiti quali l'istruzione, la protezione sociale, compresa la sicurezza sociale e l'assistenza sanitaria, per costituire, infine, andando anche oltre la dimensione sociale, l'elemento necessario per la stessa sopravvivenza dell'ordinamento comunitario, facendosi portatore di quei valori di pace, convivenza civile e solidarietà imprescindibili per alimentare il progetto di una Unione europea che non sia solo area di libero mercato ma anche (e soprattutto) spazio di libertà, sicurezza e giustizia in cui possano svilupparsi società democratiche e tolleranti che consentano la partecipazione di tutte le persone a prescindere dalla razza o dall'origine etnica.[80].

4.1 - Tentando in sede conclusiva, ed in coerenza con l'iniziale dichiarazione di intenti, di valutare l'impatto che il valore aggiunto derivante dalla concettualizzazione giuridica autonoma e dal conseguente specifico approfondimento interpretativo dei singoli divieti di discriminazione nella dimensione comunitaria possa essere in grado di produrre nel nostro ordinamento al fine di far fruttare in modo pieno l'immenso potenziale che il nostro parametro costituzionale offre (*melius*: offrirebbe) al giudice ed all'interprete nella lotta contro le nuove e vecchie forme di discriminazione, non si può che riprendere il filo del discorso laddove lo si è interrotto nel paragrafo precedente. Le novità che, infatti, si sono indicate a livello comunitario come espressione normativa della nuova stagione europea del diritto antidiscriminatorio, e specialmente il riferimento alla dignità umana come fondamento idoneo ad emancipare, almeno in parte, la tutela discriminatoria dalla sua componente relazionale, sono adesso parte integrante anche del nostro ordinamento giuridico. Il d.lvo n. 215 del 9 luglio 2003, di recepimento della più volte citata dir. 43/2000, prevede infatti che sono da considerare come discriminazioni «anche le molestie ovvero quei comportamenti indesiderati, posti in essere per motivi di razza o di origine etnica, aventi lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante e offensivo». È auspicabile che, da un lato (quello inferiore), la caratterizzazione assiologica di tale normativa, e dall'altro (il superiore), l'effetto conformante della

esperienza sovranazionale (comunitaria ma anche internazionale) sul tema possano iniettare ossigeno salutare all'asfittico ruolo interpretativo attribuito ai singoli divieti di discriminazione previsti dalla nostra Carta costituzionale soffocati, anche per la loro posizione, tra i due tronconi che compongono il principio generale di uguaglianza. Quali allora, in particolare, i possibili effetti che i percorsi evolutivi dei divieti di discriminazioni che si sono esaminati nella dimensione sovranazionale possono avere in questo senso?

Innanzitutto, assumendo come modello l'esperienza giurisprudenziale comunitaria, e prima ancora nord-americana, in tema di discriminazione indiretta, una prima conseguenza potrebbe consistere nel prestare una maggiore attenzione al momento finale del giudizio di discriminazione, coincidente nell'accertamento di fatto, sul piano dell'*output* e quindi degli effetti che una data normativa è in grado di produrre sulla realtà sociale, delle possibili conseguenze sfavorevoli che ne possono scaturire per gli individui o i gruppi destinatari, diretti o indiretti, della normativa stessa. Accertamento quest'ultimo che andrebbe a completare ed a equilibrare il momento valutativo relativo al giudizio di discriminazione che, come si è sottolineato in apertura, tende, allo stato attuale, a conchiudersi in quella che dovrebbe essere solamente la sua fase iniziale, vale a dire l'attenzione prestata al criterio formale di distinzione impiegato dalla disciplina in esame ed il conseguente accertamento della corrispondenza tra il trattamento eguale o diseguale di singoli individui o gruppi ed il fine della normativa oggetto del giudizio. In questo modo non solo verrebbero ad essere integrate nel parametro di costituzionalità le differenze di fatto che, alla luce del modello valutativo tradizionale, perdono qualsiasi peso perché considerate estranee allo scopo della legge ma si sarebbe anche in grado di definire, come *telos* ultimo del diritto antidiscriminatorio, il raggiungimento di un'uguaglianza di fatto. Il che consentirebbe, finalmente, sulla scia dei risultati raggiunti dall'esperienza parallela nella dimensione comunitaria<sup>[81]</sup> ed internazionale,<sup>[82]</sup> di intendere lo strumento del trattamento preferenziale non come eccezione ai divieti di discriminazioni ma come strumento non solo costituzionalmente ammissibile, ma anche costituzionalmente obbligatorio affinché il principio generale di uguaglianza possa declinarsi in termini di parità. A tale risultato sarebbe collegato anche quello ulteriore che, beneficiando dell'esperienza del diritto internazionale antidiscriminatorio sul tema<sup>[83]</sup> ma anche della nuova stagione del diritto comunitario e muovendo dalla consapevolezza che le ragioni (*grounds*) nelle quali si declina il principio di discriminazione in tutte le Carte costituzionali, e specie nella nostra, sono codificate proprio come reazione normativa a reali situazioni discriminatorie perpetrate proprio sulla base di quei motivi<sup>[84]</sup>, consentirebbe una riscoperta del valore storico e contingente del principio di antidiscriminazione. Alla luce di tale riscoperta non può quindi essere attribuito al principio in questione un'accezione neutrale consistente nel divieto di qualsiasi differenziazione, non soltanto perché ciò ignorerebbe i fenomeni sociali sottostanti alla base del divieto, ma perché, ancora più pericolosamente, farebbe di disposizioni dalla congenita vocazione correttiva ed emancipatoria uno strumento per l'alimentazione ed il consolidamento dello *status quo* (discriminatorio). Il pre-orientamento assiologico di cui si doterebbero i divieti di discriminazione avrebbe altresì, come fondamentale *spillover effect*, la valorizzazione del momento prescrittivo dei divieti stessi, per cui non sarebbe vietata ciascuna differenziazione in sé, ma caratterizzando assiologicamente il termine "distinzione" previsto dall'art. 3, c. 1 della nostra Costituzione, sarebbe da considerarsi illecita solo quella distinzione che, fondata su qualità personali del soggetto e producendo delle conseguenze sfavorevoli nei confronti delle categorie nominate dallo stesso comma, equivarrebbe, di fatto, ad una discriminazione.

Rimarrebbe un ultimo nodo da sciogliere: quale il criterio per riconoscere le conseguenze sfavorevoli subite da un gruppo o da un individuo? Se non si può fare a meno, essendo il profilo procedurale fondato sulla comparazione congenita, come si è avuto più volte modo di osservare, al diritto antidiscriminatorio, di prendere in considerazione il criterio relazionale, sembra che attingendo alle sollecitazioni che in questo senso provengono dalla nuova stagione del diritto comunitario e dal diritto internazionale ma, soprattutto, attribuendo l'importanza che merita al

nostro parametro costituzionale in tema di uguaglianza che, ricordiamolo sempre, antepone la dignità sociale<sup>[85]</sup> all'uguaglianza davanti alla legge, debbano essere considerati conseguenze pregiudizievoli quelle che, a prescindere da qualsiasi valutazione di matrice relazionale che, come si è osservato in precedenza, potrebbe anche legittimare un trattamento "egualmente" negativo, violino il principio assoluto ed inviolabile della dignità umana.

\* Lavoro in corso di pubblicazione nei *Quaderni della rivista di Diritto Costituzionale*, Atti del Seminario di Perugia del 18 marzo 2005 "Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale", a cura di C. Calvieri..

