

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BERGAMO

Facoltà di Giurisprudenza

DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO PUBBLICO E TRIBUTARIO NELLA DIMENSIONE EUROPEA
XXII CICLO

*PARITÀ DI GENERE NELL'ACCESSO A BENI E
SERVIZI: LA DIRETTIVA 2004/113 E LE MISURE
DI IMPLEMENTAZIONE. QUALI DIREZIONI DEL
DIRITTO ANTIDISCRIMINATORIO?*

Supervisor:

Chiar.ma Prof.ssa Barbara Pezzini

Chiar.mo Prof. Paolo Duret

Tesi di Dottorato
Anna Lorenzetti
Matricola n. 700235

INDICE

INTRODUZIONE

CAPITOLO PRIMO

IL DIRITTO ANTIDISCRIMINATORIO EUROPEO NEL CONTESTO DELL'INTEGRAZIONE EUROPEA

1. La genesi del principio di non discriminazione nel diritto dell'Unione europea: la parità di retribuzione fra lavoratori e lavoratrici	1
2. La prima legislazione antidiscriminatoria nell'ambito dei Trattati	2
3. Le svolte di Maastricht e Amsterdam	4
4. La ratifica del Trattato di Lisbona	6
5. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea	7
6. La nuova legislazione antidiscriminatoria	8
7. La giurisprudenza della Corte di Giustizia europea	11
8. Le caratteristiche delle direttive antidiscriminatorie di seconda generazione	16
9. L'evoluzione della nozione di discriminazione	17
10. Una conclusione di avvio	18

CAPITOLO SECONDO

LA DIRETTIVA BENI E SERVIZI (2004/113/CE)

1. Il <i>background</i>	23
2. I pareri del CESE e del COR	27
3. La base giuridica della Direttiva Beni e Servizi	28
4. Struttura e contenuto della Direttiva Beni e Servizi	28
4.1. Disposizioni generali	28
4.2. Lo snodo dell'art. 5, le azioni positive, le prescrizioni minime	31
4.3. Mezzi di ricorso ed esecuzione	32
4.4. Organismi per la promozione della parità di trattamento	32
4.5. Disposizioni finali	33
5. Analisi della Direttiva Beni e Servizi	33
5.1. Cenni introduttivi	33
5.2. L'ambito di applicazione oggettivo e soggettivo	34
5.2.1. La nozione di discriminazione	34
5.2.2. Oggetto della direttiva: la nozione di beni e servizi	35
5.2.3. Destinatari della Direttiva	36
5.3. Limiti, deroghe, esclusioni della Direttiva 2004/113	36
5.3.1. Le limitazioni dell'ambito oggettivo	36
5.3.2. Quali beni e servizi destinati a persone di un solo sesso?	37
5.3.3. Le disposizioni più favore sulla gravidanza e sulla maternità	39
5.3.4. Non discriminazione e autonomia negoziale	39
5.3.5. I compromessi della Direttiva: il ruolo dei fattori attuariali nella diversità di offerta di prodotti assicurativi e finanziari	40
5.3.6. Il dibattito sull'approvazione della direttiva e l'azione delle <i>lobby</i>	

	40
5.3.7. Le proroghe consentite: I compromessi dell'art. 5	41
5.3.8. L'effetto dell'art. 5, nel quadro della parità di genere	43
6. I punti deboli della direttiva	44
6.1. Le azioni positive	44
6.2. Legittimazione ad agire e onere della prova	44
6.3. I rimedi: sanzioni, risarcimento, indennità	45
7. La Direttiva 113 e le Direttive di seconda generazione	46
7.1. Ambito oggettivo	47
7.2. Nozioni	47
7.3. Mezzi di ricorso e esecuzione	48
8. <i>Segue</i> . Le direttive al di fuori dell'ambito giuslavoristico: "Razza", "Beni e servizi" e Proposta "Altri fattori"	49
9. Cenni conclusivi	50
9.1. Le contrastanti indicazioni della Direttiva "Servizi"	50
9.2. Una nuova centralità del genere nella tutela antidiscriminatoria?	52
9.3. La Direttiva 2004/113: uniformità o frammentazione del diritto antidiscriminatorio?	53
9.4. Uguaglianza come differenza e come antisubordinazione	53

CAPITOLO TERZO

IL RECEPIMENTO ITALIANO DELLA DIRETTIVA "BENI E SERVIZI"

1. Introduzione	56
2. Il contenuto del recepimento italiano	56
2.1. Profili sostanziali	56
2.2. Ambito oggettivo e soggettivo di applicazione del divieto	57
2.3. Profili processuali	58
2.3.1. Il procedimento per la tutela individuale dalle discriminazioni	58
2.3.2. Le sanzioni per la violazione del divieto di discriminazione	59
2.3.3. L'onere della prova	60
2.3.4. Tutela collettiva	60
2.3.5. Promozione della parità di trattamento	61
2.3.6. Ufficio per la promozione della parità di trattamento nell'accesso a beni e servizi e loro fornitura	61
3. Analisi delle Modalità del recepimento nazionale	62
3.1. Cenni preliminari	62
3.2. Profili sostanziali	63
3.3. La nozione di beni e servizi	63
3.4. Nozioni di discriminazione	65
3.5. Sesso e genere:intercambiabilità di concetti?	67
3.6. I destinatari del divieto di discriminazione	68
3.7. Deroghe alla parità di trattamento ed eccezioni	69
3.8. Parità di trattamento tra uomini e donne nei servizi assicurativi e altri servizi finanziari	69
3.9. Il divieto di discriminazione nei rapporti fra privati	70
3.10. Tutela contro le discriminazioni basate sul sesso nell'accesso e nella fornitura a beni e servizi	72
3.11. Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa	74

3.12. Sanzioni e risarcimento dei danni	75
3.13. Piano di rimozione	77
3.14. Onere della prova	77
3.15. Legittimazione ad agire di associazioni ed enti	78
3.16. Ufficio per la promozione della parità di trattamento nell'accesso a beni e servizi e loro fornitura	80
4. Omissioni	81
5. Il codice della pari opportunità dopo il recepimento delle Direttive "Servizi" e "Rifusione"	81
6. Conclusioni	83

CAPITOLO QUARTO

GERMANIA: LUCI E OMBRE DI UN RECEPIMENTO "COORDINATO"

1. Introduzione	84
2. Le vicende politiche che hanno condotto all'approvazione del recepimento tedesco	85
3. La struttura dell'atto di recepimento	87
4. I contenuti dell'AGG	88
4.1. Disposizioni generali	88
4.2. Tutela giuslavoristica dalle discriminazioni	89
4.3. L'ambito civilistico	90
4.4. Tutela giurisdizionale e organismi di difesa	92
4.5. Altre disposizioni	92
4.6. Limiti e confini dell'AGG	93
5. Considerazioni conclusive	102

CAPITOLO QUINTO

IL RECEPIMENTO DELLA DIRETTIVA BENI E SERVIZI NEGLI STATI MEMBRI

1. Introduzione	105
2. I dibattiti che hanno preceduto l'approvazione della legislazione di recepimento	106
3. La Mappatura degli atti di implementazione	108
3.1. Le Modalità del Recepimento	108
3.2. La Struttura delle legislazioni nazionali	109
3.3. Ambito oggettivo e soggettivo di applicazione delle trasposizioni nazionali	111
4. I contenuti dei recepimenti nazionali	112
4.1. Nozioni	112
4.2. Definizione di genere	114
4.3. Le azioni positive	115
4.4. Nozione di beni e servizi	116
4.5. Le eccezioni alla parità di trattamento ammesse nelle trasposizioni nazionali	116
4.6. Fattori attuariali	117
5. Gli strumenti di tutela	117
5.1. Gli organismi di tutela	117

5.2. Sanzioni, risarcimento, indennità	120
6. Le difformità degli atti di recepimento rispetto alla Direttiva	120
7. La tempistica e le procedure di infrazione	121
8. Discriminazione nell'accesso ai Servizi, applicazioni pratiche	121
8.1. Discriminazione nell'accesso e nella fornitura di beni e servizi: la pratica	122
8.2. La Direttiva Beni e Servizi alla "prova" della Giurisprudenza	124
8.3. Giurisprudenza comunitaria	129
9. Conclusioni	130

CAPITOLO SESTO

LE DIREZIONI DEL DIRITTO ANTIDISCRIMINATORIO, LA

CENTRALITÀ DEL GENERE, IL PRINCIPIO ANTISUBORDINAZIONE

1. Cenni introduttivi	132
2. Quali beni e servizi per un solo sesso? Differenziazioni come discriminazioni o in chiave antisubordinazione.	132
2.1. Finalità legittime	133
2.2. Promozione di scopi socialmente utili	133
2.3. Il senso del pudore	135
2.4. Segregazione sociale: le associazioni riservate ad un solo sesso	135
2.5. Tariffe differenziate	136
3. Il divieto di discriminazione nei rapporti tra privati	137
4. Quale "direzione" per il diritto antidiscriminatorio di nuova generazione?	139
5. Le nozioni e i concetti del nuovo diritto antidiscriminatorio	140
5.1. Discriminazione diretta	140
5.2. Discriminazione indiretta	140
5.3. Molestie e Molestie sessuali	141
5.4. Ordine di discriminare	144
5.5. Azioni positive	145
5.6. Organismi di tutela	146
6. La «gerarchia» dei fattori di rischio da discriminazione	146
7. <i>Segue</i> . Il genere nella «gerarchia» dei diversi fattori di rischio	147
8. La Direttiva Servizi in funzione antisubordinazione	151
9. Conclusione	153

ALLEGATO 1: Tavola di corrispondenza fra le disposizioni della Direttiva e le disposizioni del recepimento italiano 157

ALLEGATO 2: Tavola sinottica degli atti di recepimento nazionale 159

ALLEGATO 3: Direttiva 13 dicembre 2004, n. 2004/113/CE, che attua il principio della parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura 165

BIBLIOGRAFIA 176

INTRODUZIONE

Il presente lavoro costituisce il risultato di una ricerca volta ad indagare l'evoluzione del diritto antidiscriminatorio di seconda generazione.

Partendo dalla svolta impressa a partire dall'anno 2000, con l'approvazione di un pacchetto di direttive che è andato a formare il "nuovo" diritto antidiscriminatorio (Dirr. 2000/43, 2000/78, 2002/73, 2004/113, 2006/54), l'obiettivo prefissato era di ipotizzare quali ne fossero le possibili evoluzioni, in particolare se vi fosse la tendenza verso una riunificazione, una ricomposizione dei singoli divieti, ovvero verso una loro frammentazione, sulla base dei differenti fattori di rischio.

Il prisma adottato per questa indagine è stato individuato nella Direttiva 2004/113, sulla parità di genere nell'accesso e nella fornitura di beni e servizi.

Questo atto, il cui obiettivo iniziale era il contrasto alle discriminazioni fra uomini e donne al di fuori della materia giuslavoristica, in realtà fu ridotto all'ambito delle discriminazioni nell'accesso e nella fornitura di beni e servizi, comunque aprendo un fronte inedito di protezione, fino a questo momento limitata, per il genere, alla materia dell'occupazione e del lavoro.

La tesi si snoda in sei capitoli, il primo dei quali ripercorre la nascita e la trasformazione del diritto antidiscriminatorio di matrice comunitaria, dalle origini della Comunità economica europea, fino alla conclusione del processo di ratifica del Trattato di Lisbona, ricostruendone l'evoluzione normativa e giurisprudenziale.

Partendo dal procedimento di stesura dell'atto, il secondo capitolo analizza i contenuti della Direttiva "Beni e Servizi", mettendone in luce i punti deboli, gli snodi problematici, il rapporto con le direttive antidiscriminatorie, che l'hanno preceduta e che ad essa seguono.

La parte centrale del lavoro riguarda l'analisi degli atti di trasposizione nazionali. Il Capitolo terzo affronta il processo di implementazione italiano attuato mediante una modifica del Codice pari opportunità (D. Lgs. 198/2006), nuovamente inciso in sede di recepimento della Direttiva "Rifusione" (2006/54). In questa sezione vengono messi in luce i contenuti della normativa nazionale e i punti nei quali essa si è discostata dall'atto che ha recepito. Vengono poi presi in esame i profili di tutela (giurisdizione, sanzioni, indennità e risarcimento, legittimazione ad agire, ufficio per la promozione della parità di trattamento nell'accesso e nella fornitura di beni e servizi) soltanto accennati dalla Direttiva (quindi maggiormente caratterizzanti l'implementazione domestica), le carenze e le lacune del testo, infine, l'analisi del Codice delle pari opportunità alla luce delle numerose modifiche ad esso apportate nei soli tre anni di vita.

Per chiarezza espositiva, è allegato un prospetto sinottico delle disposizioni della Direttiva e del recepimento italiano (Allegato 1).

I successivi due capitoli analizzano i recepimenti degli Stati membri.

Il Capitolo quattro ha ad oggetto il recepimento tedesco, attuato con la cosiddetta legge generale sull'uguaglianza, che ha congiuntamente tradotto nell'ordinamento interno tutte le Direttive antidiscriminatorie (2000/43 e 2000/78, 2002/73, 2004/113) ad eccezione della Direttiva "Rifusione", approvata poche settimane prima. La volontà di approfondire la legislazione tedesca è stata dettata dalla scelta del legislatore nazionale di operare un'implementazione unica per tutte le direttive di seconda generazione. Questo

aspetto appariva particolarmente interessante da analizzare nella prospettiva di indagine della direzione del diritto antidiscriminatorio verso una ricomposizione dei divieti e delle nozioni, che appaiono costanti per tutti i *ground*. In realtà, la legge tedesca – approfondita grazie ad un periodo di ricerca all’Università Humboldt di Berlino, presso la cattedra della professoressa Susanne Baer, docente di Diritto costituzionale e fondatrice del *GenderKompetenzZentrum* di Berlino – presenta numerosi limiti e lacune che rischiano di minarne l’efficacia e l’effettività nella tutela. Nonostante, ad un approfondimento, i contenuti dell’atto tedesco non abbiano confermato i punti di interesse che avevano determinato la scelta della sede presso cui effettuare il periodo di ricerca all’estero, questo ha comunque consentito di approfondire e comprendere molte delle questioni problematiche sottese alla Direttiva 2004/113, che da un esame della letteratura nazionale sarebbero probabilmente rimaste offuscate.

Segue poi la mappatura dei recepimenti nazionali (Capitolo cinque). Grazie all’ausilio dei *report* elaborati dagli esperti nazionali indipendenti presso la Commissione europea, è stato possibile seguire il progressivo evolversi dei procedimenti di trasposizione di ogni Stato membro: questi *report* forniscono un quadro di insieme non soltanto dell’evoluzione normativa, ma anche dei dibattiti e delle prassi vigenti, nonché delle pronunce della giurisprudenza o degli organismi incaricati di tutelare e promuovere la parità di trattamento.

Posto che questo aspetto avrebbe potuto essere oggetto di un autonomo lavoro di ricerca e che il fine non era rappresentato dalla comparazione fra le legislazioni degli Stati membri, il lavoro ha mirato all’obiettivo di fornire un quadro di insieme circa l’impatto della Direttiva, al fine di osservare tendenze comuni e costanti nelle legislazioni e nella giurisprudenza di riferimento. Per completezza è allegata una tavola che riepiloga gli atti di recepimento nazionali (Allegato 2).

La parte conclusiva (Capitolo sei) riprende i diversi fronti di riflessione avviati nel corso dell’esposizione.

La ricerca ha dovuto fare fronte ad una serie difficoltà, date in primo luogo dalla limitatezza di materiale dottrinale e giurisprudenziale specifico, a fronte della copiosa produzione sulla materia antidiscriminatoria giuslavoristica (per snellire i riferimenti bibliografici, nelle parti relative al diritto antidiscriminatorio, nazionale e comunitario, di area giuslavoristica, si è preferito indicare soltanto le principali opere consultate). Se, infatti, il diritto antidiscriminatorio viene naturalmente collocato nell’alveo del diritto del lavoro, dimensioni ulteriori appaiono poco indagate. Anche la ricostruzione normativa ha segnalato la difficoltà di dover tenere in considerazione un sistema delle fonti complesso e articolato ed in continua e rapida evoluzione: è il caso del recepimento italiano, in cui le ultime modifiche al Codice delle pari opportunità sono state apportate nel gennaio 2010 (e pubblicate nella Gazzetta ufficiale del 5 febbraio 2010) e della recente conclusione del processo di ratifica del Trattato di Lisbona.

Rispetto agli obiettivi inizialmente posti, il lavoro ha assunto una dimensione di più ampio spettro, ponendosi di fronte ad ambiti inizialmente non previsti e costituendo un terreno di confronto fra diverse discipline: se il diritto antidiscriminatorio vanta tradizionalmente una matrice giuslavoristica, esso, nella dimensione costituzionalistica, ha dovuto misurarsi con il diritto privato (nella definizione del rapporto non discriminazione/autonomia privata), con il

diritto amministrativo (questioni in ordine alla giurisdizione, alla legittimazione ad agire) e con il diritto comunitario (rispetto a cui sono emerse diversità anche lessicali). Si è infine reso necessario avvicinare la sociologia e soprattutto i *Gender Studies*, ancora poco approfonditi in Italia, e che tuttavia costituiscono una *condicio sine qua* non per affrontare e comprendere la multiforme dimensione del diritto antidiscriminatorio, soprattutto di genere. Ad esempio, senza una contestualizzazione adeguata, alcuni concetti e nozioni, traslate negli ordinamenti interni a partire dalla legislazione comunitaria, apparirebbero difficilmente comprensibili alla lettura di un giurista, uso ad un confronto con una struttura “neutralizzata” delle norme e dei soggetti e impermeabile alle tematiche del raffronto uomo/donna.

Data la complessità delle questioni evocate, i risultati formulati non ambiscono a porsi quale punto di arrivo di una ricerca, quanto, piuttosto, a costituire una piattaforma salda, a partire dalla quale sia possibile approfondire i fronti di riflessione aperti.

CAPITOLO PRIMO

IL DIRITTO ANTIDISCRIMINATORIO EUROPEO NEL CONTESTO DELL'INTEGRAZIONE EUROPEA

1. La genesi del principio di non discriminazione nel diritto dell'Unione europea: la parità di retribuzione fra lavoratori e lavoratrici

L'esame della genesi e dell'evoluzione del principio di non discriminazione non può prescindere dalla ricostruzione del percorso compiuto dalle istituzioni dell'Unione europea: è infatti nel processo dell'integrazione europea che la costruzione del *corpus* oggi noto con il nome di Diritto antidiscriminatorio europeo ha preso avvio.

A questo riguardo, come noto, l'Unione europea trova la propria origine in una Comunità *economica* europea, la cui iniziale vocazione sembrava non lasciare spazi ad un'integrazione che andasse al di là dei profili economici¹.

Il Trattato di Roma, nella sua versione originaria, non contemplava, infatti, una clausola antidiscriminatoria di carattere generale.

Alcune norme richiamavano profili specifici di un più generale obbligo di non discriminazione: l'art. 6 CE (rinumerato in 12 con il Trattato di Amsterdam, ora art. 18 TFUE) sanciva il divieto discriminazione fondato sulla nazionalità² e l'art. 119 (poi 141 TCE, ora 157 TFUE) affermava il diritto alla parità della retribuzione fra «lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro»³, oltre ad un riferimento alla discriminazione fra produttori e consumatori⁴.

¹ Come si ricorda, i sei stati fondatori (Germania, Francia, Italia, Belgio, Olanda, Lussemburgo) intendevano creare un mercato comune dell'acciaio e del carbone (Trattato che istituisce la Comunità europea del carbone e dell'acciaio, CECA, firmato a Bruxelles il 18 aprile del 1951). Furono poi approvati il Trattato che istituisce la Comunità economica europea (CEE) e Trattato che istituisce la Comunità europea per l'energia atomica (CEEA o Euratom) (siglati a Roma il 25 marzo 1957). Le motivazioni celate dietro la spinta verso l'integrazione economica, avevano la propria ragione d'essere in fattori non economici, prima fra tutti la volontà di preservare la pace nell'Europa post-bellica. Lo strumento della realizzazione degli obiettivi economici era la creazione di un mercato unico interno in cui fosse assicurata la libera circolazione di merci, persone, servizi e capitali. È con particolare riferimento alla libera circolazione delle persone, in quanto lavoratori e lavoratrici, che le istituzioni comunitarie hanno elaborato, fra l'altro il principio della parità di retribuzione fra uomini e donne, in virtù del quale la Giurisprudenza della Corte di giustizia ha poi creato il principio di non discriminazione (su questo punto cfr. paragrafo 7 di questo Capitolo). Cfr. D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto*, Cedam, Padova, 2008, 215 ss.; M. BELL, *Anti-discrimination law and the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2002, 6, ss; E. ELLIS, *EU Anti-discrimination law*, Oxford University Press, Oxford, 2005, 2 ss.

² Su punto cfr. diffusamente C. FAVILLI, *La non discriminazione nell'Unione europea*, ilMulino, Bologna, 2008, pp. 19 ss. e 104 ss.

³ «Ciascuno Stato membro assicura durante la prima tappa, e in seguito mantiene, l'applicazione del principio della parità delle retribuzioni fra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro. Per retribuzione deve essere inteso, ai sensi del presente articolo, il salario o trattamento normale di base o minimo e tutti gli altri vantaggi pagati direttamente o indirettamente, in contanti o in natura, dal datore di lavoro al lavoratore in

La non discriminazione dei cittadini senza distinzione di nazionalità (prevista anche per i lavoratori emigranti di origine comunitaria) era collegata al principio della libera circolazione «vera condizione di pensabilità dell'ordinamento comunitario»⁵.

Quanto all'art. 119, «la sua *ratio*, almeno nelle intenzioni originarie dei padri fondatori, ben lontana dal perseguire l'obiettivo di realizzare una piena parità retributiva tra uomini e donne, era animata da un fine di carattere economico (...) e in particolare tendeva ad evitare il fenomeno distorsivo della concorrenza infracomunitaria, il c.d. *dumping sociale*»⁶.

Questo aveva un duplice scopo, da un lato economico, per evitare distorsioni della concorrenza, dall'altro sociale, di miglioramento e parificazione delle condizioni di lavoro.

In generale, il Trattato CE(E) riconosceva il principio di non discriminazione, non come diritto fondamentale, ma come strumento di operatività delle libertà in esso previste e soltanto in quanto necessario e funzionale alla realizzazione del mercato comune⁷.

2. La prima legislazione antidiscriminatoria nell'ambito dei Trattati

L'affermazione del principio di non discriminazione in funzione non esclusivamente economica, prende il via a partire dagli anni '60-'70: in relazione alla parità fra uomo e donna, l'inaugurazione della legislazione antidiscriminatoria, l'approvazione di nuovi programmi politici⁸, una serie di casi giurisprudenziali⁹ determinano il progressivo allontanamento dall'originaria

ragione dell'impiego di quest'ultimo. La parità di retribuzione, senza discriminazione fondata sul sesso, implica: a. che la retribuzione accordata per uno stesso lavoro pagato a cottimo sia fissata in base a una stessa unità di misura, e b. che la retribuzione corrisposta per un lavoro pagato a tempo sia uguale per un posto di lavoro uguale».

⁴ Cfr. art. 34 TCE.

⁵ A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale*, Cedam, Padova, 2002, 330.

⁶ O. POLLICINO, *Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario*, 2005, Giuffrè Editore, Milano, 29. Grande pressione per l'introduzione di tale disposizione era stata esercitata dalla Francia, il cui ordinamento già prevedeva la parità di retribuzione e che pertanto temeva che le proprie imprese subissero uno svantaggio concorrenziale rispetto a quelle degli altri paesi membri. D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto*, cit., 216. Sul tema si veda S. NICCOLAI, *I rapporti di genere nella costruzione costituzionale europea. Spunti a partire dal metodo aperto di coordinamento*, in *Politica del diritto*, XXXVII, 4, 2006, p. 590 e 609.

⁷ Per approfondimenti, cfr. G. TESAURO, *Diritto Comunitario*, Cedam, Padova, 2008; G. STROZZI, *Diritto dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2009; R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2009.

⁸ Carta sociale europea del 1961 (modificata nel 1996 e entrata in vigore nel 1999) e Carta europea dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989. Il Programma di azione sociale del 1974 (Risoluzione del Consiglio, del 21 gennaio 1974) definiva una nozione di "spazio sociale europeo", ritenuto essenziale per l'integrazione europea e non solo per eliminare gli ostacoli alla concorrenza. S. NICCOLAI, *I rapporti di genere nella costruzione costituzionale europea. Spunti a partire dal metodo aperto di coordinamento*, cit., 595 ss.

⁹ Come si vedrà più avanti (paragrafo 7, di questo capitolo), è stato grazie alla giurisprudenza della Corte di Giustizia che si è giunti all'affermazione del principio di uguaglianza come principio fondamentale del diritto comunitario. Corte di Giustizia, sentenza 17 ottobre 1995, *Kalanke*, C-450/93, in Racc., 1993, p. I-3051, a seguito della quale la Commissione ha

impostazione del Trattato, che contemplava il principio di non discriminazione esclusivamente in funzione degli obiettivi di integrazione (economica).

I contenuti della prima legislazione antidiscriminatoria mostrano una conferma e anzi un'accentuazione della sotterranea vocazione sociale dell'art. 119, che con l'approvazione delle Direttive 75/117/CEE (in materia di parità di retribuzione)¹⁰ e 76/207/CEE (parità di trattamento tra uomini e donne nelle condizioni di lavoro), si è evoluto in una previsione legislativa effettiva¹¹.

A breve è seguita la direttiva sulla sicurezza sociale (79/7/CEE) che mirava all'affermazione del principio di non discriminazione di genere nel campo della sicurezza sociale e in altri campi della protezione sociale.

Agli anni '80-'90 risalgono due direttive, ancora in materia di discriminazione di genere, la 86/378/CEE (parità di trattamento nei sistemi pensionistici integrativi e sostitutivi del regime pubblico) e la 97/80/CE (relativa alla parziale inversione dell'onere della prova)¹².

A completamento del quadro complessivo nel quale si muove l'evoluzione del diritto comunitario antidiscriminatorio, fino a questo momento limitato al sesso, si ricordano le direttive 86/613/CEE, relativa all'applicazione del principio di parità e tutela delle madri nell'ambito del lavoro autonomo, 92/85/CEE, sull'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di

approvato una Comunicazione COM(1996)88 sull'interpretazione della sentenza della Corte di Giustizia emessa il 17 ottobre 1995 nella causa C-450/93, *Kalanke c/Freie Hansestadt Bremen*; sentenza 11 novembre 1997, in causa C-409/95, *Hellmut Marschall c. Land Nordrhein-Westfalia*, in Racc., 1997, I-6363; sentenza 20 marzo 2000, *Badeck*, C-158/97, in Racc., 2000, p. I-1875; sentenza *Abrahamsson*, C-407/98, in Racc., 2000, p. I-5539; Corte di Giustizia, sentenza 8 aprile 1976, *Defrenne*, causa 43/75, in Racc., 1976, p. 445; Corte di Giustizia, sentenza 8 ottobre 1980, *Ubershar*, C-810/79, in Racc., I-2747.

¹⁰ Su cui inter alia E. ELLIS, *EU Anti-discrimination law*, cit., 186 ss.

¹¹ O. POLLICINO, *Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario*, cit., 45, nota 44, richiama le osservazioni di Barbera che evidenzia come il clima di quegli anni fosse radicalmente mutato rispetto a quello che, negli anni '60, aveva guidato l'emanazione e l'applicazione delle norme in materia di circolazione dei lavoratori, essendosi fatta strada, soprattutto a causa della crisi economica un'idea di "mercato sociale", il cui raggiungimento – si annunciava nella dichiarazione dei capi di Stato e di Governo a Parigi nel 1972 – «meritava un'azione non meno vigorosa di quella necessaria all'integrazione economica e finanziaria».

Cfr. L. GUAGLIONE, *Le discriminazioni basate sul genere*, in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, (a cura di M. Barbera), Milano, Giuffrè, 2007, 251 che ricorda come con l'ingresso dei nuovi paesi si impose il bisogno di rendere l'Ue più aperta, comprensibile e rilevante nella vita di ogni giorno, soprattutto in materia di parità di trattamento, materia che incide direttamente sui singoli cittadini europei. Così COM (2004) 279. Cfr. M. BELL, *Anti-discrimination law and the European Union*, cit., 43 ss.

¹² Per un'analisi di tali direttive cfr. E. ELLIS, *EU Anti-discrimination law*, cit., 241 ss. Si ricorda come nel Programma legislativo e di lavoro della Commissione per il 2008 la Commissione ha annunciato di voler approvare una proposta di direttiva che modifica la Direttiva 92/85/CEE, del 19 ottobre 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 (COM (2007) 640), sulla base giuridica dell'articolo 137 del trattato CE. L'obiettivo del nuovo atto è aiutare a conciliare meglio la vita professionale, privata e familiare migliorando le attuali disposizioni in materia di tutela della maternità. Tra le raccomandazioni cfr. 84/235, pari opportunità fra uomini e donne nell'accesso al lavoro e alla carriera professionale.

allattamento, 96/34/CE e 97/75/CE, contenenti l'accordo quadro sul congedo parentale, 97/81/CE e 99/70/CE sull'accordo quadro sul lavoro rispettivamente a tempo parziale e a tempo determinato.