\*\* Assegnista di ricerca in Diritto pubblico comparato - Università Luigi Bocconi

---

[1] Sintetizzata dalla formula, fortunata non solo per il suo *charme* simbolico, di "mutua alimentazione". L'espressione si deve all'elaborazione di A. Ruggeri, in parecchi scritti, tra i quali si vedano almeno: *Prospettive metodiche di ricostruzione del sistema delle fonti e carte internazionali dei diritti tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione*, in G.F. Ferrari (a cura di), *I diritti fondamentali dopo la carta di Nizza, il costituzionalismo dei diritti*, Giappichelli Torino, 2002, 219 ss.; ID., *Il doppio volto della Carta di Nizza e la teoria del potere costituente*, in F. Fernando Segado (a cura di), *the Spanish Constitution in the European constitutional Context*, Madrid, Dykinson 2003, 317 ss.; ID., *Principio di ragionevolezza e specificità dell'interpretazione costituzionale*, (Testo rielaborato di un intervento svolto alle giornate di ermeneutica giuridica, Padova 18-19 gennaio 2002) in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it). Con riferimento allo specifico terreno qui privilegiato del diritto antidiscriminatorio, tale impostazione assiologicamente caratterizzata è riproposta da L. Azzena, *Divieto di discriminazione e posizione dei soggetti "deboli". Per una teoria della "debolezza"*, relazione al Seminario del Gruppo di Pisa su *Divieto di discriminazioni e giurisprudenza costituzionale*, Perugia 18-3-2005.

[2] V. G.F. Ferrari, *I diritti tra costituzionalismi statali e discipline transnazionali*, in G.F. Ferrari (a cura di), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza, il costituzionalismo dei diritti*, cit. 1 ss., in particolare 98 ss.; L. Azzena, *L'integrazione attraverso i diritti, dal cittadino italiano al cittadino europeo*, Giappichelli, Torino, 2002.

[3] M. Barbera, *Discriminazioni ed uguaglianza nel rapporto di lavoro*, Giappichelli, Torino, 1991, 11, nt. 23. Cfr., peraltro richiamato nella stessa nota citata circa la problematica relativa al doppio significato storico di Costituzione, A. Tarello, *Storia e cultura giuridica. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976, 607 ss.. Sui limiti ai quali va peraltro incontro la predetta distinzione, v., per tutti, M. Luciani, *La Costituzione dei diritti e la Costituzione dei poteri. Noterelle brevi su un modello interpretativo ricorrente*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, II, CEDAM Padova, 1985, 497 ss..

[4] M. Barbera, *Discriminazioni ed uguaglianza*, cit., 182. A supporto di quanto asserito può farsi riferimento all'interpretazione autentica che, del percorso giurisprudenziale della Corte, ne hanno fatto di recente i suoi presidenti nelle relazioni annuali. In tali occasioni è stato chiarito che «la Corte assegna al principio di uguaglianza prevalentemente un significato oggettivo, ritenendo che tale norma fondamentale più che conferire situazioni di vantaggio o di svantaggio, costituisca *limite ultimo e generale di discrezionalità del legislatore* e nel contempo metro di riesame delle sue scelte sicché l'art. 3 è ormai recepito come principio di *chiusura di ogni manifestazione della funzione legislativa che è ancora a coerenza e ragionevolezza*». Così F. Casavola, *La giustizia costituzionale nel 1993*, testo pubblicato a cura della Corte, 17. I corsivi sono di A. Ruggeri - A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino 2004, 108.

[5] L'idea prevalente per cui si confronterebbero nell'ambito del quadro normativo fornito dall'art. 3 Cost. due distinti principi di uguaglianza, caratterizzati da fini diversi e, per la stragrande maggioranza della dottrina, incompatibili, appare, invero, il risultato di una forzatura concettuale e testuale del portato costituzionale che, per altro, comporta una indebita attenuazione del nucleo significativo del principio di uguaglianza c.d. formale cui sarebbe attribuito solo l'effetto di garantire un diritto virtuale sulla Carta, seppure costituzionale, mentre starebbe all'uguaglianza sostanziale svolgere (l'unico) ruolo veramente decisivo di dare concretezza ed effettività a quanto soltanto enunciato dal principio formale di uguaglianza. Sia consentito rinviare, per un approfondimento della critica qui solo abbozzata a O. Pollicino, *Trattamento preferenziale nel rapporto di lavoro: un profilo giurisprudenziale alla ricerca del nucleo duro del New Legal Order*, in corso di stampa, Collana, ADAPT Fondazione Marco Biagi, Giuffrè, Milano, 2005. In estrema sintesi ciò che si propone è di considerare come unico principio indefettibile nel linguaggio della Costituzione quello di uguaglianza davanti e "nella" legge che, riappropriandosi di quanto, *by nature* (melius: *by law*) gli appartiene, dovrebbe essere definito non formale ma generale, a fronte di un comma 2 che, invece di essere ricostruito come un autonomo principio contenutistico da contrapporre a quello enunciato dal primo comma, dovrebbe più propriamente essere considerato come enunciante un processo verso la sostanzialità e l'effettività dell'uguaglianza, con cui i costituenti hanno voluto assiologicamente caratterizzare e, in qualche modo, vincolare, l'interpretazione del principio generale di uguaglianza. Si aggiunga che niente ha impedito agli ordinamenti (sono la gran parte) carenti di una codificazione del criterio interpretativo alla sostanzialità ed effettività dell'uguaglianza, che lo stesso risultato fosse raggiunto attraverso l'attività creativamente adeguatrice della giurisprudenza costituzionale. Esemplare, a questo riguardo, la stagione attivista della Corte Suprema Warren (1953-1969) nell'ordinamento nordamericano che è riuscita ad enucleare il *telos* della uguaglianza effettiva e, conseguentemente, la legittimità costituzionale dei mezzi funzionali al raggiungimento della stessa (il concetto dei *disparate impact* prima e lo strumento del *preferential treatment* dopo) dal disposto neutralmente formulato, che noi chiameremmo espressione del principio di uguaglianza formale, della *Equal Protection Clause*. Ciò che in altre parole vuole qui sottolinearsi è che la presenza, nella nostra Costituzione, del II comma dell'art. 3, lungi dall'essere in teoria costituzionalmente obbligatoria, è stato il frutto di una precisa opzione, di fronte ad altre alternative, effettuata dai nostri Costituenti che hanno voluto costituzionalizzare il criterio interpretativo della sostanzialità e della effettività attraverso cui orientare in senso promozionale il principio generale di uguaglianza al fine di mettere al riparo detta caratterizzazione dai mutamenti e dalle oscillazioni che una enucleazione dello stesso criterio per via giurisprudenziale necessariamente porta con sé, come del resto ci insegna l'*iter* discontinuo sul tema della giurisprudenza non solo della Corte costituzionale, ma anche della Corte Suprema e della Corte di giustizia.

[6] Tensione che ha assunto, in concreto, ora la forma della sovraordinazione del primo comma rispetto al secondo (v. P. Comanducci, *Uguaglianze*, in *Lavoro* 80, 1988, 933), ora quella della potenzialità eccettiva o derogatoria del secondo comma nei confronti del primo (cfr. M. Ainis, *Azioni positive e principio di uguaglianza*, in *Giur. Cost.*, 1992, 602 ss.). Solo raramente, da parte della dottrina più attenta si è tentato di sfumare tale tensione in un approccio integrazionista tra il primo ed il secondo comma dell'art. 3, attraverso il concetto di dignità sociale che «rappresenta il rovesciamento del carattere formale dell'uguaglianza». Cfr. G. Ferrara, *La pari dignità sociale (Appunti per una ricostruzione)*, in *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, II, Milano, 1974, 1089 ss., 1090. Assai interessanti, nel quadro dell'impostazione dottrinale che rintraccia un rapporto di complementarità tra primo e secondo comma dell'art. 3, le riflessioni di Antonio Baldassarre per il quale l'art. 3 cpv. è, appunto, complementare rispetto al primo comma nel senso che mentre quest'ultimo «pone un divieto (negativo) di discriminare arbitrariamente tra cittadino e cittadino, garantendo così una pari dignità sociale, l'art. 3, c. 2, autorizza i pubblici poteri, e in primo luogo il legislatore, a operare interventi positivi diretti a creare condizioni effettive per un'*equal liberty*».

Cfr. A. Baldassare, *Diritti sociali*, in *Enc. dir.*, 1989, par. 6.4.