Questo ampio novero di strumenti normativi ha avviato la progressiva espansione della portata del divieto di non discriminazione sulla base del sesso in ambito giuslavoristico che, inizialmente previsto per la sola retribuzione, è stato successivamente esteso all'accesso, all'occupazione e alle condizioni di lavoro, ai regimi legali e professionali di sicurezza sociale, ai lavoratori indipendenti e agli agricoltori.

Merita attenzione particolare l'avvento della legislazione antidiscriminatoria, sia per i contenuti, che si spingono ben al di là di quanto non fosse presente nelle ristrette previsioni dell'art. 119 TCE, sia per le modalità con le quali essa viene introdotta, la direttiva, che sembra contribuire all'avvicinamento delle legislazioni degli stati membri, più dei Regolamenti. Mentre infatti questi ultimi entrano negli ordinamenti nazionali automaticamente e senza bisogno di alcun recepimento né adattamento, le direttive, ponendo agli Stati membri obblighi di risultato, ne riconoscono la competenza circa la forme e i mezzi con cui realizzarli¹³ e li individuano come destinatari¹⁴. Proprio per l'assenza dell'"automatismo" che caratterizza il rapporto fra i Regolamenti e il sistema delle fonti nazionali, le operazioni di trasposizione esigono un adattamento del diritto interno preesistente, che finisce per includere, in esso, il diritto comunitario. A loro volta i diritti nazionali plasmati dalle nozioni e dagli strumenti del diritto derivato comunitario, si avvicinano, in maniera progressiva (anche se meno incisiva, rispetto ai regolamenti, che determinano un'automatica identità della legislazione), creando i presupposti per una potenziale influenza ascensionale verso il diritto comunitario.

3. Le svolte di Maastricht e Amsterdam

A livello politico, il progressivo distanziarsi dall'originaria vocazione esclusivamente economica del Trattato segna una svolta nel 1992 con la firma del Trattato di Maastricht¹⁵, a seguito del quale la denominazione Comunità economica europea perde l'aggettivo "economica", divenendo Comunità/Unione europea.

Nell'anno 1997, l'approvazione del Trattato di Amsterdam¹⁶ marca un ulteriore passaggio fondamentale. Alla Comunità è riconosciuto il compito di promuovere la «parità tra uomini e donne», finalizzando l'azione «ad eliminare le ineguaglianze, nonché a promuovere la parità tra uomini e donne» (artt. 2 e 3 TCE). A partire da questa data il principio di uguaglianza diviene non solo un fine specifico (art. 2), ma anche un vincolo conformativo dell'attività degli organi

¹³ Art. 249, co. 3 TCE.

¹⁴ Vi sono tuttavia dei casi nei quali le direttive producono effetti sui singoli.

¹⁵ Il Trattato sull'Unione europea (c.d. Trattato di Maastricht), fu firmato il 7 febbraio 1992 ed entrò in vigore il 1° novembre 1993. Precedentemente il 17 febbraio 1986 fu firmato a Lussemburgo l'Atto unico europeo (AUE).

¹⁶ Il Trattato di Amsterdam che modifica il trattato sull'Unione europea, i trattati che istituiscono le Comunità europee e alcuni atti connessi, firmato ad Amsterdam il 2 ottobre 1997, entra in vigore il 1° maggio 1999.

comunitari a tutti i livelli dell'azione europea (art. 3, co. 2), che devono «promuovere» la parità di genere¹⁷. Questa disposizione consacra il principio del *gender mainstreaming*¹⁸ ovvero della centralità della prospettiva di genere, nella valutazione delle politiche pubbliche e in tutti i programmi e gli interventi economici e sociali. La consacrazione del *gender mainstreaming*, di cui viene riconosciuto il valore trasversale, rende le politiche di parità di genere parte integrante di tutte le azioni di intervento comunitario, consentendo alle politiche antidiscriminatorie di genere di uscire dai confini del diritto del lavoro.

Viene riformato l'art. 119 (rinumerato in 141), il quale conferisce espressamente al Consiglio il potere di adottare misure che assicurino l'applicazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento tra uomini e donne, in materia di occupazione e impiego. Il principio della parità di trattamento si estende dalla retribuzione al complesso delle condizioni di lavoro e di occupazione.

¹⁷ O. POLLICINO, *Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario*, cit., 128 sottolinea come tale disposizione esalti il carattere dinamico del principio di uguaglianza così enunciato, che non si limita alla sua dimensione statica di divieto di non discriminazione, arricchendosi di un'obbligazione positiva da parte dei pubblici poteri comunitari.

¹⁸ L'espressione *gender mainstreaming*, letteralmente indica la necessità che il genere (concetto – sul quale si tornerà ai paragrafi 9.4 del Capitolo secondo e 3.5 del Capitolo terzo – che esprime la costruzione socio-culturale dell'essere uomo e donna, in un determinato periodo storico) sia al “centro della corrente”.

A livello internazionale, si cominciò a parlare di *mainstreaming* di genere, nel 1979, nella Convenzione per l'Eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne (*Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, in sigla CEDAW) che raccomandava agli Stati firmatari di mirare alla parità tra uomini e donne, invitando i governanti a tenere conto, nell'adozione delle politiche, della prospettiva di genere e suggerendo loro di conformare i sistemi legislativi, amministrativi e giudiziari per il raggiungimento di questo scopo.

La consacrazione avvenne in occasione della piattaforma globale di azione adottata alla quarta conferenza mondiale sulla donna, tenutasi a Pechino nel 1995, in cui i governi e gli altri soggetti attivi furono invitati a «inserire la prospettiva di genere in tutte le politiche e in tutti i programmi in modo da far sì che, prima che si prendano decisioni, venga effettuata un'analisi degli effetti che ne possono derivare, rispettivamente, per gli uomini e per le donne». Cfr. S. NICCOLAI, *I rapporti di genere nella costruzione costituzionale europea*, cit., 595 ss. Sul *mainstreaming* in relazione al processo costituzionale dell'Ue, cfr. E. LOMBARDO, *Integration or setting the Agenda? Gender mainstreaming in the European constitution-making process*, 412 ss; M. VERLOO, *Displacement and Empowerment. Reflections on the concept and practice of the council of Europe approach to gender mainstreaming and gender equality*, in *Social Politics International Studies in Gender, State and Society*, Oxford university press, 2005, 344 ss.

A livello generale cfr. S. M. RAI (ed), *Mainstreaming gender, democratizing the state: institutional mechanisms for the advancement of women*, Manchester, New York, Manchester university press, 2003; S. MAZEV, *Gender mainstreaming in the EU: principles and practice*, London, Kogan Page, 2001; M. A., POLLACK, E. HAFNER-BURTON, *Mainstreaming gender in the European Union*, Cambridge, Harvard Law School, 2000. Si vedano anche i documenti pubblicati dalla Commissione europea: J. PLANTENGA, C. REMERY, J. RUBERY, *Gender mainstreaming of employment policies: a comparative review of 30 European countries*, European Commission, Directorate-General for employment, social affairs and Equal opportunities, Unit G1, 2007, Luxembourg, in <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=93&langId=en> e *Manual for gender mainstreaming: employment, social inclusion and social protection policies*, European Commission, Directorate-General for Employment, social affairs and equal opportunities, Unit G-1, disponibile in www.imag-gendermainstreaming.at.

Viene inoltre introdotta una disposizione che assicura una definitiva e inequivocabile legittimazione giuridica delle azioni positive (art. 141, par. 4). Allo scopo di assicurare l'effettiva e completa parità tra uomini e donne nella vita lavorativa, il principio della parità di trattamento non impedisce il mantenimento o l'adozione da parte degli Stati membri di misure che prevedono vantaggi specifici volti a facilitare l'esercizio di un'attività professionale da parte del sesso sottorappresentato o ad evitare o compensare svantaggi nelle carriere professionali. Questa legittimazione appare ben più solida di quella rinvenibile nella Direttiva 76/207 (art. 2, co. 4), che inquadrando quali deviazioni dall'uguaglianza, le assoggettava alla lettura restrittiva che subiscono le eccezioni rispetto ai principi generali¹⁹.

La svolta segnata dal Trattato di Amsterdam se, con l'affermazione del *gender mainstreaming* indirizza l'azione comunitaria verso il progressivo ampliamento della nozione di "sesso", fino a ricomprendere quella di "genere", sembra altresì consolidare il primato²⁰ del genere nella tutela offerta, mitigato dall'inserimento nel Trattato Ce di una nuova disposizione antidiscriminatoria. L'art. 13 TCE, per la prima volta, "formula" il divieto di discriminazione, tradizionalmente previsto per nazionalità e sesso, anche in riferimento ad altri fattori di rischio (razza, origine etnica, religione, convinzioni personali, disabilità, età, orientamento sessuale), riconoscendo specifici poteri all'Unione per contrastare la discriminazione su tali *ground* e delegando il Consiglio a prendere i provvedimenti opportuni.

A rigore, l'art. 13 non potrebbe considerarsi come una vera e propria clausola antidiscriminatoria²¹, in quanto non formula chiaramente un divieto di discriminazione sulla base dei *ground*, ma si limita a riconoscere al Consiglio la facoltà di prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sui fattori di rischio in esso riconosciuti.

4. La ratifica del Trattato di Lisbona

Dopo l'approvazione del Trattato di Nizza²², che non ha apportato modifiche alle disposizioni sopra richiamate, si è giunti alla firma del Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre 2009²³.

A questo sono seguite la rinumerazione degli articoli, sezioni, capi, titoli anche del Trattato sull'Unione europea e del Trattato sul funzionamento dell'Unione

¹⁹ M. BARBERA, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità*, in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, (a cura di M. Barbera), Milano, Giuffrè, 2007, XXXII, O. POLLICINO, *Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario*, cit., 129 ss.

²⁰ Sarebbe ancora improprio parlare di "gerarchia" in quanto il genere, a questa data, è ancora l'unico fattore di rischio tutelato a livello comunitario.

²¹ C. FAVILLI, *La non discriminazione nell'Unione europea*, cit.

²² Il Trattato di Nizza, che modifica il trattato sull'Unione europea, i trattati che istituiscono le Comunità europee e alcuni atti connessi, è stato firmato a Nizza il 26 febbraio 2001 ed è entrato in vigore il 1° febbraio 2003.

²³ Il Trattato di Lisbona che modifica il trattato sull'Unione europea e il trattato che istituisce la Comunità europea, è stato firmato il 13 dicembre 2007 a Lisbona. Ad esso sono state apportate delle rettifiche: «Verbale di rettifica del trattato di Lisbona che modifica il trattato sull'Unione europea e il trattato che istituisce la Comunità europea, firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007».

europea (art. 5 e allegato del Trattato di Lisbona) e la nuova denominazione del «Trattato che istituisce la Comunità europea» in «Trattato sul funzionamento dell'Unione europea», in sigla TFUE (art. 2, punto 1, del Trattato di Lisbona).

Delle disposizioni richiamate, abrogato l'art. 2 che riconosceva, tra i compiti della Comunità, la promozione della parità tra uomini e donne, l'art. 3, par. 2 TCE, sul principio del *gender mainstreaming*, è divenuto art. 8 TFUE, senza sostanziali modifiche rispetto alla versione precedente²⁴. Anche l'art. 141 TCE, rinumerato in 157 TFUE, non ha subito modifiche rilevanti.

All'art. 13 TCE, che ora art. 19 TFUE, viene aggiunto un nuovo comma. Nel primo comma prevede, che il Consiglio, fatte salve le altre disposizioni dei trattati e nell'ambito delle competenze da essi conferite all'Unione, può prendere i provvedimenti opportuni per contrastare le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale. Si tratta di una procedura legislativa speciale, per la quale è richiesta l'unanimità degli Stati membri e che in linea di principio non permetterebbe al Parlamento di modificare il testo che il Consiglio intende adottare.

Nel secondo comma, viene introdotta una eccezione a questo paragrafo, per la quale il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono adottare i principi di base delle misure di incentivazione dell'Unione, ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri, destinate ad appoggiare le azioni degli Stati membri volte a contribuire alla realizzazione degli obiettivi di contrasto alle discriminazioni.

5. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea

Parallelamente, nel dicembre del 2000, viene approvata la Carta di Nizza²⁵, che nel declinare l'uguaglianza (insieme a dignità, libertà solidarietà, cittadinanza e giustizia), come principio fondamentale dell'ordinamento dell'Unione europea, dà atto del riconoscimento di numerosi fattori di rischio di discriminazione.

Infatti, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea richiama l'uguaglianza davanti alla legge (art. 20), quale diritto a non essere discriminati sulla base di caratteristiche soggettive costitutive dell'identità della persona (artt. 21 e 23) e come diritto a preservare la propria diversità culturale, religiosa e linguistica (art. 22).

Inoltre l'uguaglianza si esprime come garanzie sostanziali di libertà e di tutela sociale che devono accompagnare le diverse fasi della vita umana (art. 24, sui

²⁴ Articolo 8 (ex articolo 3, paragrafo 2, del TCE): «Nelle sue azioni l'Unione mira ad eliminare le ineguaglianze, nonché a promuovere la parità, tra uomini e donne».

²⁵ Con il completamento delle procedure di ratifica da parte degli Stati Membri, la Carta di Nizza è divenuta vincolante.

Per neutralizzare i dubbi sollevati circa la (non) innovatività della Carta, va ricordato come per stessa ammissione del Consiglio europeo, lo scopo di tale documento non era quello di innovare, ma al contrario di rendere esplicita e solenne l'affermazione di una serie di valori, nei limiti delle competenze e sulla scia di quanto affermato dalla Corte di Giustizia.

diritti del bambino e art. 25, sui diritti degli anziani), anche al fine di promuovere la piena partecipazione alla vita della comunità delle persone disabili (art. 26)²⁶.

6. La nuova legislazione antidiscriminatoria

Focalizzando l'attenzione sull'evoluzione degli atti di diritto derivato, il segnale rappresentato dall'introduzione dell'art. 13 TCE, con il riconoscimento, al Consiglio, dei poteri di adottare i provvedimenti opportuni per contrastare le discriminazioni trova una concretizzazione nell'anno 2000, che segna una svolta significativa.

Sulla base giuridica dell'art. 13 TCE²⁷ viene approvato un "pacchetto" di direttive che determina un ampliamento della tutela contro le discriminazioni e l'espansione del Diritto antidiscriminatorio al di fuori di quello che era stato l'ambito tradizionale, ovvero la parità fra uomini e donne nella materia giuslavoristica²⁸.

Queste direttive, definite "di seconda generazione" per contrapporle a quelle approvate negli anni '70, inaugurano una «nuova età dell'oro»²⁹ della legislazione antidiscriminatoria che si accompagna a parallele politiche di contrasto alle discriminazioni³⁰, anche mediante il riconoscimento di una tutela

²⁶ Cfr. O. POLLICINO, *Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario*, cit., 138 ss.

²⁷ E dell'art. 141 TCE, relativamente alle Direttive "Occupazione" e "Rifusione".

²⁸ O. POLLICINO, *Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario*, cit., 289 sottolinea come dalla nuova stagione del diritto antidiscriminatorio emerga una chiara valorizzazione del carattere emancipatorio e correttivo congenito al principio di non discriminazione.

Per una bibliografia cfr. in lingua italiana L. CALAFÀ e D. GOTTARDI, *Il diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa* (a cura di), Ediesse, Roma, 2009; M. BARBERA, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio* (a cura di), Milano, Giuffrè, 2007; C. FAVILLI, *La non discriminazione nell'Unione europea*, cit.; D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto*, cit.. M. BELL, *Anti-discrimination law and the European Union*, cit., E. ELLIS, *EU Anti-discrimination law*, cit., D. SCHIEK, L. WADDINGTON, M. BELL, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-discrimination law*, Hart Publishing, Portland, 2007; A. MCCOLGAN, *Discrimination Law*, Hart Publishing, Portland, 2005, in lingua inglese; B. RUDOLF, M. MAHLMANN, *Gleichbehandlungsrecht*, Nomos, 2007, in lingua tedesca.

²⁹ La definizione è di M. BARBERA, *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, in *DLRI*, 2003, 3-4, pag. 399.

³⁰ Sul tema cfr. recentemente S. BAER, M. HOEISEL (eds.), *Between Success and Disappointment. Gender Equality Policies in an Enlarged Europe*, Kleine Vaerlag, Bielefeld, 2008. Per citare gli atti maggiormente incisivi: Comunicazione della Commissione, del 30 ottobre 2003, Pari opportunità per le persone con disabilità: un Piano d'azione europeo, COM(2003)650, con la proclamazione dell'anno 2003 come anno europeo per la disabilità. Comunicazione della Commissione, del 28 novembre 2005, La situazione dei disabili nell'Unione europea allargata: piano d'azione europeo 2006-2007 (COM(2005)604). Libro verde della Commissione, del 28 maggio 2004, dal titolo « Uguaglianza e non discriminazione nell'Unione europea allargata» COM(2004)379. Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo «Agenda per la politica sociale» (COM(2000)379). La strategia di Lisbona (2000), "rilanciata" dalla Comunicazione al Consiglio europeo di primavera, del 2 febbraio 2005, dal titolo «Lavoriamo insieme per la crescita e l'occupazione. Un nuovo slancio per la strategia di Lisbona». COM(2005) 24, Decisione n. 771/2006/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 maggio 2006, che istituisce l'anno europeo delle pari opportunità per tutti (2007) — Verso una

per i fattori di rischio disabilità, età, orientamento sessuale, religione e convinzioni personali, riconosciuti dall'art. 13 TCE.

Il legislatore europeo, anche in risposta alle forti pressioni da più parti provenienti³¹, opta per una distinzione della tutela sulla base della diversità dei fattori di rischio.

Per il fattore razza, viene approvata la Direttiva 2000/43 (d'ora in avanti, Direttiva "Razza") che estende il proprio ambito di applicazione al di fuori della materia giuslavoristica, comprendendovi anche la protezione sociale, l'assistenza sociale, l'istruzione.

Con un brevissimo intervallo temporale, è introdotta la Direttiva 2000/78 (d'ora in avanti, Direttiva "Altri fattori"³²) sulla parità di trattamento in materia di

società giusta. Decisione del Consiglio, del 27 novembre 2000 (2000/750/CE), che istituisce un programma d'azione comunitario per combattere le discriminazioni (2001-2006). Decisione 2001/51/CE del Consiglio, del 20 dicembre 2000, che stabilisce un programma d'azione comunitario riguardante la strategia in materia di parità fra le donne e gli uomini (2001-2005), modificata dalla Decisione n. 1554/2005/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 settembre 2005 e la decisione n. 848/2004/CE che istituisce un programma d'azione comunitario per la promozione delle organizzazioni attive a livello europeo nel settore della parità tra donne e uomini. Si tratta del quinto programma che succede al terzo e al quarto relativi ai periodi 1991-1995 e 1996-2000. Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni - Una tabella di marcia per la parità fra le donne e gli uomini 2006-2010 COM(2006)92. Risoluzione del Consiglio e dei Ministri incaricati dell'occupazione e della politica sociale, riuniti in sede di Consiglio del 29 giugno 2000, che riguarda la partecipazione equilibrata delle donne e degli uomini all'attività professionale e alla vita familiare, C-218-05. COM (2001) 291, Risoluzione del Parlamento Europeo del 14 giugno 2006, sulla Strategia quadro per la non discriminazione e le pari opportunità per tutti. COM (2005) 224. Regolamento 1922/06 del 20 dicembre 2006 che istituisce un Istituto europeo per l'uguaglianza di genere. Non va sottovalutato infine l'impatto dei fondi strutturali, su cui S. NICCOLAI, *I rapporti di genere nella costruzione costituzionale europea* cit., 595 ss.

³¹ O. POLLICINO, *Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario*, cit., 289-295 ricorda come la rapida approvazione della Direttiva "Razza" abbia probabilmente avuto origine da un lato dall'imminente profilarsi del nuovo ingresso nell'Ue di 10 nuovi paesi, molti dei quali afflitti da fenomeni di razzismo e discriminazioni verso le minoranze etniche, dall'altro dalle vicende politiche che avevano visto la vittoria alle elezioni austriache del partito xenofobo di Heider e l'affermazione in altri paesi di partiti e movimenti apertamente ispirati a ideologie razziste e xenofobe. Su tale tema si veda D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto*, cit., 66 ss.

Sulla Direttiva "Razza" cfr. M. BELL, *Anti-discrimination law and the European Union*, cit., 54 ss.; D. GOTTARDI, *Le discriminazioni basate sulla razza e sull'origine etnica*, in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, (a cura di M. Barbera), Milano, Giuffrè, 2007, 1 ss; F. AMATO, *Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione. Riflessioni e prospettive per la realizzazione di una società multietnica*, in *LD*, 1, 2003..

³² Si precisa che alle direttive delle quali si tratterà più frequentemente sono stati volutamente assegnati nomi diversi rispetto a quelli cui la dottrina fa, di norma, riferimento. Le denominazioni in uso, anche nel panorama interno, derivano dalle traduzioni dei nomi degli atti comunitari, senza che sia possibile, sempre e automaticamente trarre, da questi, indicazioni sui contenuti dell'atto stesso.

Con l'intento di non appesantire la lettura a causa di continui riferimenti alla numerazione degli atti o ad una denominazione che non ne individua l'oggetto (inteso sia come ambito di applicazione, sia come fattore di rischio), quanto meno con immediatezza, si è quindi scelto di rinominare le Direttive antidiscriminatorie di seconda generazione.

occupazione e lavoro, per i fattori di rischio religione, convinzioni personali, disabilità, età, orientamento sessuale³³.

A due anni di distanza, sulla base giuridica dell'art. 141, viene approvata la 2002/73/CE (d'ora in avanti, Direttiva "Occupazione"), che modifica la 76/207/CEE, in tema di discriminazione sulla base del sesso nell'accesso al lavoro, nelle condizioni di lavoro e nella formazione professionale.

In realtà, la Direttiva "Occupazione" avrebbe dovuto essere, nelle intenzioni della Commissione, una modifica della 76/207 sulla parità fra donne e uomini, in adeguamento alle disposizioni del Trattato europeo e alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, in una sorta di "manutenzione" del patrimonio normativo e giurisprudenziale già esistente.

Tuttavia, il Parlamento, da un lato, e i gruppi di pressione operativi su tali temi a livello comunitario, dall'altro, insistevano perché tale direttiva fosse l'occasione per manifestare un segno forte della posizione preminente e del carattere trasversale che il principio di uguaglianza di genere aveva acquistato nel sistema giuridico europeo, grazie all'inclusione, agli articoli 2 e 3 del Trattato Ce, del perseguimento della parità fra donne e uomini fra i compiti generali della Comunità³⁴.

Il primo "prodotto" di questo confronto può essere considerato la Direttiva 2004/113/CE (d'ora in avanti, Direttiva "Beni e servizi" o "Servizi" o Direttiva) che attua il principio della parità di trattamento tra uomini e donne, nell'accesso e nella fornitura di beni e servizi³⁵.

L'altro approdo di tale tensione è rappresentato dalla Direttiva 2006/54/CE (d'ora in avanti, Direttiva "Rifusione"), riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di

Pertanto: per la Direttiva 2000/43, verrà mantenuta la denominazione tradizionale di Direttiva "Razza".

La Direttiva 2000/78, denominata *Framework Directive* o *Employment Framework* e, nella versione italiana, Direttiva Quadro, verrà definita Direttiva "Altri fattori" e la nuova Proposta di Direttiva COM(0426)2008, Proposta (o Proposta di direttiva) "Altri fattori-bis".

Le Direttive relative al genere sono state nominate sulla base dell'ambito di applicazione, senza riferimento al fattore di rischio.

Per cui la Direttiva 2002/73, detta *Equal Treatment Directive*, verrà indicata come Direttiva "Occupazione", mentre la Direttiva "Rifusione" (2006/54) mantiene la denominazione "tradizionale".

Infine, la Direttiva 2004/113 verrà indicata come Direttiva "Servizi" o "Beni e Servizi", nella consapevolezza che la denominazione di "Direttiva Servizi" è utilizzata in riferimento alla Direttiva 2006/123/CE, relativa ai servizi nel mercato interno.

Quanto meno nelle intenzioni, le denominazioni qui adottate, che fanno riferimento ai *ground* tutelati per le direttive non di genere e all'ambito di applicazione per quelle che riguardano la parità fra uomini e donne, dovrebbero agevolare l'immediato riferimento all'oggetto.

³³ Sulle discriminazioni basate su questi fattori, cfr. M. AIMO, *Le discriminazioni basate sulla religione e sulle convinzioni personali*, M. BARBERA, *Le discriminazioni basate sulla disabilità*, O. BONARDI, *Le discriminazioni basate sull'età*, L. CALAFÀ, *Le discriminazioni basate sull'orientamento sessuale*, nel volume *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, (a cura di M. Barbera), cit.

³⁴ L. GUAGLIONE, *Le discriminazioni basate sul genere*, cit., 247 ss.

³⁵ D. LA ROCCA, *Le discriminazioni nei contratti di scambio di beni e servizi*, in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, (a cura di M. Barbera), Milano, Giuffrè, 2007, 289 ss.

occupazione e impiego³⁶, il cui nome si spiega visti gli obiettivi e i contenuti di riordino e riorganizzazione-razionalizzazione della legislazione vigente in materia, alla luce delle indicazioni fornite dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. In essa rifluiscono, per chiarezza e per raggruppare in un unico testo le principali disposizioni in materia nonché alcuni sviluppi risultanti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, le direttive 75/117/CEE³⁷, 76/207/CEE³⁸ (così come modificata dalla Direttiva "Occupazione"), 86/378/CEE³⁹; la direttiva 97/80/CE⁴⁰.

Ma il percorso di espansione del diritto antidiscriminatorio di matrice comunitaria, qui brevemente tratteggiato, non può ancora dirsi concluso: ancora l'art. 13 costituisce la base giuridica per una proposta di direttiva recentemente approvata⁴¹, che amplia in maniera significativa la tutela dalle discriminazioni in relazione ai fattori diversi da razza e genere, già oggetto di regolamentazione con la Direttiva "Altri fattori", per la sola materia giuslavoristica.

La proposta di direttiva "Altri fattori-bis" estende la protezione dalle discriminazioni per i *ground* orientamento sessuale, età, disabilità, religione, convinzioni personali, ai settori dell'accesso e della fornitura di beni e servizi, all'istruzione, alla protezione sociale, ponendo le premesse per un ulteriore ampliamento della tutela dell'individuo.

7. La giurisprudenza della Corte di Giustizia europea

Nel percorso descritto, accanto all'introduzione di una nuova legislazione e all'adozione di politiche di contrasto alle discriminazioni, va riconosciuto un ruolo di primo piano anche alla giurisprudenza della Corte di Giustizia europea, che fin dalle prime pronunce ha impresso una forte accelerazione nell'affermare l'uguaglianza e la non discriminazione in una dimensione sociale e non esclusivamente economica, riconoscendole quale principi fondanti dell'ordinamento comunitario⁴² e come diritti umani fondamentali⁴³.

³⁶ La dir. 2006/54 allarga il proprio ambito di intervento oltre il principio di parità di trattamento nell'accesso al lavoro e raggruppa le direttive in materia di parità retributiva, parità di trattamento nei regimi di sicurezza sociale, lavoro, condizioni di lavoro, inversione dell'onere della prova, accesso e promozione della formazione professionale.

³⁷ Dir. 75/117/CEE del 10 febbraio 1975, per il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative all'applicazione del principio della parità delle retribuzioni tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile.

³⁸ Dir. 76/207/CEE del 9 febbraio 1976, relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro.

³⁹ Dir. 86/378/CEE del 24 luglio 1986, relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento tra gli uomini e le donne nel settore dei regimi professionali di sicurezza sociale, modificata dalla Dir. 96/97/CE.

⁴⁰ Dir. 97/80/CE del 15 dicembre 1997, riguardante l'onere della prova nei casi di discriminazione basata sul sesso, modificata dalla Dir. 98/52/CE. L. GUAGLIONE, *Le discriminazioni basate sul genere*, cit., 252 e 253. L'autrice richiama (in nota 15) la spiegazione della Comitato economico circa l'esclusione delle dir. 79/7, 86/613, 92/85, 96/34, 97/75 sulla base del diverso ambito di intervento.

⁴¹ COM(2008)0426.

⁴² Corte di Giustizia, sentenza 8 aprile 1976, *Defrenne*, causa 43/75, in Racc., 1976, p. 445, punti 7-15 e 38-39.

Dopo una prima fase di incertezza, la Corte di Lussemburgo ha di fatto colmato l'assenza nel Trattato di una clausola anti-discriminatoria⁴⁴: con una serie di pronunce "storiche" la CGE ha per molti versi anticipato e precorso gli orientamenti degli altri organismi della Comunità/Unione europea⁴⁵, orientandone e forzandone l'operato.

Sebbene il Trattato istitutivo offrisse una configurazione del principio di non discriminazione soltanto in funzione del raggiungimento degli obiettivi di integrazione economica, la Corte ne ha ampliato per via pretoria l'originario valore, estendendo, così, la protezione dei singoli⁴⁶.