[7] Consapevoli del rischio di "asfissia" che può colpire il divieto di non discriminazione se inserito all'interno della più generica clausola di uguaglianza, i redattori della Carta dei diritti fondamentali adottata a Nizza nel 2001 hanno voluto separare non solo concettualmente, ma anche sotto il profilo della enunciazione linguistica significativa, principio generale di uguaglianza e principio di non discriminazione prevedendo il primo all'art. 20, **sotto la rubrica *Uguaglianza davanti alla legge*** (Tutte le persone sono uguali davanti alla legge) e il secondo all'art. 21 della Carta stessa, rubricato ***Non discriminazione*** (è vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali). Tra la sterminata dottrina sulla Carta ci piace ricordare G.F. Ferrari (a cura di), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza*, Milano, 2001 e A. Pizzorusso, R. Romboli, A. Ruggeri, A. Saitta, G. Silvestri (cura di), *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto*, Atti della Giornata italo-spagnola di giustizia costituzionale, Taormina 4 ottobre 2002, Giuffrè, Milano, 2003. Vedi anche, in particolare sugli articoli citati, A. Celotto, *Artt. 21 e 21*, in R. Bifulco M. Cartabia A. Celotto, *L'Europa dei diritti - Commentario alla Carta dei diritti dell'Unione europea*, Bologna, il Mulino, 2001, 164 ss..

[8] Cfr. M. Barbera, *Discriminazione*, cit., 11.

[9] La cui prima ricostruzione si deve a C. Esposito, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione italiana*, in *La Costituzione italiana*, Saggi, CEDAM, Padova, 1954.

[10] Non essendo l'approfondimento delle due concezioni richiamate l'intento principale di queste riflessioni si rinvia *per relationem* alle lucide argomentazioni a riguardo di M. Barbera, *Discriminazione ed uguaglianza*, cit., 34 ed alla bibliografia ivi citata.

[11] M. Barbera, *Discriminazione ed uguaglianza*, cit., 49.

[12] M. Barbera, *ivi*, 156 e 159.

[13] La strumentalizzazione operata da tale impostazione dottrinale del riferimento ai divieti di discriminazione in funzione della valutazione in termini di necessaria ragionevolezza delle scelte del legislatore è testimoniata dalla sovrapposizione concettuale tra il divieto di distinzioni e la nozione di uguaglianza che ne fa il suo più autorevole esponente, facendo consistere il principio contenuto dall'art. 3, comma 1, «nel divieto di arbitrarie discriminazioni tra soggetti che si ritrovino in situazioni identiche od affini, così come pure delle arbitrarie assimilazioni tra soggetti che si trovino in situazioni diverse». Cfr. L. Paladin, *Diritto costituzionale*, CEDAM, Padova, 1995, 166. Una alternativa caratterizzazione, in una prospettiva "di valore," della nozione di ragionevolezza, grazie alla quale quest'ultima è in grado di aggiungere alla classica funzione strumentale di «concetto *mezzo*» anche quella assiologicamente orientata di «concetto *fine*» per cui la ragionevolezza diviene «non solo una tecnica alla quale può (e deve) farsi costantemente ricorso nei processi decisionali, ma è anche una meta verso cui i processi devono tendere: uno strumento per la soddisfazione di valori ma anche, proprio per ciò, un valore», v. A. Ruggeri, *Ragionevolezza e valori attraverso il prisma della giurisprudenza costituzionale*, in *Di e soc.* 2000, 568 ss., a 569-670. La nuova luce che una tale prospettiva è in grado di irradiare sul principio di ragionevolezza consente a quest'ultimo di essere: «oltre che proiezione esterna del valore democratico, anche mezzo privilegiato per il conseguimento ed il mantenimento di un tasso apprezzabile di democraticità del potere». Cfr. A. Ruggeri, *Ragionevolezza*, cit., 570. Nonostante l'indubbio sforzo di caratterizzare assiologicamente il principio in questione, e quindi di dare alla ragionevolezza una

portata più ampia e teleologicamente orientata rispetto al ruolo di componente valutativa astratta che assume, spesso, nell' applicazione del principio di uguaglianza, sembra che la stessa costruzione del concetto di ragionevolezza, almeno nel contesto dell'applicazione dell'art. 3 Cost., sia connessa, in *re ipsa*, alle logiche del potere e della sua giustificazione, e quindi sia considerata, per forza di cose, nell'elaborazione dottrinale della giuspubblicistica, funzionale alla valorizzazione del principio di uguaglianza (e non discriminazione) come limite alla potestà normativa, in una prospettiva orizzontale di distribuzione dei poteri, confermando quindi la sensazione che si è espressa all'inizio, a discapito di una lettura più approfondita dello stesso principio (di uguaglianza), nel ruolo di diritto fondamentale in una dimensione che possa valorizzare il ruolo di ciascun cittadino (uomo e donna) di destinatario del diritto a non essere, né direttamente né indirettamente, discriminato.

[14] Esempio in quest'ottica la sent. n. 28 del 1957.

[15] Cfr., sulla stessa lunghezza d'onda, A. Cerri, *L'eguaglianza nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1976, 29-30; G. Scaccia, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2000, 38; A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, Giuffrè, 2001, 41; F. Ghera, *Il principio di uguaglianza nella Costituzione italiana e nel diritto comunitario*, CEDAM, Padova, 2003, 33.

[16] Si ritornerà in sede conclusiva sulla portata dell'aggettivo, tentandone di chiarificarne portata ed implicazioni.

[17] Principi che, ad onore del vero, non ci sono ancora. O meglio sono previsti, come si è avuto modo di vedere nella nota 7, dalla Carta dei diritti fondamentali di Nizza ma non hanno (ancora), come del resto tutta la Carta, efficacia giuridica vincolante che acquisteranno solo quando (e se) il Trattato costituzionale di Roma, che incorpora nella sua seconda parte, la Carta di Nizza, firmato solennemente a Roma il 29 ottobre 2004, entrerà in vigore una volta conclusosi (positivamente) il già aperto valzer delle ratifiche nei 25 Stati membri che ha avuto una inaspettata battuta d'arresto rispettivamente il 30 maggio ed il 1 giugno scorso, con il no alla ratifica del popolo francese ed olandese. Per questo, allo stato attuale, nonostante i buoni auspici di molti, non può fingersi che la Carta abbia un'efficacia giuridica "*stricto sensu*" (come sembra fare, tra i tanti, A. Spadaro, *Sulla giuridicità della Carta europea dei diritti*, in G.F. Ferrari, (a cura di), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza*, cit., 257), altrimenti si rischia di azzerare il peso delle opzioni che si esercitano al livello sovranazionale, siano esse migliorative o no dell'*acquis* comunitario. D'altronde, l'art. 13 del Trattato di Amsterdam non introduce, di per sé, una clausola generale di non discriminazione immediatamente efficace ma attribuisce la assai innovativa competenza alla Comunità, se pur di carattere residuale[17] e subordinata alla difficile ricerca dell'unanimità in seno al Consiglio dell'Unione, previa proposta della Commissione e consultazione del Parlamento europeo, di adottare gli atti normativi opportuni «per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza, o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali». Per un approfondimento sul punto ci sia consentito rimandare a O. Pollicino, *Trattamento preferenziale*, cit.

[18] Cfr. D. Simon, *Le système juridique communautaire*, PUF, Parigi, 1991.

[19] Art. 6 CE, oggi 12. Si noti che nel nuovo Trattato costituzionale dell'Unione europea, le disposizioni riguardanti l'eliminazione di tutte le possibili discriminazioni, comprese quella sulla nazionalità, sono state "raccolte" sotto il medesimo titolo dedicato a «Non discriminazione e cittadinanza». Per un esame approfondito sul punto cfr. C. Novi, *La parità di trattamento tra uomo e donna in materia di occupazione e condizioni di lavoro nel diritto comunitario: il felice connubio tra codificazione ed innovazione*, in *Dir. pubb. comp. ed eur.*, 2004, 1239 ss.



[20] Tra gli altri, divieti di discriminazione in altre aree significative di azione comunitaria sono previsti dall'art. 34, c. 2 CE (divieto di discriminazione tra produttori e consumatori nell'ambito della politica agricola comune (PAC)); dall'art. 39 (non discriminazione tra lavoratori che sono cittadini di un dato Stato membro e lavoratori che, invece, pur lavorando nello stesso Stato, sono cittadini di un altro Stato membro, dall'art. 49 (obbligo di applicazione dello stesso trattamento per tutti i fornitori di servizi); dall'art. 90 CE, (divieto di discriminazione, nell'ambito del sistema fiscale interno, tra merci nazionali e merci importate); dall'art. 141 CE, il cui contenuto si avrà modo di approfondire successivamente, che prevede un obbligo di non discriminazione tra uomo e donna, esclusivamente relativo alla parità retributiva, sintetizzabile con la nota formula: "*equal pay for equal work*".

[21] Cfr. Corte di giust., sent. *Sermide SPA c. Cassa Conguaglio e altri*, C-106/83, in *Racc.*, I-1984; sent. *Racke*, 13-11-1984 C-283/83, in *Racc.*, I-3791; sent. 17-5-1997. EARL, C-15/95, in *Racc.* I-1961. Vedi anche, nello stesso senso, le Conclusioni dell'Avvocato generale Van Gerven del 15-9-1993 nella causa *Koinopaxia Enoseon e altri v. Minister van LandBouw*, C-146/91, in *Racc.* I-4199. Per un approfondimento T. Tridimas, *The General Principles of EC Law*, Oxford University Press, Oxford, 1999, capitolo II e dello stesso Autore, *Equality*, in A.G. Toth (a cura di), *The Oxford Encyclopedia of European Community law*, Vol I, Clarendonn Press, Oxford, 1990, 188 ss..

[22] T. Tridimas, *The General Principles of EC Law*, Oxford University, 1999, 4 (corsivo tra parentesi aggiunto). Portato giurisprudenziale che è stato solo di recente codificato nella Carta dei diritti fondamentali di Nizza i cui artt. 20 e 21, come si è sopra ricordato, ora prevedono, rispettivamente, il principio di uguaglianza davanti alla legge e quello di non discriminazione.

[23] Fondata in *primis* sul portato dell'art. 11 Cost. Cfr, A. Ruggeri, *Tradizioni costituzionali comuni" e "controlimiti" tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione*, in P. Falzea, A. Spadaro, L. Ventura (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*. Atti del Seminario svoltosi a Copanello (CZ) il 31 maggio-1 giugno 2002, 505 ss..

[24] Come rilevato in precedenza, lo stesso approfondimento è mancato nella nostra esperienza interna sul tema anche per la situazione di "asfissia costituzionale" di cui hanno sofferto, anche per la loro *sedes materiae*, i singoli divieti di non discriminazione assediati tanto dall'alto quanto dal basso, rispettivamente dal principio di uguaglianza formale e sostanziale.

[25] Art. 141 (ex 119), c. 1, secondo cui «ciascuno Stato membro assicura l'applicazione del principio della parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore».

[26] Onde evitare equivoci si vuole subito chiare che un tale divieto non era, almeno *ab origine* (vedi ora art. 21 Carta di Nizza), rintracciabile in una singola disposizione del Trattato ma era enucleabile combinando il parametro normativo primario fondamentale costituito dall'art. 141 (ex 119), c. 1 ed i diversi parametri normativi "derivati" previsti da una serie di direttive sul tema, tra le quali si ricordano la direttiva 75/117/CEE del 10-2-1975, sulla parità retributiva, in *GUCE* L 45 del 19-02-75, la direttiva 76/207/CE del 9-2-1976 in *GUCE*, L 29 del 14-2-1976, 40 ss., relativa all'attuazione del principio di parità tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione professionale e le condizioni di lavoro, la direttiva n. 79/7/CE del 19-12-1978 sulla parità di trattamento nei regimi legali di previdenza e assistenza sociale, in *GUCE*, L 6/24 del 10-1-1979, la direttiva 86/378CE, sulla parità di trattamento nei sistemi pensionistici integrativi e sostitutivi del regime pubblico in *GUCE*, L 225/40 del 12-8-1986, la direttiva 86/613 dell'11-12-1986, sull'applicazione del principio di parità e sulla tutela delle madri nell'ambito del lavoro autonomo, in *GUCE*, L 32, del 03-02-1987, direttiva 92/85/CE del 19-10-1992, concernente

l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento, in *GUCE*, L 348 del 28-11-1992, direttiva 96/34 CE, del 3-6-1996, concernente l'accordo quadro sul congedo parentale, in *GUCE*, L 145 del 19-6-1996, direttiva 97/80/CE, del 15-12-1997 relativa all'inversione dell'onere della prova nei casi di discriminazione, in *GUCE*, L 14 del 20-1-1998.

[27] Meriterebbe un altro livello di approfondimento interrogarsi sulla possibile ragione che potrebbe spiegare una tale sproporzione asimmetrica tra, la fissazione delle priorità di politica sociale ed economica da una parte, e il correlativo sviluppo della giurisprudenza comunitaria in materia dall'altra.

[28] M. Barbera, *Uguaglianza e discriminazione* cit., 40 (il corsivo è aggiunto).

[29] Terreno privilegiato per apprezzare il percorso evolutivo del divieto di non discriminazione sulla base del sesso nell'ordinamento comunitario non può che essere il materiale giurisprudenziale prodotto dalla Corte di giustizia che, com'è stato acutamente rilevato, è riuscita, attraverso l'apparentemente innocua disposizione che le dà il compito di assicurare il rispetto del diritto comunitario nell'interpretazione ed applicazione del Trattato, ad enucleare «a constitutional doctrine by a common law method». Cfr. R. Posner, *Law and Legal Theory in England and America*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1996, 14.

[30] La promozione e valorizzazione giurisprudenziale del principio di uguale trattamento nel contesto europeo è stata infatti funzionale alla eliminazione degli ostacoli che si frapponevano al raggiungimento dell'obiettivo principe della prima fase del processo di integrazione comunitaria, vale a dire il raggiungimento di un elevato livello di integrazione economica all'interno del mercato comune. Cfr., nello stesso senso, G. De Burca, *The Role of Equality in European Community Law*, in A. Dashwood e S. O'leary, (a cura di), *The Principle of Equal treatment in EC Law*, Sweet & Maxwell, Londra, 1997, 13 ss., in particolare 23-24. Sulla stessa lunghezza d'onda l'A.G. Tesauro che più di 15 anni fa aveva modo di rilevare come il principio di parità di trattamento «ha carattere fondamentale non solo perché pietra angolare dei sistemi giuridici contemporanei, ma anche per una ragione più specifica. La legislazione comunitaria è infatti una legislazione concernente essenzialmente fenomeni ed attività economiche. In tale materia, stabilire regole diverse per situazioni analoghe non solo si traduce in una disuguaglianza dinanzi alla legge, ma comporta, per di più e inevitabilmente, delle distorsioni di concorrenza assolutamente inconciliabili con la filosofia di fondo del mercato comune». Cfr. p.to 11 conclusioni A.G. Tesauro formulate per la causa C-63/89, *Les assurance du credit SA v. Council*, definita con sentenza dalla Corte di giustizia il 18-4-1991, in *Racc.I-1799*.

[31] Cfr. *Rapport des chefs de delegations aux ministres des affaires etrangeres* (direttore P.H. Spaak), in occasione della conferenza di Messina del 1956, 61 (traduzione nostra).

[32] Cfr., non solo per un approfondimento della questione relativa alla nascita dell'art. 119 CE ma, più in generale, essenziale per una comprensione delle logiche compromissorie ad alta tensione politica che hanno da sempre influenzato evoluzioni ed involuzioni della politica antidiscriminatoria comunitaria, C. Hoskins, *Integrating Gender: Women, Law and Politics in the European Union*, Verso, Londra, 1996. V. anche C. Barnard, *The economic objectives of art. 119*, in T. Hervey - D. O' Keeffe (a cura di), *Sex Equality Law in the European Union*, 1996, 321, e sempre Id., *Gender Equality in the EU: A Balance Sheet*, 215 ss., in particolare 217. Vedi anche Levi Sandri, *Articolo 119*, in R. Quadri, R. Trabucchi, A. Monaco (a cura di), *Trattato istitutivo della Comunità economica europea, commentario*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1965, 953 ss.; T. Perez del Rio, *Parità retributiva*, in A. Baylos Grau, B. Caruso, M. D'Antona, S. Sciarra, (a cura di), *Dizionario di Diritto del Lavoro Comunitario*, Monduzzi, 336 ss.; T. Elman, *The EU and Women:*

*Virtual Equality* in P.H. Laurent - M. Marescau, *The State of European Union, Deepening and Widening*, Lyenne Rienner Publisher, 1998, 225 ss., in particolare 226; G. De Burca, *The Role of Equality in EC law*, in A. Dashwood - S. O' Leary (a cura di), *The Principle of Equal Treatment*, cit, 1997, 13 ss, in particolare 27.