Partendo, infatti, dalla parità retributiva e interpretando in maniera estensiva le disposizioni dell'art. 119 TCE, la Corte di Giustizia ha, innanzi tutto, incluso nel concetto di retribuzione qualsiasi tipo di vantaggio assegnato ai lavoratori⁴⁷, riconoscendo a questa disposizione efficacia diretta, verticale e orizzontale⁴⁸.

Dalla pronuncia *Defrenne*, la Corte di Giustizia ha poi mirato ad un'uguaglianza effettiva (sostanziale) e non meramente formale⁴⁹, sulla premessa che l'eliminazione di ogni discriminazione (di genere) fosse parte dei principi generali di cui deve garantire l'osservanza⁵⁰.

L'opera di progressiva estensione della tutela individuale attuata dalla Corte di Giustizia è ravvisabile nella stessa interpretazione della nozione di

⁴³ Corte di Giustizia, sentenza 15 giugno 1978, *Defrenne II*, causa 149/77, in Racc., 1978, p. 1365, punto 27.

⁴⁴ O. POLLICINO, *Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario*, cit., 11.

⁴⁵ O. POLLICINO, *Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario*, cit., 11 parla di interventi di *remaking* se non di vera e propria ristrutturazione da parte della Corte di Giustizia, che ha intrapreso un'opera di costituzionalizzazione dei Trattati per via giurisprudenziale, assumendo il ruolo di motore trainante del processo di integrazione europea e interprete delle nuove priorità ultra economiche che si sono affiancate a quelle economiche. Secondo l'autore, l'attivismo della Corte è stato direttamente proporzionale all'inerzia legislativa comunitaria da parte degli Stati membri riuniti nel Consiglio delle Comunità europee.

⁴⁶ Gli effetti della giurisprudenza comunitaria emergeranno anche attraverso il "recepimento" delle numerose nozioni e definizioni da questa coniate ad opera delle Direttive antidiscriminatorie e, di rimando, degli ordinamenti nazionali.

⁴⁷ Corte di Giustizia, sentenza 9 febbraio 1982, *Garland*, causa 12/81, in Racc., 1982, p. I-359; sentenza 17 maggio 1990, *Barber*, causa 262/88, in Racc., 1989, p. I-1889; sentenza 28 settembre 1994, *Corollor Pension Trustees LTD*, C-200/91, in Racc., 1994, p. I-4389; sentenza 7 marzo 1996 *Frees & Speckmann*, C-278/93, in Racc., 1996, p. I-1165; sentenza 9 febbraio 1999, *Seymour-Smith*, in Racc., 1999, p. I-623;

⁴⁸ Corte di Giustizia, sentenza 8 aprile 1976, *Defrenne*, causa 43/75, in Racc., 1976, p. 445, punti 38-39. La Corte affermò che le previsioni ex art. 119 potevano avere effetto diretto orizzontale, pure se in contrasto con il tenore letterale della disposizione.

Sugli effetti diretti orizzontali dei divieti di discriminazione cfr. C. FAVILLI, *La non discriminazione nell'Unione europea*, cit., pp. 92 ss.

⁴⁹ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza del 26 giugno 2001, *Brunnhofner*, C-381/99, in Racc., 2001, I-4961; sentenza 25 luglio 1991, C-345/89, *Stoeckel*, in Racc., 1991, I-4047; 3 febbraio 1994, C-13/93, *Minne*, in Racc., 1994, I-00371; sentenza 11 gennaio 2000, causa C-285/98, *Kreil*, in Racc., 2000, I-69; sentenza del 15 maggio 1986, causa *Johnston*, C-222/84; sentenza 5 maggio 1994, *Habermann-Beltermann*, C-421/92, in Racc., 1994, I-01657; sentenza 14 luglio 1994, *Webb*, C-32/93, in Racc., 1994, I-3567; *Kalanke*, C-450/93.

⁵⁰ S. NICCOLAI, *I rapporti di genere nella costruzione costituzionale europea*, cit., 595 ss.

discriminazione fondata sul “sesso”, sia pure con alcuni limiti⁵¹. Infatti, anche se la tutela dalle discriminazioni sulla base del sesso era stata introdotta come protezione delle lavoratrici, la Corte l’ha estesa alla tutela delle discriminazioni a danno del sesso maschile⁵², alle discriminazioni subite a causa della maternità e della gravidanza⁵³ ed a quelle patite in conseguenza del mutamento di sesso⁵⁴, non invece per quelle fondate sull’orientamento sessuale⁵⁵.

Sempre alla giurisprudenza, come conseguenza dell’interpretazione estensiva della tutela antidiscriminatoria, si deve l’elaborazione della nozione di discriminazione indiretta (poi “raccolta” dalle Direttive antidiscriminatorie, in particolare per prima dalla direttiva 97/80, art. 2) sconosciuta all’art. 119 TCE e formulata come situazione che ricorre qualora l’applicazione di una misura nazionale, se pure formulata in termini neutri, pregiudichi in una proporzione più

⁵¹ Nei termini di riconoscimento della disparità di trattamento fra lavoratori part-time e lavoratori a tempo pieno come discriminazione fondata sul sesso, cfr. Corte di Giustizia, sentenza 6 dicembre 2007, *Ursula Voß*, C-300/06, in Racc., 2007, p. I-10573, punto 37 e sentenza 37 maggio 2004, *Elsner-Lakeberg*, C-285/02, in Racc., 2004, p. I-209.

In senso contrario, cfr. Corte di Giustizia, sentenza 15 dicembre 1994, *Helmig*, cause riunite C-399/91, C-409/92, C-425/92, C-34/93, C-50/93, C-78/93, in Racc., 1994, p. I-5727, punto 23. Analogamente Corte di Giustizia, sentenza 11 maggio 1999, *Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse c. Wiener Gebietskrankenkasse*, C-309/97, in Racc., 1999, p. 2865, punto 19; sentenza 12 ottobre 2004, *Wippel*, C-313/02, in Racc., 2004, p. I-9483, punti 61-65.

Cfr. pure sentenza 7 dicembre 2000, causa C-79/99, *Schnorbus*, in Racc., I-10997, in cui ha negato che fosse discriminatoria la normativa che riservava alcuni benefici ai candidati che avevano effettuato il servizio militare, riservato ai soli uomini.

⁵² Corte di Giustizia, sentenza 29 novembre 2001 *Joseph Griesmar*, C-366/99, in Racc., 2001, p. I-9383; sentenza 13 dicembre 2001, *Henri Muflin*, C-206/00, in Racc., 2001, p. I-10201; sentenza 19 marzo 2002, *H. Lommers*, C-476/99, in Racc., 2002, p. I-2891; sentenza 21 luglio 2005, *Vergani*, C-207/04, in Racc., 2005, p. I-7453; sentenza 13 novembre 2008, *Commissione c. Italia*, C-46/07, in Racc., 2008, I-151.

⁵³ Il rifiuto di assunzione di una donna incinta configura una discriminazione direttamente fondata sul sesso, in quanto il criterio della gravidanza è suscettibile di riguardare soltanto uno dei due sessi. Corte di Giustizia, sentenza 8 novembre 1990, *Dekker*, C-177/88, in Racc., 1990, p. 3941, punto 12; sentenza 14 luglio 1994, *Webb*, C-32/93, in Racc., 1993, p. I-3567; sentenza 30 aprile 1998, *Thibault*, C-136/95, in Racc., 1998, 1998, p. I-2001, punto 31. Relativamente ad un caso di una donna sottoposta a fecondazione in vitro, Corte di Giustizia, sentenza 26 febbraio 2008, *Mayr*, C-506/06, in Racc., 2008, I-1017.

⁵⁴ Corte di Giustizia, sentenza 30 aprile 1996, *P.c.S.*, C-13/94, in Racc., 1996, p. I-2143; sentenza 7 gennaio 2004, *K.B. c. National Health Service Pensions Agency, Secretary of State for Health*, C-117/01, in Racc., 2004, p. I-541; sentenza 27 aprile 2006, *Sarah Margaret Richards c. Secretary of State for Work and Pensions*, C-423/04, in Racc., 2006, p. I-3585.

⁵⁵ Corte di Giustizia, sentenza 17 febbraio 1998, *Grant*, C-249/96, in Racc., 1998, p. I-621; sentenza 31 maggio 2001 (cause riunite n. C-122/99 P e n. C-125/99 P) nel caso *D. e Regno di Svezia c. Consiglio*, in Racc., I-2885.

Sulle motivazioni di tale posizione che sembra in apparente contraddizione con l’interpretazione espansiva, si vedano D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto*, cit., 232 e O. POLLICINO, *Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario*, cit., che ricordano come dalle conclusioni dell’avv. Generale emergesse la preoccupazione circa gli effetti che un’apertura a favore degli omosessuali avrebbe comportato, anche considerando che mentre il numero dei transessuali è assai ridotto, quello delle persone omosessuali, risulta significativo.

ampia⁵⁶, numericamente o in percentuale⁵⁷, le donne rispetto agli uomini, o in ogni caso un sesso rispetto all'altro⁵⁸, salvo che l'adozione della misura in questione non risulti giustificata da ragioni obiettive non connesse al sesso⁵⁹.

⁵⁶ Corte di Giustizia, sentenza 13 maggio 1986, *Bilka*, causa 170/84, in Racc., 1986, p. 1607. O. POLLICINO, *Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario*, cit., 42.

⁵⁷ Corte di Giustizia, sentenza 31 marzo 1981, *Jenkins*, causa 96/80, in Racc., 1981, p. 911; sentenza 13 luglio 1989, *Rinner-Kühn*, causa 171/88, in Racc., 1989, p. 2743.

Circa la valutazione della pertinenza e congruità dei dati statistici che, a parere della Corte di Giustizia, spetta al giudice nazionale, cfr. Corte di Giustizia, sentenza 27 ottobre 1993, *Enderby*, C-127/92, in Racc., 1993, p. I-5535, punto 17; sentenza 9 febbraio 1999, *Seymour-Smith*, in Racc., 1999, p. I-623.

⁵⁸ Nei termini della configurazione della disparità di trattamento fra lavoratori part-time e lavoratori a tempo pieno, come discriminazione indiretta cfr. Corte di Giustizia, sentenza 6 dicembre 2007, *Ursula Voß*, C-300/06, in Racc., 2007, p. I-10573, punto 37 e sentenza 37 maggio 2004, *Elsner-Lakeberg*, C-285/02, in Racc., 2004, p. I-209.

⁵⁹ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 15 maggio 1989, *Johnston*, causa 222/84; sentenza 8 novembre 1983, *Commissione c. Regno Unito*, causa 165/82, in Racc., 1983, p. 3431 (in relazione alla professione di ostetrica); sentenza 30 giugno 1988, *Commissione c. Francia*, causa 318/86, in Racc., 1988, p. 3559 (limitazione relativa alla presenza di uomini nelle prigioni femminili e alla presenza di donne in quelle maschili); in relazione alla proporzionalità e giustificatazza nella limitazione della presenza di donne nelle forze armate cfr. sentenza 26 ottobre 1999, *Sirdar*, C-273/97, in Racc., 1999, p. I-7403; sentenza 11 gennaio 2000, *Kreil*, C-285/98, in Racc., 2000, p. I-69; sentenza 11 marzo 2003, *Dory*, C-186/01, in Racc., 2001, p. I-7823, punti 40-41; sentenza 8 novembre 1990, *E.J.P. Dekker c. Stichting Vormingscentrum Voor Jong Volwassenen Plus*, C-177/88, Racc., 1990, p. 3941, punto 13.

Altra questione rilevante ai fini della disparità di trattamento è quella della diversa età di pensionamento che, ammissibile, deve però essere interpretata in termini restrittivi. Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 30 marzo 1993, *Thomas*, C-328/91, in Racc., 1993, p. I-1247; sentenza 19 ottobre 1995, *Richardson*, C-137/94, in Racc., 1995, p. I-3407; sentenza 4 marzo 2004, *Haakert*, C-303/02, in Racc., 2004, p. I-2195; sentenza 13 novembre 2008, *Commissione c. Italia*, C-46/07, in Racc., 2008, I-151; accertata discriminatorietà: sentenza 1 luglio 1993, *Van Cant*, C-154/92, in Racc., 1993, p. I-3811; sentenza 21 luglio 2005, *Vergani*, C-207/05, in Racc., 2005, p. I-7453, punto 33 relativa all'incentivo all'esodo. Per la legittimità della differente indennità al lavoratore che interrompe per gravi motivi, rispetto alla lavoratrice che interrompe per dedicarsi alla cura cfr. Corte di Giustizia, sentenza 14 settembre 1999, *Gruber*, C-249/97, in Racc., 1999, p. 5295.

Sulla giustificabilità di una prassi potenzialmente discriminatoria in quanto idonea e necessaria al raggiungimento di un obiettivo legittimo di impresa cfr. Corte di Giustizia, sentenza 13 maggio 1986, *Bilka*, causa 170/84, in Racc., 1986, p. 1607, punti 30 e 36; sentenza 17 ottobre 1989, C-109/88, in Racc., 1989, p. 3199, punti 17-24; sentenza 7 febbraio 1991, *Nimz*, C-184/89, in Racc., 1991, p. I-297, punto 14; sentenza, 2 ottobre 1997, *Kording*, C-100/95, in Racc., 1991, p. 5289, punto 23; sentenza 3 ottobre 1997, *Gerster*, C-1/95, in Racc., 1997, 1997, p. I-5253, punto 39; sentenza 17 ottobre 1989, *Danfoss*, C-109/88, in Racc., 1989, 3199; sentenza 13 luglio 1989, *Rinner-Kühn*, C-171/88, in Racc., 1989, p. 2746, punto 14; sentenza 9 settembre 1999, *Krüger*, C-281/97, in Racc., 1999, p. 5127; sentenza 3 ottobre 2006, *Cadman*, C-17/05, in Racc., 2006, p. I-9583, punto 40; sentenza 9 febbraio 1999, *Seymour-Smith*, in Racc., 1999, p. I-623; sentenza 26 settembre 2000, *Bärbel Kachelmann*, C-322/98, in Racc., 2000, p. I-7505; sentenza 20 marzo 2003, *Helga Kutz-Bauer*, C-187/00, in Racc., 2003, p. I-2741; sentenza 17 giugno 1998, *Hill*, C-243/95, in Racc., 1998, p. I 3739; sentenza 11 giugno 1987, *Teuling*, causa 30/85, in Racc., 1987, p. 2497; sentenza 27 giugno 1990, *Kovalska*, C-33/89, in Racc., 1990, pp. I-2591 ss., punto 19. O. POLLICINO, *Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario, un profilo giurisprudenziale alla ricerca del nucleo duro del new legal order*, cit., 42-3.

Nel giudizio volto all'accertamento della discriminazione è interessante richiamare, la progressiva perdita di centralità della comparazione che veniva in precedenza operata fra la situazione della presunta vittima e quella di un soggetto individuato come "normale"⁶⁰.

Infatti, le pronunce della Corte di giustizia lasciano emergere una prospettiva che prescinde dal raffronto fra chi assuma di essere discriminato ed un soggetto terzo; come si vedrà a breve, questa astrazione dal giudizio di comparazione viene "tradotta" nelle direttive (attraverso la locuzione «*sarebbe stato*»)⁶¹, ammettendo la possibilità che il soggetto con cui effettuare la comparazione, sia meramente astratto⁶².

Va poi richiamata la giurisprudenza che ha precluso il conseguimento dell'obiettivo di parità, attraverso una riduzione della tutela riconosciuta ad alcuni lavoratori.

Come ricordato dalla Corte di Giustizia, l'art. 119 (poi 141, ora 157 TFUE), disposizione finalizzata al progresso sociale dell'Unione, non può essere attuato nel senso di un livellamento verso il basso dei trattamenti differenziati, rimanendo la sola possibilità di riconoscere, alle persone che rientrano nella categoria sfavorita, gli stessi vantaggi di cui fruiscono gli individui della categoria favorita⁶³.

Infine, quanto all'elemento psicologico della discriminazione, ancora alla Corte di Giustizia si deve l'affermazione circa l'irrelevanza dell'intento discriminatorio da parte dell'autore⁶⁴, dovendosi valutare soltanto l'effetto che un comportamento viene a determinare nei confronti della vittima della discriminazione.

⁶⁰ Su questo spunto che rappresenta il nucleo dello "scontro" fra diritto antidiscriminatorio e antisubordinazione, si tornerà in sede di conclusioni; cfr. paragrafo 7 del Capitolo sesto.

⁶¹ Specificamente su questo aspetto cfr. paragrafo successivo.

⁶² Corte di Giustizia, sentenza 14 luglio 1994, causa C-32/93, *Webb*, in Racc., I-3267, secondo cui la gravidanza è connaturata all'essere donna, essendo una delle modalità attraverso cui si estrinseca l'identità della donna; posto l'inquadramento della gravidanza come tratto identitario, la mancata considerazione di questa differenza identitaria determina una lesione della dignità della donna e consente di dire che è discriminata pure in assenza del soggetto con cui compararla. Risulterebbe scorretto individuare il compratore in un soggetto di sesso maschile in stato di malattia. Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 30 giugno 1998, *Rentokil Ltd*, C-394/96, in Racc., 1998, p. 4185, riguardo alla non equiparabilità dello stato di malattia conseguente ad una gravidanza, allo stato di gravidanza. Sul punto C. FAVILLI, *La non discriminazione nell'Unione europea*, cit., pp. 122 ss. ricorda come la Corte laddove possibile abbia invece fatto ricorso alla comparazione.

⁶³ Corte di Giustizia, sentenza 15 giugno 1978, *Defrenne II*, causa 149/77, in Racc., 1978, p. 1365, punto 27; sentenza 28 settembre 1994, *Corollor Pension Trustees LTD*, C-200/91, in Racc., 1994, p. I-4389; sentenza 31 giugno 2007, *Office national des pensions contro Emilienne Jonkman (C-231/06) e Hélène Vercheval (C-232/06) e Noëlle Permesaen contro Office national des pensions (C-233/06)*, in Racc., 2007, p. I- 5149; sentenza 27 giugno 1990, *Kovalska*, C-33/89, in Racc., 1990, pp. I-2591 ss., punto 20.

⁶⁴ Corte di Giustizia, sentenza 8 novembre 1990, *E.J.P. Dekker c. Stichting Vormingscentrum Voor Jong Volwassenen Plus*, C-177/88, Racc., 1990, p. 3941, punto 12. e sentenza 11 marzo 1981, *Susan Jane Worringham and Margaret Humphreys v Lloyds Bank Limited*, Causa C-69/80, Racc., 1981, I-767 in cui la CGCE ha affermato come sia da ritenersi sufficiente, ai fini della configurazione di una discriminazione, l'effetto e il fatto che esso sia casualmente riconducibile ad un fattore espresso di discriminazione.

8. Le caratteristiche delle direttive antidiscriminatorie di seconda generazione

L'esposizione sopra offerta del percorso compiuto nella costruzione del diritto antidiscriminatorio suggerisce una messa a fuoco delle principali caratteristiche delle Direttive di seconda generazione⁶⁵.

Innanzitutto, si è progressivamente assistito ad un allargamento di tipo universalistico della tutela antidiscriminatoria: il divieto "comunitario" di discriminazione, che inizialmente aveva ad oggetto i soli fattori "sesso" e "nazionalità", si è esteso fino ad includere, a partire dall'anno 2000, i "nuovi" *ground* (razza e origine etnica, disabilità, età, religione, orientamento sessuale). In secondo luogo, si è profondamente modificato il ruolo dei giudici cui in passato veniva chiesto di pronunciarsi mediante un giudizio di tipo comparativo senza indagare la "giustizia" e la congruità, in termini assoluti, delle scelte compiute dai decisori pubblici o privati. In quanto profondamente collegata alle strutture della società, la discriminazione impone un continuo adeguamento del sistema normativo antidiscriminatorio chiamato a disciplinarla; il giudice viene così individuato come il soggetto istituzionale più idoneo nel tentativo di decodificare gli impulsi provenienti dal sociale e filtrare questi ultimi con gli strumenti offerti dal diritto e il suo ruolo appare per ciò (potenzialmente) creativo⁶⁶.

In terzo luogo, un elemento di novità risiede nell'aver tramutato diritti principalmente a contenuto negativo in diritti a contenuto positivo, laddove vengano in rilievo diritti sociali (si pensi all'obbligo di adottare soluzioni ragionevoli che adattino l'ambiente e le condizioni di lavoro alle persone disabili⁶⁷).

Inoltre, da un concetto di uguaglianza formale o procedurale che poteva essere ristabilita sia con l'innalzamento del trattamento peggiore verso il livello più alto, sia con un livellamento verso il basso, si è passati ad un'uguaglianza di opportunità attraverso le azioni positive⁶⁸.

Percorrendo i binari tracciati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, la lettura della normativa antidiscriminatoria come tutela della dignità umana, intesa come valore assoluto, porta con sé, sia pure implicitamente, la preclusione del livellamento verso il basso del trattamento migliore, lasciando aperta la sola opzione di un ampliamento della tutela.

Infine, vengono a coesistere una pluralità di nozioni di discriminazioni, dal momento che il legislatore comunitario individua diverse situazioni come lesioni

⁶⁵ Su cui cfr. paragrafo 6 del presente Capitolo.

⁶⁶ D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto*, cit., 50 ss.

⁶⁷ Artt. 2 e 5 dir. 2000/78. M. BARBERA, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità*, cit., 77 ss.

⁶⁸ Corte di Giustizia, sentenza 17 ottobre 1995, *Kalanke*, C-450/93, in Racc., 1993, p. I-3051, a seguito della quale la Commissione ha approvato una Comunicazione COM(1996)88 sull'interpretazione della sentenza della Corte di Giustizia emessa il 17 ottobre 1995 nella causa C-450/93, *Kalanke c/Freie Hansestadt Bremen*; sentenza 11 novembre 1997, in causa C-409/95, *Hellmut Marschall c. Land Nordrhein-Westfalia*, in Racc., 1997, I-6363; sentenza 20 marzo 2000, *Badeck*, C-158/97, in Racc., 2000, p. I-1875; sentenza *Abrahamsson*, C-407/98, in Racc., 2000, p. I-5539.

della parità di trattamento: discriminazione diretta e indiretta, molestie e molestie sessuali, ordine di discriminare⁶⁹.

Da ultimo, ereditando le posizioni della Corte di Giustizia⁷⁰, viene meno l'elemento della comparazione, che assume carattere eventuale⁷¹: ad esempio, le molestie sono definite come la violazione del diritto a non essere intimiditi, offesi, degradati, umiliati, così come la discriminazione indiretta ammette un confronto con un elemento di comparazione astratto e la possibilità che il pregiudizio stesso sia astratto e potenziale⁷².

9. L'evoluzione della nozione di discriminazione

I caratteri propri delle Direttive di seconda generazione sopra esemplati hanno marcato, su impulso della Corte di Giustizia delle Comunità europee di cui hanno raccolto e fatto proprie le indicazioni, l'evoluzione della nozione, o meglio delle nozioni, di discriminazione, rendendo opportuno metterne a fuoco i principali tratti distintivi.

Sebbene il concetto di discriminazione nasca come un concetto di tipo relazionale, proponendo un confronto fra soggetti che rappresentano la "norma" e soggetti svantaggiati⁷³, la nozione di discriminazione positivizzata dalle direttive comunitarie viene a ricomprendere anche situazioni in cui il raffronto con altre posizioni non si presenta più come elemento necessario della fattispecie: esempio ne sono le molestie e le molestie sessuali⁷⁴, inquadrate come una violazione della dignità umana della persona⁷⁵, intesa quale diritto assoluto, universale⁷⁶.

⁶⁹ Di queste nozioni viene offerto un approfondimento al paragrafo 5 del Capitolo sesto.

⁷⁰ Su cui cfr. paragrafo precedente.

⁷¹ M. BARBERA, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità*, cit., XXXII sottolinea come «mentre la tutela antidiscriminatoria è in essenza una tutela di tipo relativo e condizionato, che si attiva cioè solo in relazione alla posizione di un altro soggetto cui comparare la propria situazione, in certi casi la protezione accordata dalla nuova normativa comunitaria prescinde da una comparazione. Taluni dei diritti a cui le nuove direttive comunitarie danno origine, di conseguenza, sembrano perdere la natura di diritti comparativi e porsi come diritti di natura assoluta». Cfr. anche pag. XXX, IV.

⁷² Attraverso l'utilizzo della locuzione *possono mettere*.

⁷³ Cfr. nota 60 del presente lavoro.

⁷⁴ D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto*, cit., 66 ss.; M. BARBERA, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità*, cit., XXXV.

⁷⁵ A proposito della concettualizzazione delle molestie sessuali come violazione della dignità o dell'uguaglianza cfr. K. ZIPPEL, *The politics of sexual harassment: A Comparative Study of the United States, the European Union, and Germany*, Cambridge University Press, 2006, 220; S. BAER, *Dignity or Equality? Responses to Workplace Harassment in European, German and US Law*, in MacKinnon, Catharine A./Siegel, Reva (eds.), *Directions in Sexual Harassment Law*, New Haven 2003, 582 ss. Cfr. D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto*, cit., 72, secondo cui il principio di non discriminazione trova fondamento nella tutela della dignità; l'autore richiama Pace, secondo cui la dignità coincide con l'onore. Cfr. paragrafo 5.3, Capitolo sesto.

⁷⁶ Il diritto all'uguaglianza e alla protezione contro le discriminazioni quale diritto universale, inserito nei considerando delle Direttive "Razza", "Altri fattori", "Occupazione", non è presente nei considerando della "Rifusione".

In questo senso, è stato sottolineato che il legislatore comunitario ha inteso tracciare un percorso in cui, ogni qualvolta sia in gioco la violazione della dignità umana, non si renda necessario alcun confronto⁷⁷.

La discriminazione diretta viene individuata nella situazione in cui la differenza di trattamento appare esplicitamente riconducibile, secondo un nesso di natura causale, al possesso da parte della vittima della discriminazione di alcune qualità soggettive, previste e tutelate dal legislatore. Peraltro, qualificare una discriminazione come diretta non significa necessariamente richiedere che la stessa sia manifesta, posto che i processi mentali e sociali che spingono a tenere comportamenti discriminatori possono anche agire anche a un livello inconscio⁷⁸.

La nozione di discriminazione che ne deriva, raccogliendo le indicazioni della Corte di Giustizia, supera la visione tradizionale propria della tutela antidiscriminatoria che presupponeva un soggetto reale (che incarna la "normalità") a cui la presunta vittima della disuguaglianza deve comparare la propria situazione⁷⁹. Il giudizio comparativo, che pure viene richiamato, non presuppone necessariamente un individuo reale, ma può essere effettuato con soggetti ipotetici o essere non contestuale. Per la configurazione della discriminazione indiretta, la dimostrazione viene ad essere incentrata sul fatto che «una disposizione, un criterio o una prassi siano astrattamente idonei a mettere le persone appartenenti ai gruppi tutelati in una posizione di particolare svantaggio».

Non è necessario quindi aver patito un pregiudizio concreto e attuale, né prendere in considerazione il gruppo potenzialmente svantaggiato, ma può essere sufficiente guardare solo alla situazione dei singoli individui, mediante una valutazione di tipo induttivo. L'uso di dati statistici nei casi di discriminazione non consente solo di agevolare l'onere probatorio della parte ricorrente, ma denota anche l'adesione ad una certa visione della discriminazione, centrata sul gruppo, e porta a una obbiettivizzazione del giudizio⁸⁰.

Infine, nella configurazione della discriminazione viene meno anche l'intento come elemento costitutivo, rilevando soltanto l'effetto del pregiudizio (che può essere anch'esso reale o astratto).

10. Una conclusione di avvio

Il percorso brevemente tracciato ripercorre le principali tappe che a partire dall'art. 119 del Trattato CE, unica disposizione a carattere cogente che statuisce il principio della parità retributiva tra donne e uomini, hanno progressivamente

⁷⁷ M. BARBERA, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità*, cit., XXXVI rinviene l'origine di tali sviluppi nell'affermarsi «anche nel diritto comunitario, della dignità umana come valore dotato di significato normativo e allo spostamento del baricentro della tutela antidiscriminatoria dall'eguaglianza alla differenza» e nello sviluppo delle "teorie della differenza".

⁷⁸ D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto*, cit., 258.

⁷⁹ Specificamente sul giudizio di comparazione C. FAVILLI, *La non discriminazione nell'Unione europea*, cit., 107 ss.

⁸⁰ M. BARBERA, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità*, cit., XXXIII.

determinato la costruzione del *corpus* normativo che va sotto il nome di Diritto antidiscriminatorio.

Il sesso, poi ridefinito quale genere⁸¹, ha rappresentato l'archetipo, il modello, il precedente storico sulla base del quale sono state coniate le discipline e la tutela degli altri *ground*.

Con le Direttive "Razza", prima, e "Servizi", poi, la tutela antidiscriminatoria è uscita dai confini del genere in ambito giuslavoristico, inaugurando una nuova stagione del diritto antidiscriminatorio, non ancora conclusa⁸²: il divieto di discriminazione, attraverso le modifiche sopra tratteggiate, si è allargato ad ambiti che vanno dalle differenze ascritte o immutabili (razza o età) alle differenze scelte (religione o convinzioni personali⁸³), tanto da potersi affermare la tendenza verso una tutela di tipo universalistico⁸⁴.