[33] Differenza di retribuzioni per lavori equivalente che era al tempo, in Francia, del 7% rispetto al 20% di quella presente nel mercato del lavoro olandese e addirittura il 40% di quello italiano.

[34] Pt.o 10 motivazione, Sent. 8-4-1976, *Defrenne c. Sabena*, causa C-43/75, in *Racc.*, I-1365. La decisione ha una importanza capitale perché attribuisce efficacia diretta ed orizzontale al primo comma dell'art. 119 (ora 141), concepito, come del resto è chiaro dalla sua formulazione letterale, per avere come destinatari "esclusivi" gli Stati membri e non anche i singoli cittadini. La sentenza è stata ampiamente discussa dalla dottrina. Tra i primi commenti, cfr., O. Stocker, *Le second arret Defrenne. L'egalité de retribution des travailleurs masculins e des travailleurs feminin*, in *Cahier de dr. Eur.*, 1977, 180 ss.; V. Van Gerven, *Contribution dell'arret defrenne au development du droit communautaire*, ivi, 131, C. Catalano Sgrosso, *Il principio della parità di trattamento tra lavoratori e lavoratrici nel diritto comunitario*, in *Riv. dir. eur.*, 1979, 245 ss..

[35] In riferimento all'utilizzo del preambolo da parte dei giudici comunitari, Rasmussen, con la sua consueta *vis polemica* nei confronti dell'attivismo della Corte di Lussemburgo, aveva rilevato come «the Court seeks inspiration in guidelines which are essential politic in nature, and hence not considered applicable: this is the root of judicial activism which may represent an usurpation of power». Cfr. H. Rasmussen, *On Law and Policy in the European Court of Justice, A Comparative Study in Judicial Policymaking*, Martinus, Nijhoff Dordrecht, 1986, 62.

A questo riguardo deve notarsi, in dissenso con tali riflessioni, come i preamboli non solo costituiscano abitualmente una fonte giuridica vincolante ma anche, nel caso di specie, come il riferimento della Corte al preambolo assumeva una importanza eccezionale in quanto, al tempo, la parità retributiva non figurava tra gli obiettivi fondamentali previsti dai primi articoli del Trattato CE.

[36] Il *leading case* è *Grigs v. Duke Power, Co*, 401 US 4244 (1971). Cfr. M. Barbera, *Discriminazioni nel rapporto di lavoro*, cit., 195 ss.; G.F. Ferrari, *Localismo ed Eguaglianza nel sistema americano dei servizi sociali*, CEDAM, Padova, 1984, 345 ss; A. Cerri, *I modi argomentativi del giudizio di ragionevolezza*, *Cenni di diritto comparato*, in AA.VV, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Atti del seminario svoltosi a Roma nei giorni 13 e 14 ottobre 1992, Giuffrè, Milano, 1994, 139 ss.. Sulle recenti tendenze della Corte suprema americana nell'applicazione della *Equal Protection Clause v. G.F. Ferrari, La Corte suprema degli Stati Uniti nei terms 1997/1998 e 1998/1999* in *Giur. Cost.*, 1999, 2259 ss..

[37] Corte giustizia, sent. 1-7-1986, *Bilka*, C- 170/84, in *Racc.*, I-1607, p.ti 29-31.

[38] Cfr. C-167/97 *Seymor smith* 9-2-1999, in *Racc.* I-623, p.to. 77.

[39] L. Paladin, *Corte Costituzionale e principio generale di eguaglianza*, in *Scritti sulla giustizia costituzionale in onore di V. Crisafulli*, I, 1985, p. 609 ss. a 657.

[40] G. Zagrelbesky, *Uguaglianza e giustizia nella giurisprudenza costituzionale*, in L. Carlassarre (a cura di), *Il principio di uguaglianza nella giurisprudenza costituzionale*, atti in memoria di L. Paladin, CEDAM, Padova, 2003, 59 ss.

[41] V. L. Paladin, cit., «l'assunto che l'organo della giustizia costituzionale possa anche sindacare la legittimità delle leggi sulla base di parametri esterni all'ordinamento suscita gravissime ragioni di dubbio in quanto il compito che la Costituzione affida alla Corte non è quello di controllare la conformità delle discipline impugnate a una mitica e inafferrabile "natura delle cose" ma quello di decidere alla stregua della Costituzione stessa, sia pure interpretata e reinterpretata di continuo».

[42] G. Zagrebeky, *Uguaglianza e giustizia nella giurisprudenza costituzionale*, cit. 73.

[43] D'altronde, anche da una comparazione tra il portato risultante dalla codificazione della nozione della discriminazione indiretta rispettivamente nell'ordinamento comunitario e nell'ordinamento italiano è evidente il grado di maggiore effettività dell'applicazione che tale forma di discriminazione ha assunto nel primo rispetto al secondo. Infatti mentre l'art. 2 comma 2, della direttiva n. 80 del 1997, facendo proprio il portato ventennale della giurisprudenza della Corte di giustizia, prevede che «ai fini del principio della parità di trattamento di cui al paragrafo 1, sussiste discriminazione indiretta quando una posizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri colpiscono una quota nettamente più elevata d'individui d'uno dei due sessi a meno che tale disposizione, criterio o prassi siano adeguati e necessari e possano essere giustificati da ragioni obiettive non basate sul sesso», l'art. 4 della l. 1255/91 in tema di azioni positive a sua volta sostituito dall'art. 8 l. 196/2000, prevede, molto più blandamente, che «costituisce discriminazione indiretta ogni trattamento pregiudizievole conseguente all'adozione di criteri che svantaggiano in modo proporzionalmente maggiore i lavoratori dell'uno e dell'altro sesso e riguardano i requisiti non essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa». Vedi a questo proposito M.V. Ballestrero, *La nozione di discriminazione nella legge 125/1991*, in *Rivista di diritto del lavoro*, 1992, 799 ss..

[44] A norma del quale la direttiva 76/207 «non pregiudica le misure volte a promuovere la parità delle opportunità per gli uomini e le donne, in particolare ponendo rimedio alle disparità di fatto che pregiudicano le opportunità delle donne nei settori di cui all'art.1 c.1 della stessa direttiva» (vale a dire: accesso al lavoro, ivi compresa la promozione e l'accesso alla formazione professionale, le condizioni di lavoro e sicurezza sociale).

[45] Secondo cui «allo scopo di assicurare l'effettiva e completa parità di uomini e donne nella vita lavorativa, il principio di parità di trattamento non osta a che uno Stato membro mantenga o adotti misure che prevedano vantaggi specifici e diretti a facilitare l'esercizio di un'attività professionale da parte del sesso sottorappresentato ovvero a evitare o compensare svantaggi nelle carriere professionali».

[46] Sent. 17 ottobre 1995, causa C-450/93, *Kalanke*, Racc.I-3051.

[47] Sent. 11 novembre 1997, causa C-409/95, *Marschall*, Racc. I-6363.

[48] Cfr. sentt. 28 marzo 2000, causa C-158/97, *Badeck e a.*, Racc.I-1875, e 6 luglio 2000, causa C-407/98, *Abrahamsson e Anderson*, Racc. I-5539.

[49] Il disposto dell'art. 141 fa riferimento, bidirezionalmente, "al sesso sottorappresentato".

[50] Sentenza 7 dicembre 2000, causa C-79/99, *Schnorbus* Racc. I-10997.