Inoltre, in precedenza l'esenzione dal principio di non discriminazione poteva applicarsi a intere categorie di individui, che dovevano essere definite e previamente individuate dal legislatore. Al contrario, nel nuovo diritto antidiscriminatorio, la tendenza sembra essere quella di prevedere una formula antidiscriminatoria generale e astratta, che garantisca all'individuo una tutela universalistica e che, caso per caso, possa eventualmente essere concretizzata dal legislatore⁸⁵.

Alla luce di tali premesse vanno proposti alcuni interrogativi ai quali si tenterà di proporre delle risposte nel presente lavoro.

Il legislatore europeo ha sempre mantenuto distinta la normativa relativa al genere rispetto a quella che investe gli altri fattori di rischio, dando quindi l'impressione di volere riconoscere alla tutela del genere un valore trasversale e una sua specificità.

Tuttavia, l'introduzione di una tutela più ampia, per il fattore razza e origine etnica, quanto ad ambito oggettivo di applicazione, potrebbe mettere in discussione quella che è stata definita una "gerarchia" dell'uguaglianza⁸⁶, che

⁸¹ In prima battuta, si consideri che il termine sesso, connota la distinzione biologica fra uomini e donne, mentre il genere si riferisce alla costruzione culturale e sociale, propria dell'essere uomini o donne, in una determinata epoca, in una determinata società.

Sulla distinzione sesso/genere, cfr. paragrafi 9.4 del Capitolo secondo e 3.5 del Capitolo Terzo.

⁸² Il 2 aprile 2009 è stata approvata la COM(2008)0426. «Sebbene alcuni Stati membri si siano spinti al di là delle attuali direttive e garantiscano lo stesso livello di protezione contro tutti tipi di discriminazione, è necessario garantire una certa coerenza in questo settore in tutta l'Europa. Soltanto una direttiva europea può fornire un tale quadro omogeneo. La mancanza di una tutela uniforme può indurre le persone a studiare o lavorare in un altro Stato membro o incidere sulla loro scelta di viaggiare in tale Stato e utilizzarne i servizi. La consultazione del gruppo pilota di imprese europee rivela che molte imprese ritengono che la presenza di diversi livelli di tutela negli Stati membri dell'UE contro le discriminazioni (in termini di accesso ai beni, ai servizi e agli alloggi) fondate sull'età, gli handicap, la religione o le tendenze sessuali abbia un'incidenza rilevante (63%). Il 26% delle imprese ritiene che una differenza nel livello di tutela inciderebbe sulla loro capacità di operare in un altro Stato membro. La giustificazione della nuova iniziativa è che il livello di tutela contro le discriminazioni fondate sulla religione o le convinzioni personali, l'età, gli handicap o le tendenze sessuali sia minore rispetto alle discriminazioni fondate sulla razza».

⁸³ M. BARBERA, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità*, cit.

⁸⁴ Cfr. la proposta di direttiva COM(0426)2008.

⁸⁵ D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto*, cit., 261.

⁸⁶ Su tale questione, cfr. paragrafo 6 e 7 del Sesto capitolo.

tracciava una tutela forte per il genere⁸⁷ e debole e frammentata per gli altri *ground*.

In parte riallineando la tutela per il genere con la Direttiva 2004/113, relativamente però alla sola materia dell'accesso e della fornitura a beni e servizi, il percorso verso una protezione universalistica dell'individuo sta proseguendo con una nuova proposta di direttiva (Proposta di direttiva "Altri fattori-*bis*"), che riprende l'ambito oggettivo di tutela predisposto con la Direttiva "Razza", in relazione ai fattori diversi da razza e genere.

Con l'approvazione di questo atto, il genere verrebbe ad essere il fattore con un minore ambito oggettivo di protezione rispetto agli altri *ground*, sembrando scomporsi la "gerarchia" preesistente fra i diversi fattori di rischio⁸⁸.

A tale proposito, è interessante verificare se l'aver traslato nozioni e principi originariamente previsti per la tutela del genere, verso gli altri fattori di rischio possa aver determinato un appiattimento o addirittura uno snaturamento della sua specificità⁸⁹.

Ciò che è indubbio è che il diritto antidiscriminatorio, terreno in continua evoluzione, ha rappresentato un elemento centrale dell'integrazione europea dai suoi primi passi.

La creazione a livello europeo di un solido *corpus* normativo in materia di discriminazione di genere ha portato con sé la costruzione e l'introduzione di analoghe previsioni per gli altri *ground*, determinando così un ampliamento della tutela dell'individuo.

Grazie al processo osmotico fra diritto comunitario e diritti nazionali, l'ampliamento della tutela anche agli altri *ground*, il cui primo *step* è rappresentato dalla Direttiva "Razza", ha ridonato i propri effetti sui sistemi nazionali che hanno dovuto conformarsi alla legislazione comunitaria.

È innegabile, tuttavia, che permangano, soprattutto in alcuni paesi, *gap* significativi fra i requisiti richiesti dalle direttive europee e quanto applicato nelle legislazioni e nelle prassi giudiziarie.

Ad ogni modo, per quanto incomplete e imperfette siano state le riforme introdotte nei sistemi nazionali, va riconosciuto, da parte dei paesi membri, uno sforzo di riforma nel senso indicato dalle direttive comunitarie, che hanno, per tale via, contribuito alla costruzione, in alcuni casi, e alla ristrutturazione, in altri, del sistema dei diritti antidiscriminatori nazionali⁹⁰.

⁸⁷ In realtà nella citata gerarchia, anche per il fattore cittadinanza emergeva una tutela forte e consolidata a livello europeo. Di tale fattore, non si tratterà nel presente lavoro. Si rinvia alla letteratura in materia: *inter alia*, cfr. A. MARAZZI, *La non discriminazione dei lavoratori fondata sulla nazionalità nella C.E.E.*, Cedam, Padova, 1964 e da ultimo C. FAVILLI, *La non discriminazione nell'Unione europea*, cit..

⁸⁸ D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto*, cit., 250

⁸⁹ Cfr. L. GUAGLIONE, *Le discriminazioni basate sul genere*, cit., 284. Cfr. F. AMATO, M. BARBERA, L. CALAFÀ, *Codificazioni mancate: riflessioni critiche sul codice delle pari opportunità*, in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, (a cura di M. Barbera), Milano, Giuffrè, 2007, 229. Secondo gli autori i differenti strumenti di tutela riflettono la specificità degli obiettivi che il contrasto alle discriminazioni di genere ha rispetto alla lotta contro le altre disuguaglianze sociali.

⁹⁰ Com'è ovvio, il grado di influenza risulta diverso a seconda di alcune variabili, la prima delle quali è rappresentata da una preesistente (e stratificata) tradizione giuridica antidiscriminatoria. Tuttavia, pur essendo stato molto forte l'influsso di trasformazione relativamente a quegli stati per i quali il diritto anti-discriminatorio rappresentava una novità (come per gli Stati entrati

Nell'ottica di analisi dell'evoluzione (o delle evoluzioni) del diritto antidiscriminatorio, è interessante percorrere due ulteriori terreni di indagine.

Innanzitutto, andrebbe verificato se la tendenza generale del diritto antidiscriminatorio comunitario o europeo sia verso una ricomposizione dei singoli divieti o al contrario verso una loro frammentazione.

In secondo luogo, andrebbe ripresa la riflessione circa la duplicità che sembra emergere fra il diritto antidiscriminatorio "comunitario", coniato sulla base degli atti e della giurisprudenza della Corte di Giustizia, e il diritto antidiscriminatorio "europeo", che sta nascendo come risposta, da parte degli Stati membri, agli obiettivi posti dalle direttive di seconda generazione⁹¹.

Questa distinzione è stata ricondotta dalla dottrina alla duplicità di prospettive per cui l'aggettivo comunitario suggerisce quasi l'esistenza di un paradigma concettuale che si pone in modo autonomo e distinto rispetto agli Stati membri, mentre l'aggettivo europeo potrebbe assumere «la pretesa di sottolineare un rapporto dialogico tra UE e Stati membri, come se le soluzioni di questi potessero essere prese a riferimento dall'ordinamento comunitario, il quale poi le potrà adottare e anche innovare e, quindi, riproporre agli stessi Stati membri, pur con l'efficacia prevalente della fonte comunitaria, in un rapporto dialogico di tipo circolare piuttosto che verticale»⁹². Ciò riconoscendo come il termine "europeo" vada comunque ricondotto anche in riferimento ai rapporti fra ordinamento interno e ordinamento CEDU⁹³.

Nella prima delle accezioni proposte, in relazione al termine "europeo", «parlare di un modello di legislazione antidiscriminatoria europea varrebbe a porre l'accento sulla progressiva costruzione di un diritto dell'antidiscriminazione che riesca a far confluire le esperienze nazionali e quella sopranazionale in un *unicum* giuridico, che si imponga per una sua intrinseca persuasività e non solo, o non necessariamente, per una sua prevalenza gerarchica»⁹⁴.

In termini più generali, il percorso di definizione di un *unicum* giuridico individuato dal combinarsi dei diritti nazionali e del diritto comunitario va giustificato dal tentativo (o meglio dalla necessità) dell'accettazione dei valori e delle concezioni del diritto antidiscriminatorio che sono state espressi dalle direttive di seconda generazione. «In altre parole, le direttive europee presuppongono [...] l'adozione di un particolare tipo di attitudine nei confronti del fenomeno discriminatorio che concerne, secondo un punto di vista operativo e strategico, l'accettazione di un approccio oggettivo al fenomeno discriminatorio con conseguente valorizzazione dei profili di natura redistributiva del principio di uguaglianza»⁹⁵.

nell'Unione europea fra il 2004 e il 2007), un impatto incisivo si è avuto pure per alcuni paesi che già vantavano una forte tradizione in materia di legislazione anti-discriminatoria (come ad esempio per il Regno Unito). Cfr. M. BELL, *The implementation of European Antidiscrimination Directives: converging towards a common model*, in *The political quarterly*, vol. 79, 1, 2008, 42; M. BELL, *Anti-discrimination law and the European Union*, cit., 198 ss.

⁹¹ Va peraltro sottolineato come potrebbe essere improprio parlare di una giurisprudenza comunitaria, in quanto la CGCE applica i principi comunitari al caso concreto.

⁹² D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto*, cit., 23 ss.

⁹³ D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto*, cit., 32 ss.

⁹⁴ D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto*, cit., 34 ss.

⁹⁵ D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto*, cit., 35 ss.

Infine, un ulteriore interrogativo emergente dalla riflessione qui proposta è relativo all'uguaglianza intesa da un lato sotto il duplice profilo del diritto a non essere discriminati e come diritto alla «differenza»⁹⁶, dall'altro quale principio espressione del canone di ragionevolezza e coerenza dell'ordinamento, e a come essa risulta modificata alla luce delle nuove direttive antidiscriminatorie e del *corpus* da queste introdotto negli ordinamenti degli Stati Membri.

⁹⁶ Sul tema della differenza, v. D.MORONDO TARAMUNDI, *Il dilemma della differenza nella teoria femminista del diritto*, ES@, Pesaro, 2004.

CAPITOLO SECONDO

LA DIRETTIVA BENI E SERVIZI (2004/113/CE)

La Direttiva 2004/113, approvata il 13 dicembre 2004 dal Consiglio dell'Unione europea, sulla base dell'art. 13 del Trattato⁹⁷, ha ad oggetto la parità di trattamento fra uomini e donne nell'accesso e nella fornitura di beni e servizi.

Ai fini di un primo inquadramento della questione, appare utile chiarire di cosa si parla quando si tratta della Direttiva "Beni e servizi" e quali sono i beni e servizi per i quali l'atto in commento ha imposto, o mirato ad imporre, la parità di trattamento.

In prima approssimazione, vanno ricompresi tutti i beni e servizi disponibili al pubblico, anche alla luce dell'obiettivo dichiarato, di contrastare le discriminazioni fondate sul sesso. Con le specifiche che verranno successivamente dettagliate, la nozione di beni comprende, a prescindere dal valore, tutto quanto possa essere oggetto di una transazione. La nozione di servizi indica i servizi finanziari e assicurativi (accesso al credito, polizze vita, sanitarie, automobilistiche), quelli relativi al tempo libero (palestre, piscine, saune), ai trasporti (pubblici e privati) e al turismo (servizi alberghieri e pacchetti turistici), servizi sociali e sanitari (che assumono particolare rilievo in relazione all'accesso alle cure riproduttive e ai farmaci contraccettivi), culturali, compresa l'istruzione, e sportivi, di ristorazione (bar, ristoranti), la ricerca dell'alloggio⁹⁸.

Temporalmente inserita nel pieno della c.d. «età dell'oro»⁹⁹ del diritto antidiscriminatorio, la Direttiva "Beni e servizi" rientra fra le direttive di seconda generazione¹⁰⁰, che hanno innescato il processo di creazione del nuovo diritto antidiscriminatorio europeo e, di rimando, dei diritti nazionali che si sono dovuti conformare.

Questo si è assestato lungo due linee direttrici: da un lato, ha esteso la tutela dalle discriminazioni, prevista per il solo sesso, ai fattori razza, età, disabilità, orientamento sessuale, religione, convinzioni personali; dall'altro, ha allargato il proprio ambito di applicazione al di fuori di quello che le era tradizionalmente proprio, ovvero l'ambito giuslavoristico.

1. Il background

La riflessione circa la necessità di un nuovo strumento di contrasto alle discriminazioni di genere in materia di rapporti interprivati aveva preso il via a partire dalla constatazione che, nonostante le numerose azioni in materia di

⁹⁷ Cfr. paragrafo 3 di questo Capitolo.

⁹⁸ Cfr. COM(2003)657, del 5 novembre 2003, disponibile in <http://eur-lex.europa.eu/COMIndex.do?ihmlang=it>.

⁹⁹ Cfr. nota 29 del presente lavoro.

¹⁰⁰ Il riferimento è alle Direttive "Razza", "Altri fattori", "Beni e servizi", che qui si esamina, "Occupazione", che ha modificato la dir. 76/207/CEE, entrambe confluite nella Direttiva "Rifusione". Cfr. paragrafi 2 e 6 del Capitolo primo.

occupazione e formazione, le discriminazioni legate al genere continuavano a persistere in numerosi ambiti¹⁰¹.

Posto che l'effettiva uguaglianza di genere dipende da azioni in numerosi ambiti, oltre quello del lavoro, la Commissione si era favorevolmente espressa sull'adozione di nuova direttiva finalizzata all'affermazione del principio di parità di trattamento tra uomini e donne, in materia di rapporti interprivati.

Già nell'Agenda per la politica sociale pubblicata nel giugno del 2000, la Commissione aveva annunciato l'intenzione di presentare una proposta di direttiva finalizzata ad estendere la tutela antidiscriminatoria di genere al di fuori dell'ambito dell'occupazione e del lavoro. Questa volontà era stata ribadita successivamente, con la Comunicazione del 7 giugno 2000¹⁰².

Anche a livello politico, il Consiglio europeo, in occasione del vertice di Nizza del Dicembre 2000, aveva richiesto alla Commissione l'approvazione di una direttiva che rafforzasse i diritti connessi all'uguaglianza¹⁰³.

Il livello comunitario dell'intervento fu "giustificato", sulla base del principio di sussidiarietà, data la necessità di istituire un quadro comune per il contrasto alle discriminazioni di genere, al di fuori dell'ambito dell'occupazione e del lavoro¹⁰⁴.

L'obiettivo iniziale della prima direttiva in materia di parità di genere al di fuori dell'ambito giuslavoristico voleva essere la promozione dell'uguaglianza di genere ad ampio raggio, estesa al punto da includere la tutela dei bisogni della famiglia, il contrasto alla violenza sociale contro le donne e all'assenza di donne nei processi decisionali.

Nell'audizione pubblica del Parlamento europeo del 10 settembre 2003, sull'applicazione del principio di parità di trattamento nel settore assicurativo e in quello delle comunicazioni, erano emerse, però, posizioni contrapposte: proprio a causa della difficoltà nel trovare un accordo sulle questioni controverse, la bozza di direttiva, approvata dalla Commissione il 5 Novembre 2003¹⁰⁵ non riproponeva i contenuti dell'ampio e ambizioso obiettivo inizialmente prefissato.

¹⁰¹ Comunicazione sull'Agenda per la politica sociale 2006-2010, COM(2005)33. Cfr. Considerando 6, 8, 9.

¹⁰² COM(2000)335, per la definizione di una strategia quadro comunitaria finalizzata alla parità tra donne e uomini (2001-2005).

¹⁰³ Nell'Agenda per la politica sociale pubblicata nel giugno 2000, la Commissione aveva annunciato l'intenzione di presentare una proposta di direttiva intesa a vietare la discriminazione di genere al di fuori del mercato del lavoro. Cfr. COM(2000)379. Il preambolo (considerando 6 e 7) fa riferimento alla Decisione del Consiglio 2001/51/CE, del 20 dicembre 2000, relativa al programma concernente la strategia comunitaria in materia di parità tra donne e uomini (2001-2005) che investe tutte le politiche comunitarie ed è intesa a promuovere la parità di trattamento tra donne e uomini adeguando queste politiche e attuando misure concrete per migliorare la condizione delle donne e degli uomini nella società.

¹⁰⁴ Considerando 10, ma si veda anche il Considerando 28, che recita «il fine di garantire un elevato livello comune di protezione contro la discriminazione in tutti gli Stati membri (che è lo scopo della direttiva), non può essere realizzato in misura sufficiente dagli Stati membri. Al contrario esso può, a motivo delle dimensioni o degli effetti dell'azione, essere realizzato meglio a livello comunitario istituendo un quadro giuridico comune, in attuazione del principio di sussidiarietà sancito dall'articolo 5 del Trattato. La presente direttiva si limita a quanto è necessario per conseguire tale scopo in ottemperanza al principio di proporzionalità enunciato nello stesso articolo».

¹⁰⁵ Cfr. COM(2003)657.

Ciononostante, in questo atto, la Commissione europea aveva riconosciuto che l'obiettivo della parità di trattamento tra uomini e donne, in settori diversi dall'occupazione, rappresentava un obbligo morale e giuridico, destinato a consolidare il concetto e la realtà di un'Europa dei cittadini¹⁰⁶.

Sebbene rappresentasse una sorta di "versione ridotta" del progetto iniziale, la nuova direttiva non soltanto avrebbe esteso al genere gli ambiti di intervento già percorsi dalla Direttiva "Razza" (accesso a beni e servizi, assistenza sociale, istruzione), ma ne avrebbe compresi di nuovi e inediti nel panorama del diritto antidiscriminatorio (media, pubblicità, tasse)¹⁰⁷.

A seguito delle consultazioni con i soggetti interessati¹⁰⁸, anche questo progetto subì una ulteriore drastica riduzione dell'ambito oggettivo di applicazione, nonostante non fosse in discussione il permanere di discriminazioni legate al genere in queste materie.

Se da un lato, le organizzazioni per la tutela della parità di trattamento aspiravano ad un rafforzamento della direttiva, dall'altro le *lobby* dei settori interessati (media, compagnie assicuratrici), miravano piuttosto ad una lettura al ribasso.

Al termine delle consultazioni furono espunti la rappresentazione dei sessi nei mezzi di comunicazione e nella pubblicità, i regimi fiscali, l'istruzione, nonostante il riconoscimento della dimensione problematica di questi settori, in relazione alla parità tra uomini e donne¹⁰⁹: l'ambito dei media e della pubblicità, quanto all'immagine stereotipata della donna che viene trasmessa; quello della tassazione, in quanto tendenzialmente orientato a dissuadere uno dei due sessi (e prevalentemente la donna), dal trarre un reddito dall'occupazione o da altre fonti e bisognoso, quindi, di una completa individualizzazione; l'istruzione, infine, in quanto strutturata secondo percorsi classicamente suddivisi in base al sesso.

L'impossibilità di ridurre la contrapposizione tra le parti interessate, quanto ai settori da includere nella direttiva e soprattutto agli strumenti da utilizzare per giungere ad una effettiva parità¹¹⁰, determinò la riduzione degli ambiti di intervento, sui quali erano emersi i maggiori contrasti.

Quanto alla rappresentazione dei sessi nei mezzi di comunicazione e nella pubblicità, sui «seri interrogativi sulla tutela delle dignità delle donne e degli uomini»¹¹¹ che questa pone, prevalse la preoccupazione di non irrigidire la regolamentazione, mettendo a rischio la libertà degli operatori del settore.

A proposito dei regimi fiscali, il Parlamento europeo e le *lobby* femministe attive a livello comunitario, con l'obiettivo di scardinare il sistema di tassazione delle famiglie, che tende a dissuadere uno dei due sessi (e tipicamente il sesso femminile) dal trarre un reddito dall'occupazione o da altre fonti, si erano fatti portatori di una battaglia per la completa individualizzazione della fiscalità.

¹⁰⁶ COM(2003)657, p. 4.

¹⁰⁷ Cfr. COM(2003)657.

¹⁰⁸ Cfr. l'*Extended Impact Assessment*, SEC(2003)213, del 5 novembre 2003, disponibile in <http://eur-lex.europa.eu/COMIndex.do?ihmlang=it>.

¹⁰⁹ Cfr. COM(2003)657.

¹¹⁰ Cfr. COM(2003)657.

¹¹¹ Cfr. COM(2003)657.

Alcuni governi, al contrario, mostravano una forte resistenza per il timore che modifiche di questo tipo avrebbero portato ad un peggioramento della situazione finanziaria delle famiglie. Registrando acriticamente il presupposto (non dimostrato, né reale) per cui i sistemi fiscali degli Stati membri avrebbero già dovuto rispettare il principio della parità di trattamento, la Commissione concluse come non vi fosse la necessità di un intervento in questo settore.

Riguardo infine all'istruzione, pur essendo condiviso che le prassi tendono a dissuadere le ragazze dal seguire percorsi di studi non tradizionali, la progressiva inversione di tendenza faceva apparire non necessario un intervento normativo in materia.

In sintesi, questi settori furono esclusi o perché non vi era concordanza di opinioni sull'opportunità di un intervento normativo o sui dati sui quali gli studi erano fondati, o perché, nonostante una convergenza di opinioni, vi erano inconciliabili differenze fra le diverse parti interessate, quanto alla via da seguire per realizzare un'effettiva parità.

La proposta inizialmente elaborata fu quindi abbandonata e riformulata integralmente, perimetrando l'ambito della direttiva alla parità di trattamento fra uomini e donne nella sola regolamentazione dell'accesso e della fornitura di beni e servizi, ambito sul quale non erano emersi contrasti fra gli *stakeholder*: l'ampio consenso aveva riguardato non soltanto la necessità di regolamentazione, ma anche le modalità di azione.

L'intervento sull'accesso e la fornitura di beni e servizi fu giustificato dall'emersione di prassi discriminatorie, nonostante pochi elementi lo dimostrassero: forme di discriminazione erano segnalate, non tanto per le specifiche indicazioni, da parte delle imprese e delle aziende, di rifiutare la fornitura di un bene o un servizio o di offrire l'accesso ad un servizio in termini differenziati, sulla base al genere, ma piuttosto nel comportamento spontaneo dei singoli¹¹².

L'idea guida dell'azione comunitaria era che un atto specifico di contrasto avrebbe scardinato le discriminazioni di genere nell'accesso a beni e servizi, che si ponevano come ostacolo all'integrazione sociale ed economica, soprattutto in riferimento all'accesso al credito e ai finanziamenti. La Commissione aveva inoltre sottolineato che un atto comunitario avrebbe consentito, alle vittime di atti o comportamenti discriminatori, di ricorrere contro di essi e, se accertati, di ricevere una indennità¹¹³.

È interessante sottolineare come, già dai documenti preparatori, la Commissione si preoccupasse di "circondare" l'atto di una serie di "cautele", ad esempio, restringendo l'applicabilità del divieto ai circoli privati o riguardo ai beni e servizi destinati esclusivamente o principalmente agli individui di un sesso.

¹¹² Cfr. COM(2003)657.

¹¹³ Cfr. COM(657)2003. Le decisioni sui prestiti da concedere, ad esempio, a piccole imprese o a privati, determinate o influenzate dal sesso dei richiedenti, oltre ad essere contrarie al principio della parità di trattamento, costituiscono, nella prassi, un forte freno alla capacità di crescita di ampi settori della società. «L'esclusione di determinate persone dall'accesso a beni o servizi di loro scelta nuoce sicuramente alla loro autostima e, nel peggiore dei casi, ne consolida l'emarginazione sociale».

In generale, fin dall'inizio fu enfatizzato che la direttiva non avrebbe investito i casi in cui la situazione degli uomini e delle donne non poteva essere comparata, senza approfondire come andasse inquadrata la comparazione delle situazioni, né i dati che sarebbero stati presi come riferimento per stabilire la comparabilità o meno.

2. I pareri del CESE e del COR

Le opinioni espresse dal Comitato delle Regioni e dal Comitato economico e sociale sulla bozza di direttiva mettono in luce alcuni dei profili critici e delle lacune di un testo, che pure verrà approvato senza alcun adeguamento rispetto alle censure segnalate.

Il Comitato delle Regioni aveva lamentato la limitatezza dell'ambito di applicazione della proposta di direttiva e le eccezioni previste¹¹⁴. Aveva perciò raccomandato l'adozione di un atto di maggiore incisività, sottolineando come l'uguaglianza non potesse essere realizzata soltanto attraverso la legislazione, ma dando alle donne e agli uomini le stesse opportunità nella politica, nella vita lavorativa e in ogni altra sfera. Per un efficace contrasto alle discriminazioni legate al sesso, non si poteva prescindere da un cambiamento a livello di atteggiamenti e di mentalità¹¹⁵.

In senso critico, si era espresso pure il Comitato economico e sociale definendo «increscioso» che l'istruzione non rientrasse nel campo di applicazione della direttiva¹¹⁶.

La questione dei mezzi di comunicazione e pubblicità, vista la loro forte influenza sugli atteggiamenti e le opinioni del pubblico, non poteva essere posta in secondo piano nel quadro degli sforzi dell'Unione Europea finalizzati a rimuovere e contrastare la discriminazione nel lavoro e nella vita pubblica, sebbene una direttiva potesse non rappresentare il canale di intervento adeguato. Nella consapevolezza che il confine tra azioni opportune e censura è sottile, il CESE aveva comunque invitato la Commissione a continuare le consultazioni su tali temi¹¹⁷, senza escluderli *tout court* dalla regolamentazione comunitaria.

Il CESE aveva criticato alcune premesse non dimostrate: in particolare, che tariffe non differenziate in base al sesso (peraltro già applicate da alcuni paesi dell'Unione) determinano un aumento generalizzato dei prezzi delle assicurazioni e che una «perequazione estesa dei rischi tra i sessi costituisce un fattore di aumento dei prezzi»¹¹⁸.

Queste affermazioni, non supportate da dati statistici ma ugualmente riportate nella bozza di direttiva come dato di fatto, rischiavano di consentire l'introduzione di eccezioni e giustificazioni (poi effettivamente contemplate nell'atto), che avrebbero potuto vanificare l'obiettivo di contrasto alle discriminazioni.

¹¹⁴ Si veda l'opinione del 22 Aprile 2004 del CoR sulla bozza di direttiva, punto 2.5.

¹¹⁵ Si veda l'opinione del 22 Aprile 2004 del CoR sulla bozza di direttiva, punto 2.6.

¹¹⁶ Si veda l'opinione del 3 Giugno 2004 del CESE sulla bozza di direttiva, punti 2.3 ss.

¹¹⁷ Si veda l'opinione del 3 Giugno 2004 del CESE sulla bozza di direttiva, punto 2.4.

¹¹⁸ Si veda l'opinione del 3 Giugno 2004 del CESE sulla bozza di direttiva, punto 2.6.1.

A questi pareri, concordi nel rilevare alcune criticità strutturali, non fu dato alcun seguito e la versione nota sotto il nome di Direttiva 2004/113, il cui testo ebbe l'approvazione definitiva nell'ottobre 2004, fu varata dal Consiglio nel dicembre dello stesso anno.

3. La base giuridica della Direttiva Beni e Servizi

La base legale della Direttiva è l'articolo 13, paragrafo 1, del Trattato che istituisce la Comunità europea, non l'art. 141 TCE, non venendo in causa la materia giuslavoristica.

Questa disposizione, introdotta dal Trattato di Amsterdam, lungi dal poter essere considerata una clausola anti-discriminatoria a carattere generale, ha, al contrario, carattere residuale, facendo salve le altre disposizioni del Trattato¹¹⁹.

Una corretta lettura dell'articolo 13 del Trattato CE (ora 19 TFUE) non può non richiamare le disposizioni dell'articolo 2 TCE, secondo cui la promozione della parità tra uomini e donne è uno dei compiti essenziali della Comunità, e dell'articolo 3, par. 2 TCE, per il quale la Comunità mira a eliminare le ineguaglianze e a promuovere la parità tra uomini e donne in ogni sua attività.

L'art. 13, par. 1 TCE era già stato utilizzato per l'adozione delle Direttive "Razza" e "Altri fattori", finalizzate a contrastare la discriminazione in materia di occupazione rispettivamente per i fattori razza e origine etnica (accanto ai settori dell'istruzione, dei media, dell'assistenza e della protezione sociale) e per gli altri fattori di rischio. Successivamente alla "Direttiva Beni e Servizi", l'art. 13 sarebbe stata la base legale anche per l'ulteriore direttiva in materia di non discriminazioni nella materia dell'impiego e dell'occupazione (la Direttiva "Rifusione") ed è base giuridica anche per la nuova proposta direttiva che estende la protezione della Direttiva "Razza" ai fattori coperti dalla Direttiva "Altri fattori"¹²⁰.

4. Struttura e contenuto della Direttiva Beni e Servizi

La Direttiva si articola in quattro Capi: il primo espone le «Disposizioni generali» (artt. 1-7), il secondo dettaglia i «Mezzi di ricorso ed esecuzione» (artt. 8-11), il terzo in un articolo unico specifica gli «Organismi per la promozione della parità di trattamento» (art. 12), il quarto infine è riservato alle «Disposizioni finali» (artt. 13-19).

4.1. Disposizioni generali

L'articolo di apertura della «Disposizioni generali» inquadra lo scopo della Direttiva ovvero «istituire un quadro per la lotta alla discriminazione fondata sul

¹¹⁹ Cfr. art. 13 del Trattato di Amsterdam «Fatte salve le altre disposizioni del presente trattato e nell'ambito delle competenze da esso conferite alla Comunità, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, può prendere i provvedimenti 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».

¹²⁰ COM(2008)0426.

sesto per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura, al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento tra uomini e donne» (art. 1).

Nella stessa sezione è formulato il divieto di discriminazione (art. 4); cinque sono le forme proibite dalla Direttiva: discriminazione diretta, indiretta, molestie, molestie sessuali (di cui sono fornite le definizioni all'art. 2), ordine di discriminare (art. 4, co. 4)¹²¹.

Discriminazione diretta si ha quando, a causa del suo sesso, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra persona in una situazione paragonabile (art. 2, lett. a).

La discriminazione indiretta si concretizza quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere persone di un determinato sesso in una posizione di particolare svantaggio rispetto a persone dell'altro sesso, a meno che la disposizione, il criterio o la prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il conseguimento di tale finalità siano appropriati e necessari (art. 2, lett. b).

Le molestie e le molestie sessuali, comprese nella nozione di discriminazione (art. 4, co. 3), si manifestano in un comportamento non desiderato e determinato dal sesso di una persona, che ha come oggetto o conseguenza la lesione della dignità di una persona e la creazione di un ambiente intimidatorio, ostile, degradante, umiliante o offensivo (art. 2, lett. c); la molestia sessuale si distingue per essere caratterizzata dalla connotazione sessuale, dei comportamenti che possono esprimersi a livello fisico, sia verbale, sia non verbale (art. 2, lett. d).

Anche l'ordine di discriminare viene equiparato ad una discriminazione.

L'ambito di applicazione oggettivo della Direttiva viene perimetrato dal successivo articolo 3, secondo il quale la parità di trattamento si applica unicamente ai rapporti mercantili, ad esclusione delle transazioni effettuate nell'ambito della vita privata e familiare (co. 1).

Destinatari del divieto di discriminazione sono tutte le persone tanto del settore pubblico, quanto del settore privato, che forniscono beni e servizi, offerti al di fuori della vita privata e familiare, a disposizione del pubblico.

Quanto alla nozione di beni e servizi, il *considerando* 11 specifica che «per beni si dovrebbero intendere quelli disciplinati dalle disposizioni del trattato che istituisce la Comunità europea riguardanti la libera circolazione delle merci».

Per i servizi il riferimento è all'art. 50 (ex art. 60) TCE secondo il quale sono considerate come servizi le prestazioni fornite, normalmente dietro retribuzione, in quanto non siano regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone. Questi comprendono le attività di carattere industriale, commerciale, artigianale e le libere professioni.

Espressamente esclusi dal divieto di discriminazione sulla base del sesso sono i mezzi di comunicazione e pubblicità, l'istruzione (art. 3, co. 3), nonché l'ambito lavorativo, oggetto di autonoma disciplina (art. 3, co. 4).

L'art. 3, co. 2 ribadisce la libertà contrattuale delle parti, che resta impregiudicata se la scelta del contraente non si basa sul sesso della persona.

¹²¹ Per un'analisi della analogie e delle differenze rispetto alle nozioni introdotte dalle altre direttive antidiscriminatorie, cfr. paragrafi 7 e 8 di questo Capitolo.

Questo concetto era già stato anticipato nel considerando 3 in cui si specificava come «oltre a vietare la discriminazione, è importante che al tempo stesso vengano rispettati gli altri diritti e libertà fondamentali», tra cui la libertà religiosa e la tutela della vita privata e familiare e delle transazioni effettuate in questo ambito¹²².

La proibizione di ogni discriminazione diretta fondata sul sesso (art. 4, par. 1, lett. a) si estende fino a comprendere il trattamento meno favorevole della donna in ragione della gravidanza e della maternità¹²³, rispetto a cui restano impregiudicate eventuali disposizioni più favorevoli (art. 4, par. 2). Il successivo comma 3 stabilisce che il rifiuto di molestie e molestie sessuali da parte della persona interessata o la sua sottomissione non possono costituire il fondamento per una decisione che interessi la persona.

Per aprire un varco a deroghe (eccezioni e giustificazioni) alla regola generale della non discriminazione, la Direttiva “Beni e Servizi” utilizza la medesima tecnica espositiva delle Direttive “Razza” e “Altri fattori”¹²⁴ del 2000 e della Direttiva “Occupazione” del 2002¹²⁵.

Secondo quanto disposto dall’articolo 4, co. 5, la presenza di finalità legittime perseguite con mezzi appropriati e necessari, non è, di per sé, preclusiva di differenze di trattamento se la fornitura si riferisca a beni o servizi esclusivamente o principalmente destinati a persone di un solo sesso¹²⁶: in questi casi lo svantaggio che deriva da determinate disposizioni, criteri, prassi viene a perdere la sua forza presuntivamente discriminatoria¹²⁷.

Delle «finalità legittime» in grado di giustificare un trattamento discriminatorio viene fornito – al considerando 16 – un elenco, che si ritiene di considerare come meramente esemplificativo: si opera un richiamo alla protezione delle vittime di violenza a carattere sessuale (ad esempio, la creazione di strutture di accoglienza per persone di un solo sesso), a motivi connessi con l’intimità della vita privata e il senso del decoro (come nel caso di chi fornisca alloggio in una parte della propria abitazione), alla promozione della parità dei sessi o di interessi solo degli uomini o delle donne (ad esempio, per gli organismi di

¹²² Al considerando 14 si legge che «ogni persona gode della libertà contrattuale, inclusa la libertà di scegliere un contraente per una transazione. La persona che fornisce beni o servizi può avere vari motivi soggettivi per la scelta del contraente. Nella misura in cui la scelta del contraente non si basa sul sesso della persona, la presente direttiva non pregiudica la libertà di scelta del contraente».

Appare stridente richiamare, nel medesimo considerando, la necessità di tutelare diritti e libertà fondamentali, fra cui la libertà di religione e la tutela della vita privata e familiare, ricomprendendo anche le transazioni che vengono effettuate in questo ambito. In una operazione di bilanciamento fra contrapposti principi, la tutela della libertà di religione e la tutela delle transazioni effettuate nell’ambito della vita privata (al di là della difficoltà di concretizzare questa nozione) non parebbero potersi collocare sullo stesso piano.

¹²³ Cfr. Considerando 20.

¹²⁴ Art. 4, co. 1 e 2. Sia pure rispetto ad esempio al fattore disabilità, il sistema di esenzioni vada ricostruito differentemente. Cfr. M. BARBERA, *Le discriminazioni basate sulla disabilità*, cit., 119.

¹²⁵ Cfr. art. 2, co. 6.

¹²⁶ A proposito delle “situazioni (non) paragonabili” si richiama l’esplicita specifica del *considerando* 12, secondo cui eventuali «differenze tra uomini e donne nella prestazione di servizi sanitari, risultanti dalle differenze fisiche tra gli stessi, non costituiscono pertanto una discriminazione».

¹²⁷ L. GUAGLIONE, *Le discriminazioni basate sul genere*, cit., 272-3.

volontariato a favore di persone di un solo sesso), alla libertà di associazione (che viene in rilievo nel caso di circoli privati aperti a persone di un solo sesso) e all'organizzazione di attività sportive (ad esempio, eventi sportivi limitati a partecipanti di un solo sesso). Per stemperare la portata espansiva di una simile elencazione, lo stesso considerando specifica come eventuali limitazioni dovrebbero essere «appropriate e necessarie, conformemente ai criteri derivanti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee». La seconda delle eccezioni riguarda le disposizioni più favorevoli sulla protezione della donna in relazione alla gravidanza e alla maternità che restano impregiudicate.

4.2. Lo snodo dell'art. 5, le azioni positive, le prescrizioni minime

L'art. 5 (Fattori attuariali) della Direttiva è dedicato al diverso trattamento usualmente riservato alle donne nella stipulazione di polizze assicurative vita, sanitarie e per la responsabilità civile. In esso si afferma che per i contratti stipulati dopo la data del recepimento (21 dicembre 2007), non possono esservi differenze nei premi e nelle prestazioni, a causa dell'utilizzo del sesso quale fattore di calcolo dei premi e delle prestazioni assicurative e di altri servizi finanziari (co. 1)¹²⁸.

Ciò non va inteso nel senso che questi servizi devono essere sempre forniti a uomini e donne su base comune, al contrario rappresentando un divieto a che la fornitura risulti più favorevole alle persone di un sesso¹²⁹.

Con l'obiettivo di contenere gli effetti della Direttiva, è previsto un periodo transitorio, durante il quale gli Stati membri possono consentire differenze proporzionate nei premi e nelle prestazioni individuali, se il fattore sesso sia determinante nella valutazione dei rischi (art. 5, co. 2)¹³⁰.

Questa opzione va esercitata anteriormente al 21 dicembre 2007, in presenza di dati attuariali e statistici affidabili, regolarmente aggiornati e a disposizione del pubblico, informando la Commissione.

Nei cinque anni successivi gli Stati membri riesaminano questa decisione, dando conto della relazione della Commissione sull'utilizzo di dati attuariali e statistici costruiti sulla base del sesso.

Per inciso, viene affermato che i costi inerenti la gravidanza e la maternità non devono determinare differenze nei premi e nelle prestazioni individuali, sebbene gli Stati membri possano rinviare l'attuazione di questa previsione fino al 21 dicembre 2009, informando immediatamente la Commissione.

La parte relativa alle «Disposizioni generali» si chiude con due articoli che riconoscono agli Stati membri alcune facoltà: l'articolo 6 (Azioni positive) si riferisce alla possibilità di mantenere o adottare misure specifiche destinate ad

¹²⁸ Il considerando 18 specifica che nella fornitura dei servizi assicurativi e altri servizi finanziari connessi, si utilizzano, comunemente, fattori attuariali diversi a seconda del sesso e afferma che «per garantire la parità di trattamento tra uomini e donne, il fatto di tenere conto del sesso quale fattore attuariale non dovrebbe comportare differenze nei premi e nelle prestazioni individuali. Per evitare un brusco adeguamento del mercato questa norma dovrebbe applicarsi solo ai nuovi contratti stipulati dopo la data di recepimento della presente direttiva».

¹²⁹ Così il considerando 17.

¹³⁰ Cfr. il considerando 19: se alcune categorie di rischi possono infatti variare in funzione del sesso, questo non può essere ritenuto l'unico elemento nella valutazione dei rischi assicurati.

evitare o a compensare gli svantaggi legati al sesso, allo scopo di assicurare l'effettiva e completa parità tra uomini e donne.

L'articolo 7 prevede la possibilità di introdurre o mantenere disposizioni più favorevoli alla tutela del principio della parità di trattamento tra uomini e donne rispetto a quelle contenute nella Direttiva¹³¹ e preclude, mediante la clausola del non regresso, la riduzione del livello di protezione contro le discriminazioni già previsto dagli ordinamenti nazionali, nei settori disciplinati dalla direttiva (co. 2).

4.3. Mezzi di ricorso ed esecuzione

Il Capo II della Direttiva riguarda i «Mezzi di ricorso ed esecuzione» e chiede agli Stati membri di predisporre una rete di tutele, a favore di coloro che si ritengono lesi dalla mancata applicazione del principio della parità di trattamento in ragione del sesso, nell'accesso e nella fornitura di beni e servizi.

L'accesso a queste tutele è riconosciuto anche dopo la cessazione del rapporto nel quale si sarebbe verificata la discriminazione, mediante procedure giudiziarie e amministrative, tra cui le procedure di conciliazione (art. 8, commi 1 e 2).

Nei casi in cui la discriminazione venga accertata, la Direttiva richiede indennizzi o risarcimenti reali, effettivi, dissuasivi e proporzionati al danno subito (art. 8, co. 2).

Seguono le disposizioni che prevedono la legittimazione ad agire di associazioni ed enti che abbiano un interesse legittimo a garantire il rispetto delle disposizioni della Direttiva (art. 8, comma 3) e la regola circa l'alleggerimento dell'onere della prova (art. 9).

Questo capo si chiude con due articoli, di cui il primo chiede agli Stati membri l'introduzione di disposizioni a tutela di chi agisca per ottenere il rispetto del principio della parità di trattamento (art. 10 – Protezione delle vittime) e patisca per ciò trattamenti o conseguenze sfavorevoli; il secondo si riferisce all'avvio del dialogo con le parti interessate che abbiano un legittimo interesse a contribuire alla lotta alla discriminazione fondata sul sesso nell'accesso e nella fornitura a beni e servizi (art. 11 – Dialogo con le parti interessate).

4.4. Organismi per la promozione della parità di trattamento

La rubrica dell'unico articolo che compone il capo III ne individua con immediatezza l'oggetto ovvero la creazione o l'individuazione di (uno o più) «Organismi per la promozione della parità di trattamento» (art. 12).

La Direttiva non dettaglia l'inquadramento istituzionale di questa struttura, lasciando agli Stati membri la scelta se incardinare tali organismi all'interno di strutture preesistenti ovvero predisporre una struttura *ad hoc*. Agli Stati è riconosciuta la facoltà di prevedere questi soggetti in enti incaricati di difendere, a livello nazionale, i diritti dell'uomo o di tutelare i diritti delle persone, o ancora di attuare il principio della parità di trattamento.

Si richiede specificamente che a questi organismi competa anche l'assistenza alle vittime di discriminazione nell'accesso a beni e servizi e nella loro fornitura,

¹³¹ Come specificato al considerando 26, la Direttiva definisce prescrizioni minime, e non dovrebbe valere quale "giustificazione" per un regresso rispetto alla situazione preesistente in ciascuno Stato membro.

l'effettuazione di inchieste indipendenti in materia di discriminazione, la pubblicazione di relazioni indipendenti e la formulazione di raccomandazioni sulle questioni connesse.

4.5. *Disposizioni finali*

Nella parte conclusiva, la Direttiva chiede agli Stati membri di adottare le misure necessarie a garantire il rispetto del principio della parità di trattamento fra uomini e donne nell'accesso e nella fornitura di beni e servizi (art. 13), stabilendo sanzioni in caso di violazioni della stessa (art. 14).

Viene richiesto di abrogare tutte le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative contrarie al principio della parità di trattamento sulla base del sesso, nell'ambito di applicazione della Direttiva. Inoltre, per le disposizioni contrattuali, i regolamenti interni delle aziende e per le norme che disciplinano le associazioni, con o senza scopo di lucro, contrari al principio della parità di trattamento viene prevista la possibilità che siano, o possano essere dichiarate, nulle o che vengano modificate (art. 13).

Quanto alle sanzioni viene riconosciuto che possano includere il pagamento di indennizzi alle vittime, richiedendo inoltre che rispondano ai requisiti di efficacia, proporzionalità e dissuasività (art. 14).

Gli articoli 15, 16 e 17 specificano rispettivamente gli obblighi di informazione, reportistica e recepimento.

Si richiede di dare adeguata informazione sia delle disposizioni di recepimento, sia di quelle già in vigore in questo settore, utilizzando «tutti i mezzi opportuni e su tutto il territorio nazionale».

Riguardo agli obblighi di reportistica e monitoraggio, è richiesto di comunicare alla Commissione tutte le informazioni disponibili sull'applicazione della Direttiva entro il 21 dicembre 2009 e successivamente ogni cinque anni.

Sulla base di questa relazione, la Commissione redigerà anche un documento di sintesi sulle prassi correnti degli Stati membri circa l'utilizzo del sesso quale fattore nel calcolo dei premi e delle prestazioni. La relazione, che verrà trasmessa al Parlamento europeo e al Consiglio entro il 21 dicembre 2010, dovrà contenere anche eventuali proposte di modifica della Direttiva, stilate sulla base delle difficoltà emerse negli Stati membri.

La procedura di notifica dispone pertanto:

- l'invio di una relazione dopo il recepimento della Direttiva, entro il termine del periodo di transizione previsto per la graduale cessazione dell'utilizzo di fattori attuariali basati sul sesso nel settore assicurativo, ecc.; così come
- la presentazione di una seconda relazione due anni dopo il termine del periodo di transizione per i fattori attuariali basati sul sesso; e
- un monitoraggio continuo con la presentazione di relazioni ogni cinque anni.

La valutazione dell'impatto si pone l'obiettivo di apportare tempestivamente eventuali modifiche.

5. Analisi della Direttiva Beni e Servizi

5.1. *Cenni introduttivi*

La Direttiva 2004/113 rappresenta il primo intervento in materia di contrasto alle discriminazioni di genere, la cui portata sia stata estesa a campi diversi da

quello del lavoro e della sicurezza sociale: in tale ottica è interessante ripercorrere quali ne sono i punti forti e i punti deboli, in relazione all'impianto complessivo del Diritto antidiscriminatorio.

Pertanto, è utile riprendere i passaggi della Direttiva che offrono una chiave di lettura e alcuni spunti di riflessione, partendo dai dubbi sollevati sulla base legale¹³²: l'art. 13 TCE non introduce una clausola generale antidiscriminatoria e fa salve le altre disposizioni del Trattato, sembrandone così ridotto l'impatto. Inoltre esso presuppone una decisione presa all'unanimità, con un aggravio nella procedura che conduce alla conclusione dell'atto, non previsto dall'altra disposizione del Trattato che riguarda la non discriminazione, ovvero l'art. 141 TCE.

5.2. L'ambito di applicazione oggettivo e soggettivo

5.2.1. La nozione di discriminazione

L'ambito oggettivo, che include nella nozione di discriminazione le ipotesi già previste nelle precedenti direttive antidiscriminatorie (discriminazione diretta, indiretta, molestie, molestie sessuali), è incentrato sugli effetti della discriminazione operata, piuttosto che sull'obiettivo. Nella Direttiva, così come formulata, infatti, non rileva l'intento discriminatorio, ma il risultato pregiudizievole prodotto, senza considerazione per l'elemento soggettivo dell'autore della discriminazione, né per l'intenzionalità del suo comportamento. L'elemento determinante non è più la quantità delle persone coinvolte¹³³, ma la produzione di un particolare svantaggio rispetto alle persone di un altro sesso: la norma sembra escludere che siano considerate indirettamente discriminatorie fattispecie che svantaggiano solo una persona, sebbene sia sufficiente dimostrare le potenzialità lesive della misura e non che lo svantaggio si sia concretamente prodotto verso più soggetti¹³⁴.

L'opzione seguita dalla Direttiva "Servizi" non è di poco conto, consentendo di provare la discriminazione indiretta, anche a prescindere da dati statistici.

Preme poi sottolineare la differente nozione tracciata fra le fattispecie di discriminazione diretta e indiretta, da un lato, e di molestie e molestie sessuali, dall'altro, quanto alla concretezza e alla realtà del comportamento.

Mentre l'ipotesi di discriminazione diretta apre anche ad un trattamento sfavorevole meramente ipotetico (facendo riferimento a come un'altra persona «*sarebbe stata*» trattata), come pure quella di discriminazione indiretta (una disposizione, un criterio o una prassi, che *possono* mettere persone in una situazione di particolare svantaggio), le molestie e le molestie sessuali si configurano soltanto quando i comportamenti si siano realmente e concretamente manifestati.

Queste situazioni, prescindendo dal raffronto tra situazioni simili, hanno contribuito alla perdita di centralità dell'elemento della comparazione, già messa in discussione dalla impossibilità, in taluni casi, di individuare un soggetto con il

¹³² Così E. CARACCILO DI TORELLA, *The Goods and Services Directive: limitations and opportunities*, in *Feminist Legal Studies* (2005), 13, 337–347, Springer.

¹³³ D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto*, cit., pag.

¹³⁴ C. FAVILLI, *La non discriminazione nell'Unione europea*, cit., pp. 345 ss.

quale effettuare la comparazione, che ha di fatto condotto ad una profonda modifica del concetto di discriminazione¹³⁵.

La declinazione di due figure distinte, molestie e molestie sessuali, traccia una distinzione tra un qualunque comportamento indesiderato connesso al sesso della persona (molestia), e la situazione in cui il comportamento stesso viene ad assumere una connotazione sessuale.

Il punto debole della tutela potrebbe essere costituito dalla qualifica del comportamento come indesiderato, trattandosi spesso di situazioni ambigue rispetto alle quali è difficile individuare il momento a partire dal quale lo stesso è divenuto non gradito, potendo accadere che alcuni atteggiamenti o comportamenti non siano *ab origine* indesiderati, ma lo diventino per frequenza, ripetizione, intensità¹³⁶.

Nell'interpretazione della norma andrebbe privilegiato il dato oggettivo della produzione di un ambiente intimidatorio, ostile, degradante, umiliante o offensivo, essendo questo risultato a qualificare un comportamento come indesiderato¹³⁷.

Infine, l'inclusione dell'ordine di discriminare fra le discriminazioni rappresenta un importante obiettivo, determinando l'assimilazione all'autore materiale della condotta, anche di chi non abbia commesso direttamente azioni, avendole però ordinate.

5.2.2. Oggetto della direttiva: la nozione di beni e servizi

La Direttiva ha ad oggetto l'accesso e la fornitura di beni e servizi disponibili al pubblico, nozione di cui tuttavia non vengono indicati i confini se non *per relationem*. Il considerando 11 ricorda, infatti, come «Per beni si dovrebbero intendere quelli disciplinati dalle disposizioni del trattato che istituisce la Comunità europea riguardanti la libera circolazione delle merci», mentre «Per servizi si dovrebbero intendere quelli disciplinati dall'articolo 50 di tale trattato».

Le difficoltà nella delimitazione dell'oggetto della Direttiva emergono dalla definizione comunitaria di servizi che non risulta predefinibile con certezza, ricomprendendo ogni attività consistente in un *facere* retribuito, ma anche in prestazioni di dare¹³⁸.

A prescindere dall'individuazione di una nozione teorica, è utile aver presente come a livello pratico la Direttiva riguardi l'accesso a locali (discoteche, ristoranti ma anche club privati), i servizi bancari, assicurativi, turistici e del tempo libero, di trasporti, sociali e sanitari e di altro genere.

A differenza della Direttiva "Razza", il legislatore comunitario non ha ritenuto di specificare l'inclusione dell'alloggio, che invece figurava nella proposta della Commissione: l'omissione, frutto della negoziazione in Consiglio, non si ritiene possa avere l'effetto di escludere questo settore dall'ambito di applicazione della Direttiva, sembrando piuttosto giustificata dalla minore necessità di

¹³⁵ Cfr. paragrafi 8 e 9 del Primo Capitolo.

¹³⁶ C. FAVILLI, *La non discriminazione nell'Unione europea*, cit., pp. 345 ss.

¹³⁷ C. FAVILLI, *La non discriminazione nell'Unione europea*, cit., pp. 346-347 ss.

¹³⁸ Cfr. R. VILLATA, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, V ed., Giuffrè, Milano, 2008, 32 che richiama la dottrina in materia.

enfaticamente il settore degli alloggi come particolarmente sensibile in riferimento alla discriminazione sulla base del sesso, rispetto a quella sulla razza¹³⁹.

5.2.3. Destinatari della Direttiva

In relazione all'ambito soggettivo della sfera di operatività del divieto di discriminare la Direttiva prevede un'applicazione generalizzata, individuandosi i destinatari in tutte le persone che forniscono beni e servizi a disposizione del pubblico, sia del settore pubblico, sia del settore privato¹⁴⁰.

La genericità di questa formulazione appare funzionale ad un'ampia e indifferenziata applicazione del divieto di discriminazione, non essendo ammissibili deroghe, in conseguenza della struttura giuridica dell'ente che opera una discriminazione.

5.3. Limiti, deroghe, esclusioni della Direttiva 2004/113

La lettura degli obiettivi che la Direttiva "Servizi" si era proposta, consentirebbe di assegnarle un impatto e un ruolo significativo nell'ambito del perseguimento della parità di genere.

Questa conclusione va rivista, alla luce della numerose e significative limitazioni, esenzioni, deroghe e giustificazioni che contiene e che sembrano invece andare nella direzione di un indebolimento della portata del divieto generale di non discriminazione, risultando così indebolito, di rimando, l'intero atto.

Queste limitazioni che si aggiungono all'esclusione di alcuni ambiti dall'applicazione della Direttiva, consentono di mantenere una disparità di trattamento fra uomini e donne e di sospenderne l'efficacia nei periodi transitori.

5.3.1. Le limitazioni dell'ambito oggettivo

Il primo contemperamento alla Direttiva riguarda l'esclusione dei beni offerti e delle transazioni effettuate nell'area della «vita privata e familiare».

Questa previsione, il cui significato è immediato se letto alla luce delle bozze iniziali che includevano un più vasto campo di applicazione (violenza sulle donne, tassazione, istruzione, rappresentanza politica, assistenza sociale, rappresentazione delle donne nei mezzi di comunicazione e di massa e nella pubblicità) e delle "preoccupazioni" suscitate da un'ampia formulazione del divieto, ad una lettura più "tecnica" non può che determinare un certo disorientamento.

Quanto meno per contiguità semantica, il riferimento alla vita privata e familiare non può che riportare alla *summa divisio* fra diritto pubblico e diritto privato, nell'ambito della quale l'accesso a beni e servizi rientrerebbe nel diritto privato¹⁴¹.

¹³⁹ C. FAVILLI, *La non discriminazione nell'Unione europea*, cit., pp. 349 ss.

¹⁴⁰ Art. 3, comma 1.

¹⁴¹ D. LA ROCCA, *Le discriminazioni nei contratti di scambio di beni e servizi*, cit., 345 critica la formulazione poco tecnica di alcune parti della Direttiva 2004/113, che riduce tutte le relazioni extramercantili a "vita privata", quasi prefigurando che l'acquisto dei beni di consumo rientri nella vita pubblica.

L'appunto si incentra sul fatto che la nozione di «beni e servizi offerti al pubblico» non dovrebbe patire un distinguo a seconda che questi siano o meno offerti nella «vita privata e familiare» o nella «vita pubblica», ammesso che a simile distinzione possa essere riconosciuto un rigore giuridico tale da poter essere riportato in un atto normativo¹⁴².

La conflittualità generatasi sull'ambito di applicazione originariamente previsto riemerge nel disposto che esclude il contenuto dei mezzi di comunicazione e della pubblicità e dell'istruzione, inizialmente essere compresi nella Direttiva (art. 3, par. 3). Quasi a voler pregiudicare ogni possibile ampliamento interpretativo delle disposizioni della 2004/113, questa limitazione esprime le difficoltà, emerse dalla relazione illustrativa, nel raggiungere un compromesso accettabile in simili ambiti, tanti e contrapposti erano gli interessi dei quali si sarebbe dovuto tenere conto.

In realtà, a parziale «difesa» di questa esclusione va ricordato come il mancato inserimento dei media e della pubblicità era stato giuridicamente motivato dalla Commissione sulla base della necessità di preservare i principi fondamentali della libertà e pluralità dei mezzi di informazione.

Tuttavia di questa opzione non può che offrirsi una lettura in termini critici, alla luce dell'impatto che i media hanno sull'opinione pubblica nel perpetrare stereotipi negativi e produrre discriminazioni¹⁴³.

A «giustificazione» delle limitazioni, va pure ricordato che una tutela nell'ambito dell'istruzione è comunque offerta dalla Direttiva «Rifusione», per ciò che riguarda la formazione professionale e l'insegnamento superiore.

L'espressa esclusione dell'occupazione e del lavoro autonomo trova la sua ragion d'essere in ragione della presenza di altri atti legislativi comunitari di regolamentazione¹⁴⁴. Analoghe motivazioni valgono riguardo alla tutela in relazione alla sicurezza sociale, che risulta parzialmente garantita da altre direttive¹⁴⁵.