[51] Sia consentito rinviare O. Pollicino, *Trattamento preferenziale nel rapporto di lavoro: un profilo giurisprudenziale alla ricerca del nucleo duro del New Legal Order*, cit.

[52] Non può non farsi riferimento, a questo proposito all'art. 23, c. 2, della Carta dei diritti fondamentali di Nizza che, recependo la svolta sostanzialistica operata in Amsterdam in tema di

trattamento preferenziale, prevede ora espressamente che «il principio della parità non osta al mantenimento o all'adozione di misure che prevedano vantaggi specifici a favore del sesso sottorappresentato». A ben vedere, inoltre, tale disposizione quanto all'ambito di applicazione, almeno potenziale, dello strumento del trattamento preferenziale si spinge anche più in là rispetto a quanto previsto dall'art 141, c. 4 CE. Infatti, tale disposizione limita la sua applicazione, anche per la sua *sedes materiae*, alla realizzazione della uguaglianza effettiva uomo-donna nell'ambiente di lavoro, mentre il raggio di azione dell'art 23, c. 2 della Carta è molto più ampio ponendosi l'obiettivo della realizzazione della parità uomo/donna, cui è funzionale, come abbiamo visto, alla luce della impostazione caratterizzante la disposizione, la utilizzabilità (diffusa) dello strumento preferenziale, «in tutti i campi, compreso in materia di occupazione, lavoro e di retribuzione».

[53] Sentenza 26-3-1993 n. 109, in *Giur. Cost.*, 1993, 973 ss. commentata da C. Barbati, *Le azioni positive tra Stato e Regioni*, in *Le Regioni*, 1993, 1706 ss..

[54] Corte cost., 12-9-1995, in *Giur. Cost.*, 1995, 3255 ss. Cfr., criticamente, sulla decisione in commento, V. Ballestrero, *Azioni positive e quote nel giudizio di due autorevoli Corti*, in S. Scarponi (a cura di), *Le pari opportunità nella rappresentanza politica e nell'accesso al lavoro*, Trento, 1997, 51 ss.; M. Barbera, *L'eccezione e la regola, ovvero l'eguaglianza come apologia dello status quo*, in B. Beccalli (a cura di), *Donne in Quota*, Feltrinelli, Milano, 1999, 91 ss.; L. Carlassare, *La rappresentanza femminile, principi formali ed effettività*, in F. Bimbi e A. del Re (a cura di), *Genere e democrazia, La cittadinanza delle donne a 50 anni dal voto*, Rosenberg & Sellier, 1997, 84-81 ss.; U. De Siervo, *La mano pesante della Corte sulle quote nelle liste elettorali*, in *Giur. Cost.*, 1995, 3269 ss.; G. Cinanni, *Le leggi elettorali ed azioni positive in favore delle donne*, in *Giur. Cost.*, 1995, 3283 ss..

[55] Sia consentito rinviare, per un esame più dettagliato sul punto a O. Pollicino. *Storia (e conseguenze) di "uno strabismo logico": la Corte costituzionale e la parità dei sessi nella rappresentanza politica*, in *Quad. Reg.*, 2004, 75 ss..

[56] Cfr., in senso adesivo, L. Carlassare, *L'integrazione della rappresentanza*, cit., 26; U. De Siervo, *La mano pesante della Corte sulle quote nelle liste elettorali*, cit., 3270; M.V. Ballestrero, *Azioni positive e quote*, cit., 50.

[57] Cfr. per una impostazione simile ma differente perché ancora legata ad una configurazione duplice dell'uguaglianza, dissociata in due principi autonomi, rispettivamente formale e sostanziale, L. Carlassare, *Parere sulla legittimità costituzionale della previsione di una quota del 50% riservata alle candidature femminili*, cit..

[58] La legge cost. 3/2003, modificativa del Titolo V della Cost., ha aggiunto un comma VII all'art. 117 Cost. a norma del quale: «Le leggi regionali rimuovono ogni ostacolo che impedisce la piena parità degli uomini e delle donne nella vita sociale».

[59] Ad opera della legge costituzionale del 30-5-2003 che, all'originario primo comma, «Tutti i cittadini dell'uno o dell'altro sesso possono accedere agli uffici pubblici ed alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza» ha aggiunto il periodo «a tal fine la Repubblica promuove con appositi provvedimenti le pari opportunità tra donne e uomini».

[60] La Corte riesce, con una forte dose di creatività, ad inventarsi una "terza via" intermedia tra la conferma dell'ingombrante precedente rappresentato dalla sent. 422/95 ed un effettivo *revirement*. L'infondatezza della questione di costituzionalità sollevata dal Governo e la conseguente "salvezza" della normativa impugnata non sono stati infatti la conclusione di un *iter* logico argomentativo finalizzato ad una revisione dei capisaldi concettuali alla base della sent. 422/95 ma il risultato di

una forzata manipolazione del dato normativo ad oggetto della decisione di presunta svolta, che ne ha comportato una differenziazione artificiale rispetto alla disciplina oggetto della sent. 422/95 cui, invero era sostanzialmente assimilabile. Sia consentito rimandare, per una lettura in questo senso della sent. 49/2003, a O. Pollicino, *Storia e conseguenze*, cit..

[61] Nella sent. 422/1995 la Corte, pur consapevole della posizione di assoluta minorità nella rappresentanza politica da parte delle donne (costituenti la maggioranza, *inter alia*, dei nostri connazionali) aveva curiosamente affermato che misure finalizzate ad attenuare tale disproporzione «costituzionalmente illegittime in quanto imposte per legge, potessero invece essere valutate positivamente ove liberamente adottate da partiti politici, associazioni o gruppi che partecipano alle elezioni, pervenendo quindi a risultati validi attraverso un'intensa azione di crescita culturale che portasse partiti e forze politiche a riconoscere la necessità improcrastinabile di perseguire l'effettiva presenza paritaria delle donne nella vita pubblica, e nelle cariche rappresentative in particolare». Una classica esemplificazione di "esternalizzazione costituzionale" in senso stretto in cui il problema dell'uguaglianza e della parità viene "esternalizzato", cioè posto al di fuori dell'area di azione del diritto, e l'elemento della "disparità di fatto" resta al di fuori del quadro costituzionale di riferimento. Con la decisione 49/2003 la Corte ritorna su i suoi passi e, prendendo atto dell'inerzia dei partiti nell'attivarsi, su base volontaria, affinché potesse procedersi spontaneamente ad un riequilibrio della presenza attiva delle donne in politica, ha dichiarato costituzionalmente legittimo un vincolo legale rispetto alle scelte di chi forma e presenta liste, ritenendo conforme al nuovo quadro costituzionale di riferimento[61] «il perseguire come effetto di legge quello che si auspicava potesse avvenire attraverso scelte statutarie e regolamentari dei partiti i quali fino ad ora aggiunge eufemisticamente la Corte, non hanno mostrato grande propensione a tradurle spontaneamente in atto con regole con regole di autodisciplina previste ed effettivamente seguite» Una graziosa parafrasi per dire come la misura legislativa in questione sia stata non solo "costituzionalmente" giustificata ma anche "costituzionalmente necessaria" a causa dall'immobilità assoluta dei partiti nel procedere spontaneamente ad un riequilibrio della presenza attiva delle donne in politica. A ben vedere si tratta di un'operazione ermeneutica degna di nota, caratterizzata dall' "internalizzazione" del dato fattuale nell'ambito del parametro costituzionale che si arricchisce di quanto, nella precedente decisione, era stato, invece, "esternalizzato", e tenuto ai margini del "costituzionalmente rilevante". L'elemento fattuale della disparità tra uomini e donne nella rappresentanza politica, prima relegato al libero gioco delle volontà partitiche, viene, infatti, fatto rientrare nell'ambito di azione dell'obbligatorietà giuridica e, conseguentemente, l'oggetto assume una luce diversa (costituzionalmente legittima) in virtù dell'attribuzione di una rilevanza costituzionale al "fatto".

[62] S. Fredman, *Equality: a New Generation?* in *Industrial Law Journal*, 30, 2001, 145 ss.

[63] M. Barbera, *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2003,, 399 ss.

[64] M. Barbera, *Eguaglianza e differenza*, cit., 402.

[65] Un primo tentativo di spiegazione è stato dato da chi ha ritenuto che in passato, e fino alla svolta della nuova fase del diritto antidiscriminatorio, non vi fossero ragioni di carattere economico per occuparsi di garantire, con una tale ampiezza, la parità nella dimensione comunitaria perché differenti livelli di diritti umani e di diritti sociali non erano ritenuti capaci di ostacolare la libera concorrenza del mercato comune. Una spiegazione alternativa è stata avanzata da Sandra Fredman secondo la quale, mentre in passato la sussistenza della discriminazione sulla base della razza era ammessa in quanto funzionale (grazie alla sua creazione di una fascia di forza lavoro di riserva a basso costo e poco protetta) al fine ultimo della Comunità economica europea, ossia la creazione di un mercato unico, attualmente tali utilitaristiche motivazioni sarebbero venute meno di fronte

all'accettazione di una convergenza tra fini economici e fini di giustizia e di equità. Cfr. S. Fredman, *Equality*, cit., 149

[66] M. Barbera, *Eguaglianza e differenza*, cit., 403.

[67] M. Barbera, *ivi*.

[68] Caso esemplare i ripetuti atteggiamenti di esclusione razzista che ormai da tempo immemorabile è costretta a subire la popolosa componente ROM in Ungheria.

[69] Cfr. nello stesso senso M. Barbera, *Discriminazione ed uguaglianza nel rapporto di lavoro*, 1991, 216.

[70] M. Barbera, *Uguaglianza e differenza*, cit., 413.

[71] Ne fa una lucida analisi Barbera, *ivi*.

[72] Quest'ultimo aspetto lo sottolinea bene M. Barbera *Not the same? The judicial role in the new community antidiscrimination law context*, in *Industrial Law journal*, 2002, 82 ss., in particolare 89 ss..

[73] In precedenza alla dignità umana facevano riferimento, se pur in via secondaria, il regolamento (CEE) 1612/68 relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità in uno dei suoi considerando («considerando che il diritto di libera circolazione richiede, perché esso possa essere esercitato in condizioni obiettive di libertà e di dignità...») e l'art. 12 della direttiva 89/552/CEE relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l'esercizio delle attività televisive («la pubblicità televisiva non deve: a) vilipendere la dignità umana»).

[74] Per quanto riguarda la normativa primaria comunitaria, basti ricordare come il riferimento alla dignità umana non costituisca soltanto il meta-principio caratterizzante il preambolo (l'Unione si fonda sui valori indivisibili e universali di dignità umana, libertà, uguaglianza e solidarietà), il primo capo, intitolato alla dignità, ed il primo articolo della Carta dei diritti fondamentali di Nizza che specificamente sancisce che «la dignità umana è inviolabile e deve essere rispettata e tutelata», ma, come già evidenziato in precedenza, rappresenti più generalmente, insieme alla solidarietà ed all'uguaglianza di fatto, il valore fondante della dimensione più sostanzialistica che sembra connotare assiologicamente la previsione della vasta gamma di diritti sociali presente nella Carta dei diritti fondamentali che, una volta completatesi positivamente (se mai lo saranno) le operazioni di ratifica del nuovo Trattato costituzionale, acquisterà un valore giuridicamente vincolante per gli ordinamenti degli Stati membri. Trattato costituzionale che, all'art. I-2, pone come primo valore a fondamento dell'Unione proprio il rispetto della dignità umana, seguito da libertà, democrazia, uguaglianza, stato di diritto e tutela dei diritti umani.

[75] S. Fredman, *Equality: a New Generation?* cit., 145 ss.. Cfr. anche V. Feldman, *Human Dignity as legal value*, in *Public law*, 1999, 682

[76] Innanzitutto si pensi al nuovo modello sociale fatto proprio dalle Costituzioni successive agli orrori fratricidi della seconda guerra mondiale, non solo con riferimento alla Legge fondamentale tedesca che, com'è noto, fa del valore della dignità umana, prevedendolo al suo art. 1, un principio conformante l'intero sistema costituzionale, ponendo, come Bognetti sottolinea, in *The concept of human dignity in european and American constitutionalism*, 2003, *paper*, un «Grundwert», ma anche al fondamentale richiamo dello stesso valore da parte del primo comma

dell'art. 3 della Costituzione italiana che serve a umanizzare la "*frigidità sociale*" del divieto di discriminazione ed al primo comma dell'art. 41 Cost. in cui si manifesta il limite apportato dalla visione sociale dello Stato all'imperativo liberale della iniziativa economica "*no limits*". Per un esaustivo e attento esame del valore della dignità nella nostra giurisprudenza costituzionale A. Ruggeri-A. Spadaro, *Dignità dell'Uomo e giurisprudenza costituzionale, (prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 1991, 343 ss.. Per il contesto comparato e comunitario vedi G. Bognetti, *The concept of human dignity* cit., in cui l'Autore rileva, a supporto di quanto si è sostenuto a proposito dell'importanza crescente che il valore della dignità sociale sembra assumere nella relativamente recente fase del patrimonio costituzionale comune come «other European legal systems, besides Germany, Italy and France have recently made use of the concept of dignity of man, both at the constitutional level and at the level of the ordinary law, in order to orient its interpretation and its developments». V. G. Bognetti, *op cit*, 11. Per quanto riguarda l'arricchimento, in una prospettiva comparata, del parametro costituzionale in questa direzione basti pensare al ruolo centrale che la dignità umana occupa nelle recenti Carte costituzionali di Svizzera e Ungheria. In generale sul valore che la dignità è in grado di rappresentare nella nuova fase del costituzionalismo europeo, vedi il bel saggio di Pedro Serna, *Dignidad human*, in E. Álvarez Conde, V. Garrido Mayol (coord. S. García Couso), *Comentarios a la Constitución Europea*, I, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004, 191 ss..

[77] Critiche nei confronti della impostazione che in questa sede si sta seguendo in relazione all'abbandono se pur momentaneo del paradigma comparativo nel giudizio di discriminazione si sono levate da M.V. Ballestrero, *Eguaglianze e differenze*, in *Lavoro e Diritto*, 502 ss, e da D. Izzi, *Discriminazione senza comparazione? Appunti sulle direttive comunitarie di seconda generazione*, in *Diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2003, 423 ss

[78] Per una critica in merito ai limiti della concezione aristotelica cfr. G. More, *Equal Treatment of the Sex in European Community Law: What does Equal Mean?*, in *Feminist Legal Studies*, 1993, 51 che sottolinea come si tratti di una nozione che sconta una non indifferente componente tautologica in quanto «it tell us to treat like people alike; but when we ask "who like people", we are told they are people who should be treated alike».

[79] Pur non essendo questa la sede, essendo la nostra prospettiva privilegiata quella comunitaria, per approfondire implicazioni e conseguenze che il concetto della dignità umana ha avuto nel quadro del diritto internazionale, non può non accennarsi come è proprio in questo contesto che il valore in questione ha assunto rilevanza ed utilità giuridica ai fini della concettualizzazione autonoma dei singoli divieti di discriminazione e della valorizzazione che dovrebbe essere sempre attribuita al carattere correttivo ed emancipatorio del diritto antidiscriminatorio. La rilevanza è data dal fatto che il primissimo richiamo alla dignità umana è operato nel 1945 dalla Carta delle Nazioni Unite, seguito nel 1948 dal riferimento contenuto nella Dichiarazione universale dei diritti umani. Per capirne l'utilità deve farsi riferimento a quella dottrina internazionalistica che, indagando sulla relazione intercorrente tra discriminazione ed uguaglianza tanto ai sensi della Convenzione OIL n. 111 sulla discriminazione nell'impiego e nell'occupazione quanto a norma degli altri patti internazionali sul tema (*in primis* il Patto sui diritti economici, sociali e culturali del 1966), ha fatto notare come, nell'ambito del diritto internazionale, il fondamento del divieto di discriminazione non risiede nel principio generale che vieta le disuguaglianze arbitrarie, quanto nella «valorizzazione della pari dignità sociale degli esseri umani». Cfr. M. Barbera, *Discriminazioni ed uguaglianza nel rapporto di lavoro*, cit., 68. L'autrice appare tra le prime voci della dottrina italiana a sottolineare l'importanza del concetto di dignità sociale per la realizzazione del concetto di uguaglianza di fatto che costituisce l'obiettivo ultimo della tutela internazionale. Sembra proprio che un'indagine attenta del diritto internazionale possa permettere di apprezzare quest'ultima area come la *sedes materiae* privilegiata, attraverso la stipula delle convenzioni aventi ad oggetto motivi ed ambiti specifici, in cui l'essere umano si spoglia della astrattezza olimpica delle dichiarazioni