5.3.2. Quali beni e servizi destinati a persone di un solo sesso?

Ulteriore incisione rispetto al principio della parità di trattamento è rappresentata dall'ammissibilità di differenze di trattamento se la fornitura di beni o servizi, esclusivamente o principalmente, destinati a persone di un solo sesso, sia giustificata da «una finalità legittima» e se i mezzi impiegati per il conseguimento di tale finalità siano «appropriati» e «necessari» (art. 4, par. 5).

Questa previsione, similmente ai casi in cui il fattore sesso rappresenta o potrebbe rappresentare un requisito essenziale allo svolgimento di alcune

¹⁴² Come si vedrà, questo aspetto ha condotto ad alcune ulteriori significative deroghe rispetto al testo della direttiva adottate dai legislatori nazionali, su cui Capitoli quarto e quinto.

¹⁴³ Così i pareri del Comitato economico e sociale e del Comitato delle Regioni, su cui cfr. paragrafo 2 del presente Capitolo. In dottrina, cfr. C. FAVILLI, *La non discriminazione nell'Unione europea*, il Mulino, Bologna, 2008, 350.

¹⁴⁴ La Direttiva «Rifusione», per l'occupazione e la Direttiva 86/613, sul cui ambito di applicazione è in discussione una nuova Proposta di Direttiva COM(2008)636.

¹⁴⁵ In particolare la Direttiva 86/378/CEE, relativa ai regimi professionali di sicurezza sociale, successivamente modificata dalla Direttiva 96/97/CE, confluite nella Direttiva «Rifusione» e la Direttiva 79/7/CEE, in materia di sicurezza sociale.

mansioni¹⁴⁶ e che allo stesso modo si ritiene debba essere interpretata restrittivamente¹⁴⁷, appare criticabile sotto molteplici punti di vista.

Innanzitutto, essa dà per presupposto che possano esservi dei beni e dei servizi astrattamente destinabili a persone di un solo sesso, senza operare alcuna distinzione fondata sulle ragioni che determinano tale separazione.

Inoltre, resta problematica la delimitazione di quando una finalità sia (o possa essere considerata) legittima e, più in generale, di quali mezzi possano essere ritenuti appropriati e necessari in funzione del perseguimento di un obiettivo.

In terzo luogo, pur dovendosi interpretare restrittivamente, questa previsione impone una valutazione in termini di ragionevolezza della misura rispetto allo scopo perseguito e di proporzionalità della limitazione, in funzione di un bilanciamento con i diritti contrapposti.

Rappresenta un dato di fatto che sul mercato dei consumi vi siano beni e servizi esclusivamente o prevalentemente destinati a persone di un solo sesso, talvolta in astratto, talaltra in concreto.

Sebbene si tratti di una separazione riconducibile, in alcuni casi, alle differenze biologiche fra uomini e donne, nella maggior parte dei casi, è invece prevista come conseguenza dei ruoli di genere, propri o quanto meno supposti come propri dell'uno e dell'altro sesso¹⁴⁸.

Le ragioni che inducono a considerare un servizio come prevalentemente rivolto ad uno dei due sessi, non possono apparire secondarie, potendo celare risultati, se non addirittura intenti, di riproduzione degli stereotipi legati al genere, quindi di discriminazioni, vietate dalla Direttiva, ma anche di molestie, e imponendo un ulteriore passo avanti nell'indagine circa i confini del requisito della legittimità delle finalità.

Inoltre, la valutazione dell'appropriatezza e della necessità dei mezzi utilizzati, introduce la questione della ragionevolezza della differenziazione che, se può essere tollerata in funzione dell'obiettivo di scardinamento dei ruoli di genere, dovrebbe invece essere contrastata qualora esuli da questo obiettivo.

Infine, va considerata la proporzionalità della misura adottata rispetto allo scopo perseguito, che impone la lettura del problema nei termini di qualificazione dei parametri di ragionevolezza¹⁴⁹.

Queste riflessioni introduttive, sulle quali si tornerà in seguito¹⁵⁰, impongono all'attenzione il principio di uguaglianza inteso non solo come principio

¹⁴⁶ Sui requisiti occupazionali, cfr. anche art. 4, Direttiva "Altri fattori".

¹⁴⁷ Corte di Giustizia europea, sentenza 26 ottobre 1999, Caso C-273/97 *Angela Maria Sirdar v The Army Board and Secretary of State for Defence*, in Racc., 1999, I-07403 e Corte di Giustizia, sentenza 11 gennaio 2000, Caso C-285/98 *Tanja Kreil v Bundesrepublik Deutschland*, in Racc., 2000, I-69.

¹⁴⁸ La distinzione fra beni e servizi destinati teoricamente o concretamente a persone di un solo sesso potrebbe essere utilmente colta leggendola parallelamente alla dicotomia fra sesso e genere. Mentre alcuni beni sono ontologicamente riservati alle donne, se connessi alla differenza biologica che le separa dagli uomini (la pillola contraccettiva è sicuramente destinata ad una donna), altri vengono indirizzati alle donne, come portato di una costruzione sociale e culturale (i detersivi sono "destinati" alle donne, in quanto si dà per assodato che siano loro a svolgere lavori casalinghi).

¹⁴⁹ P. LOI, *Regole del mercato del lavoro e tutela antidiscriminatoria. La ragionevolezza come predicato delle differenze di trattamento*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2008, 4, pp. 481 – 514.

antidiscriminatorio che garantisca la parità di trattamento fra uomini e donne, rimuovendo le discriminazioni esistenti, ma piuttosto come principio antisubordinazione del genere femminile al maschile, leggendo le condizioni di genere come un assetto di potere.

5.3.3. Le disposizioni più favorevoli sulla gravidanza e sulla maternità

La Direttiva lascia impregiudicate disposizioni più favorevoli sulla protezione della donna, in relazione alla gravidanza e alla maternità, opzione che appare criticabile, in quanto veicola l'idea che si tratti di eccezioni alla "normalità", piuttosto elementi qualificanti e integranti il concetto di uguaglianza.

In realtà, questa disposizione sembrerebbe rispondere alle difficoltà, emerse dalla giurisprudenza dalla Corte di Giustizia, di rinvenire un *comparator* in sede giudiziale, essendo le situazioni di maternità e gravidanza proprie soltanto del sesso femminile¹⁵¹ e potendosi eventualmente rinvenire un *tertium comparationis* soltanto nella donna non in maternità o gravidanza.

Questa disposizione consente che qualsiasi trattamento sfavorevole adottato nei confronti di una donna in gravidanza o nel periodo di puerperio integri una discriminazione: il trattamento che viene indicato come termine di comparazione è quello che sarebbe stato praticato alla donna se non fosse stata in una situazione di gravidanza o puerperio.

Ma trattandosi di condizioni proprie soltanto dell'essere donna, un "trattamento sfavorevole" che su di esse si basi, viene inquadrato quale discriminazione sulla base del sesso.

Il riferimento ad un "trattamento sfavorevole", piuttosto che alla mancanza di trattamento specifico, fa emergere la questione problematica di una riconduzione della tutela della gravidanza e della maternità alla non discriminazione. Nella prospettiva antidiscriminatoria, infatti, sembra sbiadire la necessità di una tutela adeguata di situazioni che rappresentano una condizione esclusivamente della donna e da cui non è possibile prescindere nell'ottica dell'uguaglianza, diversamente non scardinandosi la subordinazione della donna.

5.3.4. Non discriminazione e autonomia negoziale

Altra limitazione significativa deriva dalla specifica per cui le disposizioni della Direttiva non pregiudicano la libertà di scelta del contraente, se questa non si basi sul sesso della persona.

La Direttiva sembra orientata verso un riaffermarsi della libertà contrattuale, verso quindi un consolidarsi del rapporto fra uguaglianza e libertà negoziale, più verso la libertà che non verso l'uguaglianza. A parte la difficoltà pratica nel provare che la scelta sia avvenuta a causa del sesso, così come formulata, la libertà contrattuale rappresenta la regola, i suoi limiti, l'eccezione¹⁵².

¹⁵⁰ Cfr. diffusamente paragrafo 9.4 del presente capitolo e paragrafo 8 del Capitolo sesto.

¹⁵¹ Cfr. paragrafi 8 e 9 del Capitolo primo.

¹⁵² D. LA ROCCA, *Le discriminazioni nei contratti di scambio di beni e servizi*, cit., 335: secondo l'Autrice trapela dalle scarse innovazioni della Direttiva "Servizi" un'istanza di bilanciamento tra principi potenzialmente antitetici (autonomia privata e divieto di discriminazioni) che potrebbe

Ciò non può che suscitare alcune perplessità, *in primis*, dal momento che tale disposizione risulta inserita all'interno di un atto finalizzato all'ampliamento della tutela dalle discriminazioni, anche nelle transazioni private.

Questo aspetto, che impone di affrontare il tema fortemente discusso del rapporto fra principio di uguaglianza e non discriminazione da un lato, e libertà negoziale e autonomia privata dall'altro¹⁵³, inquadrandolo nell'ambito della problematica relativa all'applicabilità del divieto di non discriminazione nei rapporti fra privati, verrà successivamente approfondito¹⁵⁴.

5.3.5. I compromessi della Direttiva: il ruolo dei fattori attuariali nella diversità di offerta di prodotti assicurativi e finanziari

Disposizione centrale dell'architettura delineata dalla Direttiva "Beni e Servizi" è l'art. 5, rubricato «Fattori attuariali», che affronta la complessa questione del calcolo dei premi e delle prestazioni assicurative e di altri servizi finanziari.

Il problema di fondo cui si intendeva mettere mano era quello della disparità, sulla base del sesso, nell'offerta e nel prezzo di prodotti nel settore assicurativo e previdenziale.

A causa della vigenza di prassi discriminatorie in molti Stati membri, la Commissione europea aveva avviato una serie di studi concludendo che la distinzione sulla base del sesso non fosse giustificata da parametri oggettivi e dati statistici.

Questa pratica era spiegata dall'uso dei fattori attuariali, basati anche sul sesso, nella valutazione del rischio di assicurazione: vivendo mediamente più a lungo dell'uomo, la donna veniva a subire un trattamento deteriore, in quanto assicurarla risultava mediamente più costoso che assicurare un uomo.

Questo sistema di calcolo deve misurarsi con le modalità di redazione e tenuta delle tabelle attuariali: se, infatti, in alcuni casi esse risultano stilate avendo riguardo a dati statistici attuali e aggiornati, in altri si basano su fattori attuariali risalenti e senza concreti e attendibili riscontri, con effetti di trattamento diseguale a prescindere da giustificati motivi.

5.3.6. Il dibattito sull'approvazione della direttiva e l'azione delle lobby

L'introduzione dell'art. 5, par. 1 fu il risultato di un acceso dibattito, animato dai soggetti interessati al tema, *lobby* del settore finanziario e assicurativo, gruppi di pressione, organismi europei.

essere risolta delimitando l'ambito di operatività dei nuovi divieti ai soli rapporti tra consumatori e utenti e professionisti, sul modello già seguito per la tutela dei consumatori.

¹⁵³ Pur trattandosi di un «argomento che attraversa la riflessione giuridica», come ricordato da D. LA ROCCA, *Le discriminazioni nei contratti di scambio di beni e servizi*, cit., il divieto di discriminazione in ambito contrattuale è un tema relativamente nuovo. Cfr. D. MAFFEIS, *Libertà contrattuale e divieto di discriminazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 2, 401; D. MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Milano, 2007; M. MANTELLO, *Autonomia dei privati e principio di non discriminazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2008; S. FREDMAN, *Discrimination law*, 23 ss. A. GENTILI, *Il principio di non discriminazione nei rapporti civili*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2009, 2, pp. 207 – 231.

¹⁵⁴ Cfr. relativamente all'ambito nazionale paragrafo 3.9 del Capitolo terzo; cfr. anche paragrafo 3del Capitolo sesto.

La Commissione europea aveva riconosciuto che nel calcolo assicurativo l'uso dei fattori attuariali sulla base al sesso, rappresentava un problema complesso, in quanto metteva in relazione questioni politiche e di principio, con argomenti tecnici di metodologia attuariale e politica dei prezzi dell'industria assicurativa, nonché di pratica della gestione del rischio.

Sulla base di alcuni studi, aveva affermato che il genere non poteva rappresentare il principale fattore da considerare nel determinare l'aspettativa di vita, dovendosi ritenere più incisivi fattori ambientali o sociali, quali, ad esempio, lo stile di vita, lo *status* socio-economico, l'area geografica in cui una persona vive, la condizione di tabagismo o alcolismo¹⁵⁵.

In realtà, come emerso dagli studi commissionati, la prassi delle compagnie assicurative di utilizzare il sesso come fattore determinante nella valutazione dei rischi era basata, sulla maggiore facilità di mettere insieme persone sane e ammalate, piuttosto che uomini e donne, a prescindere, quindi, da un reale valore come criterio nella determinazione delle aspettative di vita.

Negli Stati membri in cui la differenza fra uomini e donne non è presa in considerazione ai fini della determinazione del premio assicurativo, vengono infatti utilizzate tabelle di valutazione del rischio molto più articolate rispetto a quelle che semplicemente distinguono tra uomini e donne: in queste ultime, il sesso assume un significato di semplificazione di altri fattori concorrenti, determinando un trattamento deteriore per le donne.

Anche le altre istituzioni europee si orientarono su posizioni simili: in particolare il Parlamento europeo sottolineò che andavano ritenute discriminatorie le differenze basate sul genere nei premi o nei benefici derivati da prodotti assicurativi, dovendosi collegare prezzi differenti a comportamenti e scelte individuali, come, ad esempio, le abitudini alimentari, il tabagismo, l'uso di alcool, che incidono sulle aspettative di vita e sulle generali condizioni di salute.

In senso contrario, il settore dell'industria assicurativa sottolineò che il divieto assoluto dell'uso del genere nel calcolo dei premi assicurativi, avrebbe prodotto un danno considerevole alla competitività delle compagnie e in ultima analisi ai consumatori, costretti a pagare premi maggiori. Un'altra argomentazione era fondata sulla considerazione per cui qualunque cambiamento verso un criterio che non prevedesse distinzioni in base al sesso avrebbe agevolato un numero poco significativo di individui: le compagnie assicurative evidenziarono come, paradossalmente, proprio le donne sarebbero state danneggiate dall'introduzione di un sistema impermeabile al sesso nel calcolo dei fattori attuariali, posto che più frequentemente dipendono dalla rendita di un parente uomo, di solito il coniuge o il padre.

5.3.7. Le proroghe consentite: I compromessi dell'art. 5

Il risultato delle divergenti posizioni in merito all'utilizzo dei fattori attuariali basati sul sesso fu rappresentato dalla prudente formulazione dell'art. 5 che,

¹⁵⁵ Cfr. COM (2003)657. «Secondo alcuni studi, il sesso non costituisce il principale determinante dell'aspettativa di vita. È stata dimostrata l'importanza di altri fattori, quali lo stato civile, fattori socioeconomici, la situazione lavorativa, la regione geografica, il tabagismo e le abitudini alimentari. Lo stile di vita può essere considerato un fattore multidimensionale che ha un'incidenza nettamente maggiore del sesso sull'aspettativa di vita delle persone».

pur ammettendo la complessità della relazione fra il principio di uguaglianza di genere e l'ambito assicurativo, di fatto introduce un caso di discriminazione diretta, giustificandosi un trattamento discriminatorio sulla base del genere: la Commissione, pur avendo riconosciuto l'uguaglianza di genere come "principio", ha ammesso infatti che questo non poteva ritenersi sempre applicabile nella pratica e che ne andavano consentiti dei contemperamenti.

Queste mitigazioni sono state individuate nel riconoscere numerosi limiti e proroghe all'applicabilità del divieto di discriminazione e all'utilizzo di fattori attuariali strutturati sulla base del sesso, che non possono che essere criticati.

Innanzitutto, va censurata la scelta di restringere il divieto di utilizzo del sesso quale fattore di calcolo dei premi e delle prestazioni a fini assicurativi e di altri servizi finanziari, tale da determinare differenze, ai soli contratti stipulati successivamente alla *deadline* prevista per il recepimento.

A parziale sostegno di una scelta che sembra sbiadire il principio di parità di trattamento, va riconosciuto come sarebbe stata di difficile attuazione ed applicazione una disposizione che imponesse una revisione anche dei contratti già stipulati. Ad ogni modo, così come formulata la Direttiva lascia impregiudicate le eventuali discriminazioni passate e quelle intervenute fra l'approvazione e l'implementazione.

Riconoscendo, agli Stati membri, la facoltà di apprezzamento del permanere dell'utilizzo dei fattori attuariali basati sul sesso, la 2004/113 introduce una ipotesi di discriminazione diretta; la possibilità di consentire differenze nei premi e prestazioni patisce tuttavia alcuni "contemperamenti": le differenze – ammesse soltanto qualora il fattore sesso sia «determinante nella valutazione dei rischi» e in presenza di «pertinenti e accurati dati attuariali e statistici» – devono infatti essere «proporzionate» e restano soggette ad un'interpretazione restrittiva.

La facoltà di estendere il periodo di transitorio fino a cinque anni oltre al termine per il recepimento, che determina di fatto la sottrazione all'applicazione della disciplina, è da ricondurre all'obiettivo di attenuare l'impatto che la Direttiva avrebbe potuto avere sui servizi assicurativi e all'azione delle *lobby* del settore. Queste hanno ottenuto un periodo di complessivi otto anni (al periodo transitorio, vanno infatti sommati i tre anni per l'implementazione) per adeguarsi gradualmente al nuovo sistema di calcolo *gender blind*.

Agli Stati membri che si avvalgono della facoltà di proroga è richiesto di dare comunicazione alla Commissione e pubblicare e aggiornare dati accurati relativi all'utilizzo del sesso quale fattore attuariale determinante. Questa precisazione è finalizzata a compensare le informazioni scarse e poco accessibili sui criteri di determinazione dei premi e dei contributi assicurativi da versare, dato particolarmente importante per le rendite, visto che numerosi Stati membri stanno modificando le assicurazioni pensionistiche prevedendo la possibilità di optare per regimi previdenziali privati, spesso basati su fondi assicurativi¹⁵⁶.

Nella parte riservata all'obbligo di reportistica, peraltro con un errore di riferimento (l'art. 16, par. 2 richiama infatti l'art. 4, essendo però il riferimento

¹⁵⁶ C. FAVILLI, *La non discriminazione nell'Unione europea*, cit., pp. 352 ss.

corretto l'art. 5), è previsto che gli Stati membri includano un esame delle prassi correnti nello stato, quanto all'uso dei fattori attuariali.

La proroga di due anni del termine di attuazione è ammessa anche per quanto riguarda la non incidenza dei costi derivanti da maternità e gravidanza, qualora gli Stati membri decidano di rinviare l'attuazione delle misure necessarie, per conformarsi al nuovo sistema di redazione dei fattori attuariali, fermo restando l'obbligo di immediata informazione alla Commissione.

L'applicabilità delle proroghe ai costi inerenti la maternità e la gravidanza è indiscutibile, visto che questi non determinano differenze nei premi e nelle prestazioni individuali (art. 5, par. 3, primo inciso) e che sono riconosciuti fino a due anni per «conformarsi al presente paragrafo» (art. 5, par. 3, secondo inciso). Tuttavia introdurre la previsione che vieta differenti prezzi in ragione di gravidanza e maternità con la locuzione *In ogni caso* sembra entrare in contraddizione con la concessione di un periodo di due anni, in cui di fatto gravidanza e maternità possono determinare differenze nei prezzi.

Sulla previsione e sull'estensione del periodo transitorio si erano soffermati in termini critici sia il CoR, sia il CESE, segnalando la non opportunità di una eccessiva durata¹⁵⁷, sebbene questa segnalazione non sia stata raccolta in sede di stesura definitiva dell'atto, se non in termini estremamente limitati¹⁵⁸.

5.3.8. L'effetto dell'art. 5, nel quadro della parità di genere

Non possono essere avanzati dubbi nel considerare l'art. 5 come un arretramento nella tutela del principio della parità di trattamento e dell'uguaglianza, dal momento che giustifica di fatto una discriminazione diretta, introducendo in tal senso un pericoloso precedente, che sembra porsi in contraddizione con il riconoscimento dell'uguaglianza, quale diritto fondamentale nell'Unione europea.

In un'ottica di genere, il punto che dovrebbe essere indagato riguarda il motivo per cui, piuttosto che "giustificare" una pratica discriminatoria diretta, non si sia focalizzata l'attenzione sul perché le donne vengano ad avere minori entrate rispetto agli uomini e ne siano economicamente dipendenti¹⁵⁹. La portata del

¹⁵⁷ Cfr. il parere del Comitato delle Regioni, su cui cfr. paragrafo 2 di questo Capitolo. Il CoR aveva segnalato come l'articolo che proibiva di tener conto del genere nel calcolo dei premi e delle prestazioni a fini assicurativi, prevedesse un periodo transitorio troppo prolungato (6 + 2 anni); inoltre sembrava eccessivamente rigido nello stabilire che la Direttiva si applicasse soltanto ai contratti di assicurazione conclusi dopo la sua entrata in vigore, senza tener conto che i sistemi di pensione e i contratti privati di pensioni integrative, stipulati prima di questo termine, potrebbero contenere elementi di discriminazione in base al sesso ancora per intere generazioni (punto 2.9).

Si veda altresì l'opinione del Comitato economico e sociale, su cui cfr. paragrafo 2 di questo Capitolo, secondo cui «appare poco prudente, nonché in contraddizione con l'obiettivo della proposta, consentire agli Stati membri, nell'ambito generale della libertà di erogazione dei servizi e della libertà di stabilimento nel settore assicurativo, di poter derogare per sei anni a tale principio di non-discriminazione» (punto 2.6.1).

¹⁵⁸ Rispetto ai sei anni originariamente previsti, il periodo transitorio ne prevede cinque.

¹⁵⁹ E. CARACCILO DI TORELLA, *The Goods and Services Directive: limitations and opportunities*, in *Feminist Legal Studies* (2005), 13, 337–347, Springer, ricorda come ad esempio nel Regno Unito l'entrata media della pensione è pari solo al 57% di quella degli uomini. Le ragioni che stanno dietro ad un *gap* così rilevante determinano una minore permanenza delle donne nel

problema avrebbe potuto essere maggiormente circoscritta se la persistente posizione di inferiorità delle donne all'interno del mercato del lavoro fosse stata più adeguatamente trattata e contrastata dalle altre direttive in materia di genere, in particolare in materia di parità di retribuzione e di trattamento in ambito giuslavoristico, questione non affrontata come problema con l'approvazione della Direttiva "Rifusione", che ha operato una sorta di manutenzione del patrimonio normativo esistente senza estendere le previsioni.

6. I punti deboli della Direttiva

Oltre ai numerosi limiti, esenzioni, eccezioni, proroghe ammesse dalla 2004/113 e che ne limano l'applicabilità e l'efficacia, condizionandone pesantemente l'impatto, vi sono delle disposizioni la cui formulazione non sembra garantirne effettività.

6.1. Le azioni positive

La disposizione sulle azioni positive non precisa le caratteristiche che queste dovrebbero avere per essere compatibili con il principio della parità di trattamento, come già nelle altre direttive antidiscriminatorie¹⁶⁰. La conseguenza sembra essere l'ammissibilità di interpretazioni tanto estensive, quanto restrittive.

Tuttavia, sarebbe improprio che gli Stati membri non raccogliessero l'invito del legislatore, come è accaduto in alcuni recepimenti nazionali, o che non rispettino le indicazioni rinvenibili dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia che ne ha chiarito l'ammissibilità anche nella forma di priorità automatiche, purché si tratti di criteri non rigidi, ma cedevoli rispetto alla valutazione obiettiva della posizione dei candidati uomini¹⁶¹.

6.2. Legittimazione ad agire e onere della prova

La Direttiva non richiede particolari formalità per il conferimento della legittimazione ad agire, opportunamente riconoscendo un margine di apprezzamento agli Stati membri: resta irrisolto il quesito se occorra o meno il consenso della vittima, posto che richiederlo significherebbe sottovalutare il profilo di tutela dell'interesse collettivo proprio di ogni forma di contrasto alle discriminazioni.

La previsione di azioni giudiziali a carattere collettivo¹⁶², non presente nella Direttiva, è stata raccolta da alcuni legislatori nazionali (fra cui quello italiano) in fase di recepimento.

mondo del lavoro e una ridotta presenza oraria, con l'effetto di conseguire, in media, una retribuzione più bassa.

¹⁶⁰ C. FAVILLI, *La non discriminazione nell'Unione europea*, cit., pp. 348 ss.

¹⁶¹ Cfr. la giurisprudenza sulle azioni positive e sulle quote casi C-450/93, *Kalanke c/Freie Hansestadt Bremen*; C-409/95, *Hellmut Marschall c. Land Nordrhein-Westfalia*; C-158/97, *Badeck*; C-407/98, *Abrahamsson*; causa 43/75, *Defrenne*.

¹⁶² L. CURCIO, *Le azioni in giudizio e l'onere della prova*, in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, (a cura di M. Barbera), Milano, Giuffrè, 2007, 544 definisce tale omissioni come «poco comprensibile».

Come per le altre previsioni antidiscriminatorie¹⁶³, la disposizione che riconosce una attenuazione dell'onere della prova è da ricondurre alle difficoltà della vittime della discriminazione di fornire prove specifiche e "piene".

6.3. *I rimedi: sanzioni, risarcimento, indennità*

L'impianto dei rimedi e delle sanzioni assume una notevole rilevanza, rappresentando lo strumento di "concretizzazione" delle disposizioni sostanziali e un momento di verifica e controllo circa la "tenuta" dei divieti di discriminazione.

La Direttiva richiede procedure giudiziarie o amministrative, comprese quelle conciliative¹⁶⁴ e il riconoscimento di un indennizzo o del risarcimento dei danni subiti dalla vittima della discriminazione: questi devono essere reali e effettivi, dissuasivi e proporzionati¹⁶⁵.

L'inclusione del pagamento di indennizzi alle vittime delle discriminazioni potrebbe suggerire l'inquadramento della reazione alle infrazioni, nell'ambito di una nozione sanzionatoria dell'indennizzo¹⁶⁶.

In proposito, è stata segnalata una contraddizione fra i requisiti proposti dalla Direttiva "Servizi": infatti un indennizzo matematicamente proporzionato al danno subito dovrebbe limitarsi a ripristinare la situazione *qua ante* (pure se monetizzandola) e vedrebbe così stemperata la sua efficacia dissuasiva; viceversa un indennizzo fortemente dissuasivo dovrebbe normalmente eccedere la mera proporzione con il danno subito¹⁶⁷.

Per risolvere questa contraddizione potrebbe proporsi un'interpretazione del requisito della proporzionalità non riferito unicamente al rapporto fra indennizzo e pregiudizio subito dalla vittima, ma anche a quello tra indennizzo e gravità della infrazione, consentendo così di recuperarne la dimensione sanzionatoria, sebbene il riferimento al "danno subito", come parametro della proporzionalità, renderebbe forzata questa interpretazione¹⁶⁸.

¹⁶³ Il legislatore europeo aveva introdotto un alleggerimento dell'onere della prova nel 1997, con l'approvazione della direttiva 97/80 i cui principi sono recentemente confluiti nella Direttiva "Rifusione" (art. 19, co. 1). Disposizioni analoghe sono contenute nelle altre direttive di seconda generazione: art. 10, Direttiva "Altri fattori"; art. 8, Direttiva "Razza".

¹⁶⁴ A. GUARISIO, *Le soluzioni conciliative*, in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, (a cura di M. Barbera), Milano, Giuffrè, 2007, 566, per un quadro comunitario delle procedure di conciliazione: art. 7, co. 1, Direttiva "Razza"; art. 9, co. 1, Direttiva "Altri fattori"; art. 6, co. 1, sir. 76/207 come sostituito dall'art. 1, co. 5, dir. 2002/73; art. 17, Direttiva "Rifusione". In relazione alla tutela giudiziaria e in generale alla protezione accordata alla vittima delle discriminazioni le Direttive del 2000, "Razza" "Altri fattori", contengono le stesse indicazioni. Cfr. L. CURCIO, *Le azioni in giudizio e l'onere della prova*, cit., 530.

¹⁶⁵ Cfr. art. 1, Direttiva "Occupazione" (che ha ripreso le disposizioni di cui all'art. 6, co. 1 e 2 Dir. 76/207 e ora rifuse nella Dir. 2006/54, artt. 17 e 18); art. 15, Direttiva "Razza"; art. 17, Direttiva "Altri fattori", pur se con leggere differenze nel testo.

¹⁶⁶ Analoga considerazione può farsi in riferimento alle direttive 43, 78 e 54.

¹⁶⁷ A. GUARISIO, *I provvedimenti del giudice*, cit., 585-6, evidenzia come il testo della Direttiva metta in luce tale contraddittorietà e come l'espressa previsione del risarcimento fra le sanzioni, indichi la volontà del legislatore comunitario di intenderlo in funzione, anche se non esclusivamente, sanzionatoria.

¹⁶⁸ GUARISIO, *I provvedimenti del giudice*, cit., 586

Il riferimento alla dissuasività non comporta una opzione a favore del danno punitivo che, compatibile con l'ordinamento comunitario, non ne rappresenta tuttavia la derivazione.

La Direttiva non sollecita nulla né in relazione alla tipologia del danno risarcibile, né di massimali previsti, né alla tipologia di sanzione, lasciando il dovuto margine di apprezzamento agli Stati membri, che l'hanno variamente utilizzato in sede di recepimento.

In proposito, va sottolineata l'opzione di favore per il carattere atipico dei provvedimenti giudiziari, in risposta alla assoluta atipicità dell'illecito discriminatorio, fatto agevolato dall'estrema sinteticità delle disposizioni della Direttiva in merito alle sanzioni, delle quali si chiede soltanto che siano reali, efficaci, proporzionate, dissuasive¹⁶⁹.

A margine, si segnala che la disposizione di chiusura¹⁷⁰ – che prevedeva l'obbligo degli Stati Membri non soltanto di *comunicare* alla Commissione il testo delle disposizioni di recepimento e una tavola di concordanza tra queste e la Direttiva, ma anche di farlo *immediatamente* – sia stata resa più blanda nella stesura definitiva: scomparsa la tavola di concordanza e divenuta la comunicazione un mero obbligo di informazione alla Commissione, ne sembra essere stata stemperata la forza.

7. La Direttiva 113 e le Direttive di seconda generazione

Posto che la Direttiva 113 rientra a pieno nel percorso evolutivo del diritto antidiscriminatorio di seconda generazione, può risultare significativo offrire una lettura sinottica di alcune disposizioni, presenti in forme analoghe in tutte le direttive di seconda generazione.

Similmente alle Direttive “Razza” e “Altri fattori”, la Direttiva “Beni e servizi” è stata approvata dopo circa un anno di negoziato inserendosi in un percorso, *in itinere*, di progressiva estensione della tutela dell'individuo, che proseguirà nel senso di un allargamento dell'ambito oggettivo di protezione¹⁷¹.

Non inclusa nell'operazione di risistemazione, attuata con la Direttiva “Rifusione”, in conseguenza della non omogeneità dell'oggetto¹⁷², la Direttiva “Servizi” presenta una struttura definitoria analoga a quest'ultima (e quindi anche alla Direttiva “Occupazione” in essa confluita) e delle Direttive “Razza” e “Altri fattori”, sembrando potersi confermare la tendenza del legislatore comunitario ad adottare una base di nozioni e concetti comune a tutte le previsioni antidiscriminatorie¹⁷³.

La Direttiva 113 riproduce la struttura e alcune definizioni “tipiche” delle direttive di nuova generazione; sebbene rispetto alle direttive del 2000 vi sia una diversa presentazione delle nozioni, il loro contenuto è sostanzialmente coincidente.

¹⁶⁹ Considerando 27: Gli Stati membri dovrebbero prevedere sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive applicabili in caso di violazione degli obblighi risultanti dalla presente direttiva.

¹⁷⁰ Originariamente art. 16 della proposta di direttiva – COM(2003)657 – poi tradotto nell'art. 17 della direttiva.

¹⁷¹ COM(2008)0426.

¹⁷² La Direttiva “Rifusione” mirava a “rifondere” le disposizioni in materia di occupazione e impiego.

¹⁷³ Così L. GUAGLIONE, *Le discriminazioni basate sul genere*, cit., 254.

7.1. Ambito oggettivo

Partendo dall'ambito oggettivo, mentre la Direttiva "Altri fattori" e la Direttiva "Rifusione" riguardano esclusivamente la materia giuslavoristica, la Direttiva "Razza" si era estesa fino a ricomprendere anche la protezione sociale e le prestazioni sociali, l'istruzione, l'accesso a beni e servizi e alla loro fornitura, incluso l'alloggio. Analogo ambito oggettivo si trova nella Proposta di direttiva "Altri fattori-*bis*".

Alla luce di ciò, la scelta di restringere l'ambito di applicazione della Direttiva 113 alla sola materia dell'accesso e della fornitura di beni e servizi suggerisce una diversa volontà da parte del legislatore, che non sembra voler offrire al genere una protezione coincidente con quella prevista per gli altri fattori di discriminazione.

Quanto alla mancata specifica relativamente al settore degli alloggi, prevista tanto nella Direttiva "Razza", quanto nella Proposta "Altri fattori-*bis*", la ragione va probabilmente ricondotta non tanto alla volontà di tracciare una distinzione, come riduzione della tutela, quanto piuttosto alla minore delicatezza che tale settore ha in relazione al genere, ai fini del contrasto alle discriminazioni.

7.2. Nozioni

Se le definizioni di discriminazione diretta e indiretta appaiono analoghe in tutte le direttive¹⁷⁴, alla nozione di molestie, introdotta con le Direttive "Razza" e "Altri fattori" come «comportamento indesiderato» a causa di uno dei motivi vietati, il cui scopo o effetto è «di violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante od offensivo»¹⁷⁵, viene affiancata quella delle molestie sessuali.

Questa distinzione, propria delle sole direttive sul genere, era stata introdotta dalla Direttiva "Occupazione", che definiva le molestie sessuali come «situazione nella quale si verifica un comportamento indesiderato a connotazione sessuale, espresso in forma fisica, verbale o non verbale, avente lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona, in particolare creando un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante o offensivo».

Nella Direttiva 2004/113, rilevano le molestie che hanno come oggetto o conseguenza la lesione della dignità; la maggiore concretezza sembra imporsi in quanto non è sufficiente lo scopo, ovvero il solo intento del soggetto agente.

In generale, può affermarsi che a livello definitorio, la Direttiva "Servizi" riprende le nozioni della Direttiva "Occupazione", poi confluite nella Direttiva "Rifusione", con l'unica differenza rappresentata dalla sostituzione di alcuni termini, senza significative conseguenze sul piano degli effetti o nella prospettiva dell'evoluzione del diritto antidiscriminatorio.

Va segnalata la diversa formulazione delle direttive laddove vietano la discriminazione «a causa»¹⁷⁶ ovvero «basata»¹⁷⁷ su uno dei fattori di rischio. La

¹⁷⁴ Art. 2, Direttiva, "Razza"; art. 2, Direttiva "Altri fattori"; art. 2, Direttiva "Beni e servizi"; art. 2, Direttiva "Rifusione"; art. 2, Proposta "Altri fattori-*bis*".

¹⁷⁵ Artt. 2, Direttiva "Razza"; art. 2, Direttiva "Altri fattori".

¹⁷⁶ Direttive "Razza" e "Beni e servizi".

¹⁷⁷ Direttiva "Altri fattori".

diversità di enunciazione è stata interpretata, rivenendo nella prima delle due una più estensiva dizione, tale da ricomprendere anche le cosiddette discriminazioni per associazione¹⁷⁸. Vietare una discriminazione in quanto *basata* su un *ground* sembra richiedere che la stessa sia una conseguenza del possesso di una qualità da parte della vittima del comportamento. Essere invece discriminati *a causa* di una qualità, non necessariamente ne implica il possesso diretto da parte della vittima della discriminazione, che potrebbe essere discriminata in conseguenza di una qualità posseduta da un soggetto, con il quale essa viene in contatto o è in rapporto¹⁷⁹.

L'inclusione dell'ordine di discriminare fra le discriminazione, che pure rappresenta una previsione tipica delle direttive antidiscriminatorie¹⁸⁰, è stata ripresa nella Proposta di direttiva "Altri fattori-*bis*" come «istruzione di discriminare». Questa potrebbe implicitamente richiedere una maggiore specificità rispetto il generico "ordine". Al contrario, potrebbe altresì ritenersi che "ordine" sia maggiormente idoneo ad un contesto caratterizzato da un potere di comando in senso proprio, mentre "istruzione" ha una portata più ampia e generale, e più adatta alle direttive nel rapporto di lavoro privato.

Neppure in materia di azioni positive si registrano novità rispetto alle previsioni precedenti o successive contenute nella altre direttive.

7.3. Mezzi di ricorso e esecuzione

Anche nelle misure da adottare per la difesa dei diritti (ricorsi, onere della prova, riparazione e protezione della vittime) vi è una sostanziale continuità fra i diversi atti.

La disposizione sulla legittimazione ad agire per conto e a sostegno delle vittime delle discriminazioni di genere nell'accesso e nella fornitura di beni e servizi non rappresenta una novità introdotta dalla Direttiva 2004/113: disposizioni analoghe erano già contenute nelle Direttive "Razza" (art. 7) e "Altri fattori" (art. 9), la disciplina base delle quali è identica a quella contenuta all'art. 8, co. 3.

¹⁷⁸ D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto*, cit., 260.

Si parla di discriminazione per associazione, quando la vittima venga discriminata non per una caratteristica propria, ma in quanto essa ha un rapporto o è in contatto con chi possiede la caratteristica che determina la discriminazione.

¹⁷⁹ L'estensione della tutela dalle discriminazioni, anche a chi non ne sia diretta vittima è un portato della recente pronuncia *Coleman*, Corte di giustizia, sentenza del 17 luglio 2008, C-303/06, in cui si afferma che l'ambito soggettivo di tutela contro le discriminazioni dirette sul posto di lavoro basate sulla disabilità si estende anche al genitore che viene discriminato a causa della disabilità del figlio, al quale presta «la parte essenziale delle cure di cui quest'ultimo ha bisogno»; secondo l'avvocato Generale, la dignità umana viene «lesa tanto nel momento in cui viene discriminata direttamente, quanto nel momento in cui vede qualcun altro patire una discriminazione per il semplice fatto di essere in rapporto con lei». Su questa pronuncia cfr.: L. CALAFÀ, *Disabilità, discriminazione e molestia "associata": il caso Coleman l'estensione elastica del campo di applicazione soggettivo della direttiva 2000/78*, in *Rivista critica di diritto del lavoro*, 2008, 4, p. 1169-1172; D. VENTURI, *Osservatorio di giurisprudenza e politiche comunitarie del lavoro - Effettività della tutela comunitaria contro la discriminazione diretta fondata sull'handicap ed estensione dell'ambito soggettivo della tutela: il caso Coleman*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2008, 3, pp. 849-853.

¹⁸⁰ Artt. 2, par. 4, Direttiva "Razza"; art. 2, par. 4, Direttiva "Altri fattori"; art. 4, par. 4, Direttiva "Beni e servizi"; art. 2, par. 2, lett. b, Direttiva "Rifusione".

Analogamente, la previsione dell'obbligo per gli Stati membri di designare organismi per la promozione della parità di trattamento (art. 12) è pure una costante essendo già presente nelle Direttive "Razza" (art. 13), "Occupazione" (art. 8-*bis*), "Rifusione" (art. 20), non invece nella "Altri fattori"¹⁸¹.

In generale, molte delle disposizioni della Direttiva 113 si situano lungo una linea di ideale continuità rispetto alle analoghe previsioni delle direttive approvate sulla base dell'art. 13 TCE, aspetto che impone una verifica delle evoluzioni fin qui compiute dal diritto antidiscriminatorio comunitario, nel tentativo di ipotizzare quelle di prossima realizzazione.

8. Segue. Le direttive al di fuori dell'ambito giuslavoristico: "Razza", "Beni e servizi" e Proposta "Altri fattori"

Il diverso ambito oggettivo di applicazione, rispetto alle direttive nella materia giuslavoristica, suggerisce un'analisi specifica rispetto agli atti che con la Direttiva 113 presentano una più marcata contiguità, in quanto le differenze appaiono di rilievo.

A parte quanto detto a proposito dell'assenza del settore degli alloggi, giustificabile in riferimento alla minore rilevanza del genere rispetto a tale ambito, la Direttiva "Servizi" appare circondata da una serie di limiti, cautele, proroghe, sconosciute tanto dalla Direttiva "Razza", quanto dalla Proposta di direttiva "Altri fattori-*bis*".

Istruzione, protezione sociale, sicurezza sociale e vantaggi sociali, assistenza sociale e contenuto dei media sono inclusi nella Direttiva "Razza" e nella Proposta "Altri fattori-*bis*", non invece nella Direttiva 2004/113.

Il riferimento alla necessità di tutelare la vita privata e familiare e le transazioni effettuate in questo ambito, presente nel preambolo della Direttiva "Razza"¹⁸² e della proposta "Altri fattori-*bis*"¹⁸³, nella Direttiva "Servizi" si è tradotto nell'applicabilità del divieto di trattamenti differenziati, nell'offerta e nella fornitura di beni e servizi, esclusivamente «al di fuori dell'area della vita privata e familiare» (art. 3, par. 1).

Analogamente rispetto alla necessità di riaffermare la pienezza dell'autonomia contrattuale, avvertita nella Direttiva "Beni e Servizi" (art. 3, par. 2), ma non prevista nella Direttiva "Razza", né nella nuova proposta di Direttiva "Altri fattori", in cui è collocata soltanto in sede di *considerando* (16 e 17).

¹⁸¹ La previsione è stata contemplata solo in relazione ai fattori di razza/origine etnica e genere, non invece per gli altri fattori di discriminazione contemplati dalla Direttiva "Altri fattori", che comunque contiene indicazioni, non cogenti, che incoraggiano il dialogo sociale (artt. 13 e 14) e l'adozione di misure specifiche e azioni positive.

¹⁸² *Considerando* 4: «È importante rispettare tali diritti e libertà fondamentali, tra cui il diritto alla libertà di associazione. È altresì importante riguardo all'accesso ai beni e ai servizi e alla fornitura degli stessi, rispettare la protezione della vita privata e familiare e delle transazioni operate in tale contesto».

¹⁸³ *Considerando* 17: «Oltre a vietare la discriminazione, è importante che al tempo stesso vengano rispettati gli altri diritti e libertà fondamentali, tra cui la tutela della vita privata e familiare e delle transazioni effettuate in questo ambito, nonché la libertà di religione e di associazione. La presente direttiva lascia impregiudicate le normative nazionali in materia di stato coniugale o di famiglia, inclusi i diritti di riproduzione. Inoltre non pregiudica la laicità dello stato, delle istituzioni o degli organismi statali o dell'istruzione».

La formulazione dell'articolo 5 o la riaffermazione della tutela della libertà contrattuale, se paiono sostenere una posizione decisa nel non consentire alterazioni agli equilibri della mediazione mercantile, sembrerebbero tuttavia ammettere il rischio che la pienezza dell'autonomia contrattuale possa subire limitazioni¹⁸⁴.

Soltanto la Direttiva "Servizi" prevede periodi transitori in materia di fattori attuariali, ma questo aspetto appare conseguenza della non rilevanza di un loro utilizzo per i *ground* razza, origine etnica e altri fattori.

In proposito, la dottrina ha evidenziato come nella Direttiva 2004/113 si registri un tentativo di maggiore attenzione verso due "preoccupazioni" non contemplate nella Direttiva "Razza": da un lato, la salvaguardia di comparti che assumono la differenza di genere quale modulo organizzativo (fruizione differenziata per genere, beni o servizi destinati esclusivamente a un genere, fenomeni associativi fondati sul genere); dall'altro, la riduzione dell'impatto di genere sul calcolo dei rischi e dei costi tipici di alcuni "prodotti" (prioritariamente quelli finanziari e assicurativi), che possono operare ora a vantaggio dell'uno ora dell'altro sesso¹⁸⁵.

L'impianto della Direttiva sembra ispirato più al rispetto di una declinazione *politically correct* del concetto di discriminazione, da reprimere sempre e comunque¹⁸⁶, anche nell'ambito dei rapporti interprivati, che non ad una volontà di garantirne concretezza.

Fatta eccezione per la disposizione sulle azioni positive, che tuttavia non impone obblighi ma attribuisce una mera facoltà agli Stati membri, la Direttiva sembra infatti mirare all'estensione del principio di uguaglianza formale dai rapporti fra cittadini e istituzioni, a quelli fra soggetti privati (o che operano come tali), senza attenzione a disinnescare gli strumenti che rischiano di renderla non operativa.

9. Cenni conclusivi

9.1. Le contrastanti indicazioni della Direttiva "Servizi"

Il percorso che ha condotto all'adozione della Direttiva "Beni e Servizi" non è stato scevro da difficoltà e ostacoli che ne hanno condizionato i contenuti e ridotto l'impatto potenzialmente innovativo, mettendone a repentaglio la finalità, o comunque rimettendo in discussione i progressi compiuti, in ambito comunitario, grazie ad altri atti¹⁸⁷.

In realtà, non sono le singole esclusioni ed eccezioni a suscitare perplessità, ma l'essere queste, coniugate alle significative differenze introdotte rispetto alle altre direttive, sembrando trasparire che la discriminazione legata al genere susciti meno "timori" di quelle fondate su altri fattori o che, comunque, vi sia una

¹⁸⁴ Ad esempio D. LA ROCCA, *Le discriminazioni nei contratti di scambio di beni e servizi*, cit., 289. Della stessa autrice cfr. *Eguaglianza e libertà contrattuale nel diritto europeo: le discriminazioni nei rapporti di consumo*, Torino, Giappichelli, 2008.

¹⁸⁵ D. LA ROCCA, *Le discriminazioni nei contratti di scambio di beni e servizi*, cit., 317.

¹⁸⁶ D. LA ROCCA, *Le discriminazioni nei contratti di scambio di beni e servizi*, cit., 317.

¹⁸⁷ A. MCCOLGAN, *La directive relative aux biens et aux services: oeuf de vicaire ou quasi-bénédiction?*, in *Revue du droit européen de l'égalité des genres*, n. 1/2009, <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=641&langId=it&moreDocuments=yes>.

minore attenzione e sensibilità nel contrastarla e nel “sacrificare” contrapposti interessi, al fine di garantirla.

Numerosi sono stati i rilievi critici a proposito delle restrizioni dell’ambito oggettivo della 2004/113. Secondo alcuni autori sarebbe difficile pensare che la specificità e la complessità delle questioni poste dal principio di parità tra uomini e donne in settori diversi dal mercato del lavoro possano risultare condensabili e riconducibili ad un intervento limitato alla parità di trattamento nel mercato dei consumi¹⁸⁸.

Non sono neppure mancate perplessità sul lessico utilizzato nella costruzione delle fattispecie e nelle definizioni utilizzate, lontani dalla precisione terminologica che un tempo caratterizzava la materia privatistica¹⁸⁹.

Per tali ragioni, la dottrina ha offerto una lettura della Direttiva nei termini di un arretramento e come un “gioco al ribasso” nel percorso di compiuta tutela dell’individuo che, fino a tale atto, aveva avuto una evoluzione regolare.

Essa è stata intesa come una forma di *self restraint* da parte degli organismi comunitari¹⁹⁰ che hanno preferito non incidere ambiti particolarmente delicati, come ad esempio quello della rappresentanza politica¹⁹¹, confinando un intervento annunciato con enfasi come attuativo del principio di parità tra uomini e donne nei settori diversi dal mercato del lavoro¹⁹², al solo mercato dell’accesso e della fornitura di beni e servizi. Secondo alcuni autori, al contrario, ciò potrebbe essere inteso quale conseguenza della scelta di assegnare un primato all’ambito della tutela civilistica dei diritti individuali¹⁹³.

La Direttiva “Beni e servizi”, nonostante le numerose lacune, omissioni, limitazioni, ha oggettivamente ridotto il *gap*, creato dalla Direttiva “Razza”, nella tutela rispetto al genere. Per tale ragione, è stata intesa come l’inizio di un nuovo e ambizioso periodo del diritto antidiscriminatorio, uscito dai confini della sfera tradizionale di azione della parità di genere, ovvero quella giuslavoristica, e come riaffermazione della centralità del genere, nel quadro delle previsioni finalizzate al raggiungimento della parità.

Parte della dottrina ha inteso la Direttiva 2004/113 come spinta verso un ripensamento del significato dell’uguaglianza di genere e un riassetto complessivo della legislazione esistente¹⁹⁴, in linea con la generale tendenza all’applicazione del principio antidiscriminatorio in campi diversi dell’occupazione e del rapporto di lavoro, pure se ancora in forma embrionale e sperimentale¹⁹⁵.

¹⁸⁸ D. LA ROCCA, *Le discriminazioni nei contratti di scambio di beni e servizi*, cit.

¹⁸⁹ Ad esempio D. LA ROCCA, *Le discriminazioni nei contratti di scambio di beni e servizi*, cit., 328 afferma come forse ci si poteva attendere uno sforzo di maggiore precisione.

¹⁹⁰ D. LA ROCCA, *Le discriminazioni nei contratti di scambio di beni e servizi*, cit., 316.

¹⁹¹ Cfr. paragrafo 2 del Capitolo secondo sul parere emesso dal CoR, che aveva sottolineato come fosse importante perseguire l’uguaglianza fra uomini e donne in ogni ambito della vita, in particolare nella sfera politica e in quella professionale.

¹⁹² COM(657)2003. Cfr. paragrafo 1 del presente capitolo.

¹⁹³ Cfr. D. LA ROCCA, *Le discriminazioni nei contratti di scambio di beni e servizi*, cit., 293.

¹⁹⁴ M. BARBERA, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità*, cit..

¹⁹⁵ F. GUARIELLO, *Il ruolo delle istituzioni e della società civile*, in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, (a cura di M. Barbera), Milano, Giuffrè, 2007, 471.

Essa rappresenta, altresì, l'esempio di come l'apertura di fronti di protezione nuovi rispetto all'occupazione abbia determinato risultati positivi anche per le discriminazioni di genere¹⁹⁶ e, in termini pratici e prosaici, va riconosciuto come, pur con il carattere parziale e imperfetto, essa sia sempre meglio dell'assenza completa di qualsiasi atto¹⁹⁷.

Tuttavia, alcune disposizioni della Direttiva appaiono, sì, di grande rilevanza, ma meramente astratta e questo si è riflesso e si riflette sulla normativa di attuazione¹⁹⁸ e sul giudizio complessivo circa il valore da dare a questo atto.

Se, infatti, essa vieta, in linea di principio, l'utilizzo di prassi e pratiche discriminatorie, di fatto ne ammette esplicitamente l'applicazione, attraverso i numerosi limiti, deroghe, eccezioni.

9.2. Una nuova centralità del genere nella tutela antidiscriminatoria?

Un aspetto da approfondire, e sul quale si tornerà in sede di conclusione, riguarda l'interrogativo circa la collocazione del genere nella "gerarchia" dei fattori di rischio e circa la perdita della centralità del genere e della sua specificità, rispetto agli altri *ground*.

A questa domanda non è possibile fornire una risposta univoca: dopo l'approvazione della Direttiva "Servizi", la gerarchia del genere rispetto agli altri fattori per un verso, ne è stata rafforzata, riaffermandosi la necessità di una tutela specifica e differenziata rispetto agli altri fattori¹⁹⁹, per un altro, ne è risultata indebolita, risultando la razza più ampiamente protetto, quanto ad ambito oggettivo.

Con l'approvazione della nuova proposta di direttiva che estenderà, anche per gli altri fattori di rischio diversi da razza e genere, già oggetto della Direttiva "Altri fattori", una tutela analoga a quella prevista dalla Direttiva "Razza", il sesso/genere verrà configurato quale *ground* con il minore ambito oggettivo di tutela.

Quanto alla perdita della centralità del genere e della sua specificità rispetto agli altri fattori non è, al momento, possibile tracciare una conclusione certa, anche perché se è indiscutibile che le tutele previste per gli altri *ground* sono state tracciate sulla base di quella prevista per il genere, traslando nozioni e concetti, è altresì indiscutibile che vi sia una omogeneità di queste nozioni e concetti per tutti gli ambiti di contrasto alle discriminazioni. Ma sul punto si tornerà in sede di conclusioni²⁰⁰.

¹⁹⁶ Così L. GUAGLIONE, *Le discriminazioni basate sul genere*, cit., 287.

¹⁹⁷ A. MCCOLGAN, *La directive relative aux biens et aux services: oeuf de vicair ou quasi-bénédiction?*, cit., 26. L'autrice spiega come il titolo sia una metafora per indicare qualcosa di parzialmente buono e parzialmente cattivo, sebbene all'origine tale espressione sottintendesse che la parte cattiva aveva inquinato anche quella buona. L'espressione *oeuf de vicair*, che letteralmente tradotto suonerebbe come l'uovo del vicario, risale ad un disegno pubblicato nella rivista satirica *Punch* che mostrava un vicario mentre faceva colazione dal suo vescovo. Quando questo gli fece notare che gli era stato servito un uovo marcio, il vicario rispose "Ma no, Monsignore, vi assicuro che alcune parti sono buone" (traduzione libera).

¹⁹⁸ Cfr. Capitolo quinto.

¹⁹⁹ La necessità di una tutela differenziata per il genere, rispetto agli altri fattori emerge dalla scelta di adottare atti separati, dall'affermazione del *gender mainstreaming*, dalla creazione di un organismo, l'Istituto europeo sul genere, sconosciuto per gli altri *ground*.

²⁰⁰ Cfr. paragrafo 7 del Capitolo sesto.

9.3. La Direttiva 2004/113: uniformità o frammentazione del diritto antidiscriminatorio?

Un'ulteriore questione da analizzare è incentrata sugli effetti della Direttiva "Servizi" nei termini di implementazione o meno della coerenza e dell'uniformità del diritto antidiscriminatorio di seconda generazione.

Alcuni autori mostrano scetticismo²⁰¹: nonostante le numerose disposizioni comuni rispetto alle altre direttive adottate sulla base dell'art. 13 TCE, essa, come visto²⁰², se ne discosta in più punti e spesso in maniera non immediatamente comprensibile.

In secondo luogo, va evidenziato uno scarso coordinamento con le altre direttive sulla parità di genere. Ad esempio si veda la dir. 86/613 (parità di trattamento nel lavoro autonomo²⁰³), che non prevede azioni positive, né sanzioni.

Questa assenza di coordinamento rischia di determinare un impatto negativo nei termini di ineguale posizione delle donne sul posto di lavoro e, in particolare, quanto alle condizioni finanziarie, al di fuori del mercato del lavoro.

Su tale base, è interessante percorrere due ulteriori interrogativi sui quali si tornerà successivamente: *in primis*, circa la direzione evolutiva (o meglio come può già anticiparsi le direzioni evolutive) del diritto antidiscriminatorio comunitario²⁰⁴; in secondo luogo, quanto alla configurabilità di un diritto antidiscriminatorio "europeo" di matrice comunitaria, derivante dalla reciproca influenza, in rapporto dialettico, fra diritto antidiscriminatorio comunitario e diritti nazionali antidiscriminatori²⁰⁵.

9.4. Uguaglianza come differenza e come antisubordinazione

È interessante approfondire la possibilità di interpretare la Direttiva "Servizi" quale prisma, rispetto alla riflessione sul principio di uguaglianza, non soltanto nella dimensione della non discriminazione, ma anche nei termini di considerazione delle differenze²⁰⁶ e di antisubordinazione del genere femminile al genere maschile²⁰⁷.

²⁰¹ E. CARACCILO DI TORELLA, *The Goods and Services Directive: limitations and opportunities*, in *Feminist Legal Studies* (2005), 13, 337–347, Springer.

²⁰² Cfr. paragrafi 7 e 8 di questo Capitolo.

²⁰³ Si ricorda in proposito come ad Ottobre 2008, la Commissione ha pubblicato una proposta per una nuova direttiva, COM(2008)636.

²⁰⁴ Cfr. paragrafo 4 del Capitolo sesto.

²⁰⁵ Cfr. paragrafo 10 del Capitolo quinto.

²⁰⁶ S. NICCOLAI, *Differenze come cose o come valutazioni*, in F. Cerrone, M. Volpi (a cura di), *Sergio Panunzio. Profilo intellettuale di un giurista*, Jovene, Napoli, 2007; I. RUGGIU, *Effettività del diritto e protezione delle minoranze. Per un principio costituzionale della diversità*, in *Polemos*, 1/2009, 27 ss.; I. RUGGIU, *La diversità culturale come bene pubblico tra Europa e Stati costituzionali*, in *Rom e Sinti in Italia. Tra stereotipi e diritti negati*, (a cura di) R. Cerchi, G. Loy, 97 ss. che ricorda come alcune Costituzioni abbiano sperimentato l'inserimento di clausole che superano il concetto di minoranza e tentano di recepire e affrontare la diversità nel suo complesso e come l'Unione europea sia un traino in tal senso.

²⁰⁷ Cfr. M.A. BARRÈRE UNZUETA, *Diritto antidiscriminatorio, femminismo e multiculturalismo, Il principio di uguaglianza di donne e uomini come strategia per una rilettura giuridica*, in *Diritti delle donne tra particolarismo e universalismo, Ragion pratica*, n. 23, 2004, 364; B. PEZZINI,

Il termine “Genere” è la traduzione italiana dell’inglese “gender”, in uso nelle scienze sociali a partire dalla metà degli anni '70 e indica la costruzione sociale e culturale dell’essere uomo e donna²⁰⁸. A differenza del sesso, ancorato al dato biologico dell’appartenenza sessuale, il genere risulta variabile in base al luogo e alla società di riferimento²⁰⁹.

La riflessione sul multiforme atteggiarsi dell’uguaglianza, supporta nella valutazione di come individuare i beni e i servizi prevalentemente o esclusivamente riservati e offerti ad un solo sesso (accesso al credito differenziato sulla base del sesso, esclusione dal principio della parità di trattamento per i circoli privati) o distinti sulla base del genere, obbligando a misurare l’impatto antidiscriminatorio da cui essa origina.