universali per assumere i più variegati panni dell'uomo concreto e della donna concreta, della prima reazione al movimento di matrice liberale (e quindi individualistica) che aveva portato «dallo status al contratto». Reazione, quest'ultima, che afferma la necessità di andare al di là del divieto di discriminazioni irrazionali che costituisce il profilo negativo delle proclamazioni classiche del principio di uguaglianza, fino a considerare come primo obiettivo l'eliminazione delle discriminazioni contro la persona «"in funzione" del carattere "odioso" del criterio personale di distinzione adottato, che è molto più che irrazionale o arbitrario, poiché il suo impiego si qualifica come una violazione della dignità umana e dell'uguaglianza originaria di tutti gli esseri umani». Cfr., M. Barbera, *discriminazione* cit, 100. Per un'impostazione del problema in termini simili, nella dottrina internazionalistica straniera, cfr., W. McKean, *Equality and discrimination under international law*, Oxford, 1983; E.W. Vierdag, *The concept of discrimination in international law*, The Hague, 1973, F. Pinero, *Igualdad y discriminación*, Madrid, 1986. A supporto della tesi qui sostenuta per cui il diritto internazionale offrirebbe un parametro fondativo privilegiato ai fini della legittimazione dello strumento del trattamento preferenziale si rimanda alle osservazioni di Eliane Vogel Posky che nell'art. 4 della Convenzione delle Nazioni Unite del 1979 sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione (che prevede che l'adozione da parte degli Stati di «speciali misure di carattere temporaneo dirette ad accelerare l'instaurazione di un'uguaglianza di fatto tra uomini e donne»), fonda la legittimità, a livello di diritto internazionale, delle azioni positive in tutti gli ambiti politici e sociali in cui si pone la necessità di assicurare l'eguaglianza effettiva tra i sessi. Cfr. E. Vogel Posky, *Les actions positives e les contraintes constitutionnelles et legislatives qui pesent sur leur mise en oeuvre dans l'Etat membre su Conseil d'Europe*, EG, 89, I Strasburgo 1989, 13.

[80] Cfr. considerando 12 e 8 della dir. 2000/43. Secondo il primo «per assicurare lo sviluppo di società democratiche e tolleranti che consentano la partecipazione di tutte le persone a prescindere dalla razza o dall'origine etnica, le azioni specifiche nel campo della lotta contro le discriminazioni basate sulla razza o l'origine etnica dovrebbero andare al di là dell'accesso alle attività di lavoro dipendente e autonomo e coprire ambiti quali l'istruzione, la protezione sociale, compresa la sicurezza sociale e l'assistenza sanitaria, le prestazioni sociali» A norma del secondo «le discriminazioni basate sulla razza o sull'origine etnica possono pregiudicare il conseguimento degli obiettivi del Trattato CE, in particolare il raggiungimento di un elevato livello di occupazione e di protezione sociale, il miglioramento del tenore e della qualità della vita, la coesione economica e sociale e solidarietà. Esse possono anche compromettere di sviluppare l'Unione europea in direzione di l'Unione europea in direzione di uno spazio di libertà sicurezza e giustizia».

[81] Si faccia riferimento non solo all'evoluzione giurisprudenziale in tema di azioni positive ma anche ai nuovi parametri normativi previsti dall'art. 141 , c. 4 CE e art.23 della Carta di Nizza che sembrano proprio orientati in questo senso. Sia consentito rimandare per un approfondimento della materia a O. Pollicino, *op.cit.*.

[82] Cfr., in generale supra, nota 79 ed in particolare, a conforto della caratterizzazione dell'esperienza internazionale in tema di azioni positive in termini di proiezione in concreto del principio di uguaglianza e non di deroga a quest'ultimo Cfr. E.W., Vierdag, *op. cit.*, 73, W. McKean, *op. cit.*, 159, E. Vogel Posky, *op. cit.*, 13.

[83] Dove, come accennato in precedenza alla nota 79 «nel passaggio alle proclamazione di tipo universale e di natura programmatica a patti di ambito specifico e di carattere precettivo i motivi di discriminazione si sono evoluti progressivamente in concetti legali corrispondenti a fattispecie legali tipiche»: M. Barbera, *op. cit.*, 169.

[84] Questa consapevolezza era bene presente all'interno dell'Assemblea costituente. Basti ricordare l'intervento dell'On. Laconi che, opponendosi all'emendamento Gingolani che intendeva

sostituire a "razza" la parola "stirpe", aggiungeva: «non possiamo accettare questa proposta perché in questa parte dell'articolo (quella che fa riferimento alla razza) vi è un preciso riferimento a qualche cosa che è realmente accaduta in Italia, al fatto cioè che determinati principi razziali sono stati impiegati come strumento di politica ed hanno fornito un criterio di discriminazione degli italiani, in differenti categorie di reprobati e di eletti. Per questa ragione, e cioè per il fatto che questo richiamo alla razza costituisce un richiamo ad un fatto realmente avvenuto e che noi vogliamo condannare, oggi in Italia, riteniamo che la parola razza debba essere mantenuta». Cfr. Atti dell'Assemblea Costituente del 24-3-1947, 2422-2423.

[85] La consapevolezza dell'insufficienza del modulo espressivo dell'uguaglianza davanti alla legge era ben presente ai nostri Costituenti che hanno voluto dare una connotazione assiologica alla proclamazione del principio di uguaglianza davanti alla legge attraverso l'elemento nuovo, di valore prescrittivo ed immediatamente riferibile al soggetto titolare del diritto, rappresentato dalla riscoperta dei valori della parità e della dignità sociale. Cfr. G. Ferrara, *Pari dignità sociale*, cit. 1097. In proposito non è superfluo ricordare che la formula relativa alla pari dignità sociale ha sostituito quella che era la prima versione affermata in sede di lavori preparatori «dell'eguale trattamento sociale», sostenuta non solo dalla parte comunista e socialista ma anche da alcuni autorevoli costituenti di parte democratica cristiana. Per i primi (comunisti e socialisti) basti ricordare le parole di Palmiro Togliatti che affermava come con tale locuzione (eguale trattamento sociale) «si vuole esprimere la tendenza della nostra Costituzione ad incanalare lo sviluppo della nostra società verso una maggiore eguaglianza. Ed è questo lo spirito che si vorrebbe alitasse nella nostra Costituzione». Per i secondi invece (democristiani) è significativo riportare quanto sottolineava nello stesso senso Aldo Moro, rilevando come «parlando del diritto ad un eguale trattamento sociale, s'intende mettere in luce il carattere dinamico che deve avere lo Stato democratico». Cfr. Interventi dell'On. Togliatti e dell'On. Moro, in sede di prima commissione dell'Assemblea Costituente, Commissione per la Costituzione, I sottocommissione, 11-9-1946, 36-37. Si ricordi, inoltre che in Assemblea Costituente, il presidente della Commissione per la Costituzione Meuccio Ruini specificando come l'inciso in questione, relativo all'uguale trattamento sociale, era stato eliminato dal comitato di redazione in quanto espressione non definita che si poteva prestare ad equivoci, accoglieva con soddisfazione la nuova proposta del riferimento alla pari dignità sociale aggiungendo come «quando si toccano certe note come questa della dignità umana, bisogna inchinarsi». Cfr. Intervento dell' On. Ruini in Assemblea costituente del 24-3-1947, 2120.