La lettura dell’uguaglianza come considerazione delle differenze ammette misure di tutela volte a ridurre o eliminare il loro impatto negativo, attraverso la protezione di individui o categorie di individui deboli o ad eliminare le disuguaglianze, attivando azioni positive; ammette anche misure di promozione, che valorizzano differenze culturali (misure finalizzate al riconoscimento delle

Uguaglianza e matrimonio. Considerazioni sui rapporti di genere e sul paradigma eterosessuale nel matrimonio secondo la Costituzione italiana, in *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto*, (a cura di) B. Pezzini, Jovene, Napoli, 2008, 91 e della stessa autrice *L’uguaglianza uomo-donna come principio anti-discriminatorio e come principio anti-subordinazione*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare, Il diritto costituzionale come regola e limite al potere* (a cura di G. Brunelli - A. Pugiotto - P. Veronesi), Jovene, Napoli, 2009, 1141 ss.

²⁰⁸ Tra le numerose opere sull’argomento appaiono significative K. BARTLETT, A. P. HARRIS, D. RHODE, *Gender and the Law*, Aspen Publishers, New York, 2002; S. FREDMAN, *Women and the Law*, Oxford University Press, 2002; R. GRAYCAR, J. MORGAN, *The hidden gender of the law*, The federation press, Sydney, 2002; J. PILCHER, I. WHELEHAN, *50 Keys Concepts in Gender Studies*, Sage Publication Ltd, London, 2005; J. BROWNE, *The principle of equal treatment and gender*, in *The Future of Gender*, J. Browne (eds.), Cambridge University Press, Cambridge, 2007; G. GRIFFIN, R. BRAIDOTTI (eds.), *Thinking differently*, Zed books, London, 2002.

²⁰⁹ Per un inquadramento cfr. S. PICCONE STELLA, C. SARACENO, *Introduzione. La storia di un concetto e di un dibattito*, S. Piccone Stella, C. Saraceno (a cura di), *La costruzione sociale del femminile e del maschile*, Il Mulino, Bologna 1996; T. PITCH, *Un diritto per due*, il Saggiatore, Milano, 1998. Sul genere come categoria analitica, cfr. E. CISLAGHI, *Pensare il genere per un’analisi complessa*, in *Genere e pari opportunità: teorie e pratiche, Quaderni del Dipartimento di Scienze giuridiche*, n. 20, 2004, 9. Sul tema cfr. B. PEZZINI, *L’uguaglianza uomo-donna come principio anti-discriminatorio e come principio anti-subordinazione*, cit., 1148, che ricorda come «Il processo di elaborazione sociale delle differenze tra i sessi definisce i generi maschile e femminile anche nella forma di una costruzione giuridica che segna il modo di essere sessuato della società, la duplice presenza di uomini e donne marcata dalla differenza di ruoli e dalla disparità di potere connessa a tali ruoli»; della stessa autrice *Principio costituzionale di uguaglianza e differenza tra i sessi (a proposito della legge 125/1991 sulle azioni positive)*, in *Pol. dir.*, 1993, 51. In riferimento specificamente all’ambito della rappresentanza politica, B. PEZZINI, *L’art. 117, 7° comma e la definizione dell’ambito delle pari opportunità*, in *Diritti sociali tra uniformità e differenziazione*, B. Pezzini (a cura di), Giuffrè, Milano, 2005, 9 ss; *Guardare il diritto con la coscienza del genere: la democrazia paritaria*, in AA.VV., *Regioni: quali Statuti e quali leggi elettorali?*, Roma, Presidenza del Consiglio dei Ministri, 2003, 112; *Le quote come strumento di empowerment*, in AA.VV., *La parità dei sessi nella rappresentanza politica*, Giappichelli, Torino 2003, 94; *Il riequilibrio di genere nella legislazione elettorale*, in R. D’Alimonte, C. Fusaro (a cura di), *La legislazione elettorale italiana. Come migliorarla e perché*, il Mulino, Bologna, 2008, 111.

identità) e si fondano su una concezione multiculturale della società (misure di valorizzazione delle specificità)²¹⁰.

Nella valutazione di come l'uguaglianza si rapporta alla materia dell'accesso a beni e servizi, sembra emergere l'insufficienza della regola antidiscriminatoria, che agisce l'uguaglianza in un processo di inclusione, aprendo al soggetto discriminato uno spazio prima o altrimenti precluso, senza che questo venga ridefinito dal processo di inclusione²¹¹.

L'indagine si avvia alla ricerca di una regola, in grado di contribuire anche alla ridefinizione di tutti i soggetti coinvolti e dello spazio stesso, così che questo sia reso abitabile da tutti e da tutte, in funzione del superamento di un assetto di potere.

Può anticiparsi che questa regola viene individuata nel principio antisubordinazione²¹², che viene ad assumere uno spessore particolare in relazione al "dilemma" della differenza²¹³ di genere, che orienta anche tutto il tema dei diritti sociali²¹⁴.

Il principio antisubordinazione «prescrive la costruzione della relazione di genere in modo da eliminare ogni forma di subordinazione e ogni manifestazione della gerarchizzazione e dell'asimmetria che stigmatizzi e discrimini il femminile come inferiore»; al tempo stesso, incorpora la qualità relazionale del genere come categoria analitica, cioè la capacità della norma di definire il maschile in relazione al femminile e viceversa.

Posto che la definizione del genere si attegga come un'operazione socialmente determinata, «la norma antisubordinazione agisce in una dimensione necessariamente mobile e dinamica, in quanto richiede la costante ridefinizione dei due generi, sfuggendo al rischio di isolare le caratteristiche associate al genere in una statica dimensione essenzialistica o naturalistica»²¹⁵.

²¹⁰ L. GIANFORMAGGIO, *L'eguaglianza e le norme*, in *Scritti per Umberto Scarpelli*, (a cura di L. Gianformaggio), Giuffrè, Milano, 1997 e *Eguaglianza, donne e diritto*, Il Mulino, Bologna, 2005.

²¹¹ B. PEZZINI, *L'uguaglianza uomo-donna come principio anti-discriminatorio e come principio anti-subordinazione*, cit., 1141 ss.

²¹² Cfr. paragrafo 8 del Capitolo sesto.

²¹³ L'espressione «dilemma della differenza» viene introdotta dagli studi di Martha Minow, in particolare *Learning to live with the Dilemma of Difference: Bilingual and Special Education*, *Law and Contemporary Problems*, 48, 2, 1984 e *Making all the difference. Inclusion, exclusion, and American law*, Cornell Univ. Press, Ithaca-London, 1990, e rimarca che la differenza viene perpetuata sia notandola che ignorandola, sia da un trattamento indifferenziato che da un trattamento diseguale; si veda D. MORONDO TARAMUNDI, *Il dilemma della differenza*, cit., p. 73 sg.

²¹⁴ B. PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali: indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*, Milano, Giuffrè, 2001; e della stessa autrice *Diritti sociali tra uniformità e differenziazione: legislazione e politiche regionali in materia di pari opportunità, previdenza e lavoro dopo la riforma del titolo V*; Milano, Giuffrè, 2005; da ultimo *I diritti sociali del non cittadino*, Relazione al convegno annuale A.I.C. "Lo statuto costituzionale del non cittadino", Cagliari, 16-17 ottobre 2009, in www.associazionecostituzionalistiitaliani.it.

²¹⁵ B. PEZZINI, *L'uguaglianza uomo-donna come principio anti-discriminatorio e come principio anti-subordinazione*, cit., 1159.

CAPITOLO TERZO

IL RECEPIMENTO ITALIANO DELLA DIRETTIVA “BENI E SERVIZI”

1. Introduzione

L'Italia ha provveduto al recepimento della Direttiva 2004/113²¹⁶, con l'approvazione del Decreto legislativo 6 novembre 2007, n. 196²¹⁷, che ha modificato il «Codice delle pari opportunità tra uomo e donna»²¹⁸.

Il D. Lgs. 196/2007 ha inserito, nel Codice delle Pari opportunità, un Titolo II-*bis* sulla «Parità di trattamento tra uomini e donne nell'accesso a beni e servizi e loro fornitura», successivamente al Titolo II, sulla «Pari opportunità nell'esercizio dell'attività d'impresa», all'interno del Libro III dedicato alle «Pari opportunità tra uomo e donna nei rapporti economici».

2. Il contenuto del recepimento italiano

Il Titolo aggiunto dall'art. 1, D. Lgs. 196/2007, che risulta articolato in tre capi dedicati alle «Nozioni di discriminazione e divieto di discriminazione», alla «Tutela giudiziaria dei diritti in materia di accesso a beni e servizi e loro fornitura» e da ultimo alla «Promozione della parità di trattamento».

2.1. *Profili sostanziali*

La parte definitoria che riguarda la materia dell'accesso e della fornitura di beni e servizi (Capo I), è composta da tre articoli, di cui il primo (art. 55-*bis* – Nozioni di discriminazione), riprende meccanicamente le nozioni di discriminazione diretta²¹⁹ (art. 55-*bis*, co. 1), indiretta²²⁰ (art. 55-*bis*, co. 2), molestie²²¹ (art. 55-

²¹⁶ La Direttiva 2004/113 è inserita nell'Allegato B della legge 25 gennaio 2006, n. 29 (legge comunitaria 2005).

²¹⁷ D. Lgs. 6 novembre 2007, n. 196, entrato in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione, titolato «Attuazione della direttiva 2004/113/CE che attua il principio della parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura».

²¹⁸ Si tratta del D.Lgs. 11 aprile 2006, n. 198, emanato sulla base dell'art. 6 della legge 28 novembre 2005, n. 246, c.d. Codice delle pari opportunità tra uomo e donna. Sul tema cfr. *inter alia* G. DE MARZO (a cura di), *Il codice delle pari opportunità*, Milano, Giuffrè, 2007; A. Minervini (a cura di), *Il codice delle pari opportunità. Pari opportunità nel lavoro*, Napoli, Jovene, 2008.

²¹⁹ «Sussiste discriminazione diretta, ai sensi del presente titolo, quando, a causa del suo sesso, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra persona in una situazione analoga».

²²⁰ «Sussiste discriminazione indiretta, ai sensi del presente titolo, quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere le persone di un determinato sesso in una posizione di particolare svantaggio rispetto a persone dell'altro sesso, a meno che tale disposizione, criterio o prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il conseguimento di tale finalità siano appropriati e necessari».

²²¹ «Sono considerate come discriminazioni, ai sensi del presente titolo, anche le molestie, ovvero quei comportamenti indesiderati, fondati sul sesso, aventi come oggetto o conseguenza

bis, co. 4), molestie sessuali²²² (art. 55-*bis*, co. 5), fissate dalla Direttiva "Servizi".

Nel dettare la nozione di discriminazione diretta, il legislatore nazionale aveva inizialmente ritenuto di restringere la formulazione contenuta nella Direttiva, secondo cui discriminazione diretta sussiste quando una persona è trattata meno favorevolmente di quanto *sia, sia stata o sarebbe trattata* un'altra persona in una situazione analoga, omettendo il riferimento alla situazione presente: nel decreto di recepimento era infatti scomparso il riferimento all'attualità (attraverso la non riproduzione del "*sia*").

Questa omissione non è stata dettata dalla volontà di restringere l'ambito di applicazione temporale del divieto di discriminazione, ma è piuttosto frutto di un mero errore materiale, cui si è posto rimedio attraverso un successivo Comunicato,²²³ che ha ricondotto il recepimento italiano alla formulazione comunitaria²²³.

A parte questo aspetto, il legislatore nazionale ha testualmente replicato il testo della Direttiva 2004/113, declinando le diverse nozioni di discriminazione, senza nessun coordinamento con le previsioni già presenti nell'ambito dello stesso Codice delle pari opportunità.

Alla discriminazione diretta viene equiparato ogni trattamento meno favorevole della donna in ragione della gravidanza e della maternità, nella materia dell'accesso e della fornitura di beni e servizi (art. 55-*bis*, co. 3), così come l'ordine di discriminare direttamente o indirettamente (art. 55-*bis*, co. 6).

L'articolo rubricato «Nozioni di discriminazione» (art. 55-*bis*) introduce l'eccezione per cui non costituiscono discriminazione le differenze di trattamento nella fornitura di beni e servizi destinati esclusivamente o principalmente a persone di un solo sesso, qualora siano giustificate da finalità legittime perseguite con mezzi appropriati e necessari (comma 7).

2.2. Ambito oggettivo e soggettivo di applicazione del divieto

L'individuazione dei destinatari contenuta nella Direttiva viene ripresa quasi letteralmente dal decreto di recepimento, in cui si afferma che il divieto di discriminazione «si applica a tutti i soggetti, pubblici e privati, fornitori di beni e servizi che sono a disposizione del pubblico e che sono offerti al di fuori dell'area della vita privata e familiare e delle transazioni ivi effettuate» (art. 55-*ter*, co. 2).

la lesione della dignità di una persona e la creazione di un ambiente intimidatorio, ostile, degradante, umiliante o offensivo».

²²² «Sono considerate come discriminazioni, ai sensi del presente titolo, anche le molestie sessuali, ovvero quei comportamenti indesiderati con connotazioni sessuali, espressi a livello fisico, verbale o non verbale, aventi come oggetto o conseguenza la lesione della dignità di una persona, in particolare con la creazione di un ambiente intimidatorio, ostile, degradante, umiliante o offensivo».

²²³ Comunicato 18 gennaio 2008, relativo al D. Lgs. 6 novembre 2007, n. 196, recante: «Attuazione della direttiva 2004/113/CE che attua il principio della parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura». Nel decreto legislativo citato in epigrafe, pubblicato nel sopraindicato supplemento ordinario, nella parte in cui è riportato l'art. 55-*bis* del decreto legislativo n. 198 del 2006, al comma 1, dove è scritto: «è trattata meno favorevolmente di quanto sia stata o sarebbe trattata un'altra persona», leggasi: «è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra persona».

La successiva disposizione esclude espressamente l'applicabilità del divieto di discriminazione nell'impiego e nell'occupazione (in cui è incluso il lavoro autonomo), nonché nel contenuto dei mezzi di comunicazione e della pubblicità, e nell'istruzione, sia pubblica, sia privata (art. 55-ter, co. 3).

Ripercorrendo la perimetrazione offerta dalla Direttiva, il legislatore non ha ritenuto di utilizzare la facoltà riconosciuta agli Stati membri di introdurre disposizioni più favorevoli.

Restano impregiudicate la libertà contrattuale delle parti, se la scelta del contraente non si basi sul sesso della persona (art. 55-ter, co. 4), e le disposizioni più favorevoli alla protezione della donna, in relazione alla gravidanza e alla maternità (art. 55-ter, co. 5). Successivamente è riconosciuto che il rifiuto o la sottomissione a molestie e molestie sessuali non può determinare una decisione che interessi la vittima di queste condotte e vengono vietati i comportamenti ritorsivi (art. 55-ter, co. 6).

Infine, è prevista la tutela della vittimizzazione anche a favore di coloro che, pur essendo inizialmente estranei alla discriminazione, abbiano aiutato e supportato la vittima nella reazione contro il comportamento discriminatorio e siano stati discriminati anch'essi per questa ragione (art. 55-ter, co. 7).

L'art. 5 della Direttiva, dedicato al diverso trattamento usualmente riservato alle donne nella stipulazione di polizze per la responsabilità civile, con particolare riferimento alla polizza vita, alla RC obbligatoria per la circolazione dei veicoli, alle polizze sanitarie, è stato recepito all'art. 55-quater.

In esso si afferma che, nei contratti stipulati successivamente alla data di entrata in vigore del decreto di attuazione della Direttiva, l'utilizzo del sesso nella determinazione dei fattori attuariali non può determinare differenze di prezzo o di prestazione nel calcolo dei premi e delle prestazioni a fini assicurativi e di altri servizi finanziari.

In ogni caso, differenze nei premi o nelle prestazioni individuali non possono essere prodotte come effetto dei costi inerenti la gravidanza e la maternità.

Il soggetto competente a verificare che le eventuali differenze basate sul sesso siano fondate su dati attuariali e statistici affidabili è individuato nell'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private e di interesse collettivo. L'Isvap, cui compete la raccolta, la pubblicazione e l'aggiornamento di questi dati, deve relazionare, almeno una volta l'anno, all'Ufficio previsto presso il Dipartimento per le pari opportunità.

Il mancato rispetto delle prescrizioni previste per l'utilizzo di tariffe differenziate in base al sesso, da parte degli operatori del settore, è qualificato come violazione del divieto di discriminazione.

Fortemente limitativa è la specifica in base a cui l'Istituto provvede allo svolgimento delle attività ad esso assegnate con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente, senza che venga previsto un apposito stanziamento in bilancio.

2.3. Profili processuali

2.3.1. Il procedimento per la tutela individuale dalle discriminazioni

Il Capo II del titolo sull'accesso e la fornitura di beni e servizi, rubricato «Tutela giudiziaria dei diritti in materia di accesso a beni e servizi e loro fornitura», è suddiviso in tre articoli che disciplinano il procedimento per la tutela contro le

discriminazioni (art. 55-*quinquies*), l'onere della prova (art. 55-*sexies*), la legittimazione ad agire (art. 55-*septies*).

Chi ritenga di essere stato vittima di una discriminazione nell'accesso e nella fornitura di beni e servizi, può adire il giudice mediante un ricorso depositato (anche personalmente) nella cancelleria del Tribunale del luogo del proprio domicilio.

Conformemente alla Direttiva, la domanda può essere proposta anche dopo la cessazione del rapporto nel quale si ritiene si sia verificata la discriminazione, fatti salvi gli effetti della prescrizione.

Al giudice monocratico, designato dal presidente del Tribunale, è riconosciuta la facoltà di procedere «nel modo che ritiene più opportuno» all'attività istruttoria giudicata indispensabile, in relazione ai presupposti e ai fini dell'emissione del provvedimento richiesto.

Il giudice provvede in camera di consiglio, sentite le parti e omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio.

Quanto ai contenuti della pronuncia, all'autorità giudiziaria è riconosciuta un'ampia discrezionalità, potendo ordinare la cessazione del comportamento pregiudizievole e adottare ogni altro provvedimento idoneo a rimuovere gli effetti della discriminazione (art. 55-*quinquies*).

Il giudice provvede ad accogliere o rigettare la domanda con un'ordinanza immediatamente esecutiva, salvi i casi di urgenza, nei quali adotta un decreto motivato, dotato di immediata esecutività²²⁴.

Il reclamo contro l'ordinanza può essere proposto entro quindici giorni dalla notifica, al tribunale in composizione collegiale, di cui non può far parte il giudice che ha emanato l'ordinanza²²⁵.

2.3.2. Le sanzioni per la violazione del divieto di discriminazione

Il completamento della disciplina prevista nella Direttiva è stato attuato mediante la predisposizione di specifici rimedi indennitari e risarcitori.

Come si ricorda, la 2004/113 riconosceva un'ampia facoltà decisionale agli Stati membri (artt. 8, co. 2 e 14), richiedendo rimedi caratterizzati dall'efficacia, dalla proporzionalità, dalla dissuasività.

Il legislatore italiano ha tradotto questo obiettivo prevedendo un articolato sistema risarcitorio e di sanzioni²²⁶.

Innanzitutto, è riconosciuta la risarcibilità del danno, anche non patrimoniale; il giudice può tenere conto anche dei comportamenti posti in essere con finalità ritorsive, cioè come reazione a qualunque attività volta ad ottenere la parità di trattamento o la cessazione del comportamento discriminatorio.

²²⁴ In tale caso il giudice, cui è riconosciuta la facoltà di assumere sommarie informazioni, fissa, con lo stesso decreto, l'udienza di comparizione delle parti davanti a sé entro un termine non superiore a quindici giorni, assegnando all'istante un termine non superiore a otto giorni per la notificazione del ricorso e del decreto. A tale udienza, il giudice, con ordinanza, conferma, modifica o revoca i provvedimenti emanati nel decreto.

²²⁵ Si applicano, in quanto compatibili, gli articoli 737 («Forma della domanda e del provvedimento»), 738 («Procedimento») e 739 («Reclami delle parti») c.p.c.

²²⁶ A. GUARISO, *I provvedimenti del giudice*, in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, (a cura di M. Barbera), Milano, Giuffrè, 2007, 585 e 586.

Nel caso in cui sia accertata la discriminazione da parte di destinatari di benefici statali o regionali (comprese le agevolazioni finanziarie o creditizie) o di soggetti che abbiano stipulato contratti di appalti pubblici, di servizi o di forniture, ne viene disposta la revoca. Nei casi più gravi, le amministrazioni o gli enti pubblici a cui il giudice abbia comunicato il provvedimento di condanna dispongono l'esclusione, per due anni, da qualsiasi ulteriore concessione di agevolazioni finanziarie o creditizie e da qualsiasi appalto.

Sono ulteriormente previste sanzioni penali, per chi non ottemperi o comunque eluda l'esecuzione dei provvedimenti del giudice (ammenda fino a 50.000 euro o arresto fino a tre anni).

2.3.3. L'onere della prova

Conformemente alla Direttiva, viene stabilito che il ricorrente che deduce in giudizio elementi di fatto idonei a presumere la violazione del divieto di discriminazione, pone il convenuto nella situazione di dover provare che non vi è stata la violazione del medesimo divieto (art. 55-*sexies*).

La condotta discriminatoria non deve quindi essere provata direttamente. La presenza di sufficienti elementi di fatto, da cui possa essere presunta la discriminazione, fa sorgere in capo al convenuto l'onere di provare l'insussistenza tanto del carattere discriminatorio della sua azione, quanto della stessa sua azione²²⁷.

2.3.4. Tutela collettiva

La Direttiva chiedeva di provvedere affinché le associazioni, le organizzazioni o le altre persone giuridiche con un interesse legittimo al rispetto delle disposizioni in essa contenute fossero poste in condizioni di agire in via giudiziaria o amministrativa, per conto o a sostegno della vittima della discriminazione (art. 8, co. 3).

Il legislatore nazionale ha individuato il requisito per la legittimazione ad agire nell'inserimento di associazioni e enti in un apposito elenco²²⁸, subordinandola ad una valutazione delle finalità programmatiche del soggetto richiedente e della continuità dell'azione.

Quanto alle procedure per conferire il mandato, è prevista una delega che deve essere rilasciata, a pena di nullità, per atto pubblico o scrittura privata autenticata, in nome e per conto o a sostegno della vittima della discriminazione (art. 55-*septies*, co. 1).

Il recepimento nazionale ha inserito una sorta di *class action*, non prevista dalla Direttiva e attivabile quando venga posto in essere un atto o un comportamento discriminatorio di carattere collettivo e non siano individuabili, in modo immediato e diretto, i soggetti lesi dalle discriminazioni; in questi casi il ricorso può essere presentato dalle associazioni o dagli enti rappresentativi dell'interesse leso dalla discriminazione (art. 55-*septies*, co. 2).

²²⁷ L. CURCIO, *Le azioni in giudizio e l'onere della prova*, cit., 529 ss..

²²⁸ Questo elenco viene approvato con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, o per sua delega del Ministro per i diritti e le pari opportunità, di concerto con il Ministro per lo sviluppo economico.

2.3.5. *Promozione della parità di trattamento*

Il Capo III dedicato alla «Promozione del principio di parità di trattamento nell'accesso a beni e servizi e loro fornitura» si apre con una disposizione secondo cui, al fine di promuovere il principio della parità di trattamento nell'accesso e nella fornitura di beni e servizi, il Ministro per i diritti e le pari opportunità favorisce, mediante consultazioni periodiche, il dialogo con le associazioni, gli organismi e gli enti che hanno un legittimo interesse alla rimozione delle discriminazioni.

2.3.6. *Ufficio per la promozione della parità di trattamento nell'accesso a beni e servizi e loro fornitura*

L'istituzione di un Ufficio per la promozione della parità di trattamento nell'accesso a beni e servizi e loro fornitura (art. 55-*novies*) rappresenta una risposta alla richiesta di creare o individuare organismi per la promozione, l'analisi, il controllo e il sostegno alla parità di trattamento per ragioni legate al sesso (art. 12, Dir. 2004/113).

Questo Ufficio, creato all'interno del Dipartimento per i diritti e le pari opportunità, a sua volta incardinato presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, è individuato nell'ambito della struttura che si occupa degli interventi in materia di parità e pari opportunità.

A questa spettano la rimozione di qualsiasi forma di discriminazione fondata sul sesso, nonché attività di promozione, analisi, controllo e sostegno della parità di trattamento nell'accesso a beni e servizi e loro fornitura, che nel rispetto della Direttiva, devono essere svolte in modo autonomo e imparziale.

Vengono specificati alcuni compiti, fra cui l'assistenza indipendente alle vittime di discriminazione, lo svolgimento di inchieste indipendenti per verificare l'esistenza di fenomeni discriminatori, attività di promozione quanto all'adozione (da parte di soggetti pubblici e privati, in particolare da parte delle associazioni e degli enti rappresentativi) di misure specifiche (tra cui progetti di azioni positive), volte ad evitare discriminazioni a causa del sesso nell'accesso e nella fornitura di beni e servizi.

All'ufficio è richiesto di diffondere la conoscenza degli strumenti di tutela vigenti, sensibilizzando l'opinione pubblica, attraverso campagne di informazione e comunicazione, di formulare raccomandazioni e pareri su questioni connesse alle discriminazioni basate sul sesso, nell'accesso e nella fornitura di beni e servizi, e di proporre modifiche alla normativa vigente.

Infine, deve redigere annualmente una relazione al Presidente del Consiglio dei Ministri sull'attività svolta e una seconda relazione al Parlamento, che evidenzi l'effettiva applicazione del principio di parità di trattamento nell'accesso e nella fornitura di beni e servizi e l'efficacia dei meccanismi di tutela.

A livello formativo, l'Ufficio promuove studi, ricerche, corsi di formazione e scambi di esperienze, anche in collaborazione con le associazioni e i soggetti legittimati ad agire, con le Organizzazioni non governative operanti nel settore e con gli istituti specializzati di rilevazione statistica, anche al fine di elaborare linee guida in materia di lotta alle discriminazioni.

Per garantirne l'operatività, all'Ufficio viene riconosciuta la facoltà di richiedere ad enti, persone e imprese le informazioni di cui siano in possesso, nonché di fornire i documenti utili all'esercizio delle proprie funzioni.

Quanto alla dotazione di risorse umane, la struttura può avvalersi di magistrati ordinari, amministrativi, contabili e avvocati dello Stato, in servizio presso il Dipartimento e di esperti e consulenti esterni, scelti tra soggetti, dotati di elevata professionalità nelle materie giuridiche, nonché nei settori della lotta alle discriminazioni di genere, della comunicazione sociale e dell'analisi delle politiche pubbliche.

Gli obblighi di reportistica imposti dalla Direttiva (art. 16) sono riproposti dall'art. 55-*decies*, in base al quale entro il 21 dicembre 2009 (e successivamente ogni cinque anni) la Presidenza del Consiglio dei Ministri (Dipartimento per i diritti e pari opportunità) provvede a trasmettere alla Commissione europea una relazione contenente le informazioni relative alle pari opportunità, in materia di accesso e fornitura di beni e servizi.

3. Analisi delle modalità del recepimento nazionale

3.1. *Cenni preliminari*

Preliminarmente all'analisi del processo di trasposizione nazionale, per la quale si è ritenuto di mantenere la suddivisione fra i profili sostanziali e quelli processuali, appare significativo ricordare che lo schema di decreto legislativo contenente il «Recepimento della direttiva 2004/113/CE per la parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura», è stato presentato (il 2 agosto 2007), dal Ministro per i rapporti con il Parlamento e le riforme istituzionali del Governo Prodi-II²²⁹, non invece dalla Presidenza del Consiglio, sotto cui è strutturato il Dipartimento Pari opportunità.

Uno spunto di riflessione interessante da indagare è se e in che termini possa spiegarsi l'assenza, in questa fase, del Dipartimento Pari Opportunità e quali ne siano state le conseguenze, quanto all'efficacia e all'efficienza della disciplina di recepimento.

La bozza del decreto è stata oggetto dell'esame di cinque Commissioni, Affari Costituzionali²³⁰, Bilancio²³¹, Giustizia²³², Industria, commercio, turismo²³³, Politiche dell'Unione europea²³⁴, con la formulazione di alcune osservazioni, che verranno riprese nei paragrafi seguenti.

²²⁹ Annunciato nella seduta n. 211 del 12 settembre 2007. Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare n. 132, nel corso della XV Legislatura.

²³⁰ Assegnato alla 1^a Commissione permanente (Affari Costituzionali) in sede consultiva il 22 agosto 2007; annuncio nella seduta pom. n. 211 del 12 settembre 2007; scadenza termine il 1 ottobre 2007.

²³¹ Assegnato alla 5^a Commissione permanente (Bilancio) in sede consultiva il 22 agosto 2007; annuncio nella seduta pom. n. 211 del 12 settembre 2007; scadenza termine il 1 ottobre 2007.

²³² Assegnato alla 2^a Commissione permanente (Giustizia) in sede osservazioni il 22 agosto 2007; annuncio nella seduta pom. n. 211 del 12 settembre 2007; scadenza termine il 21 settembre 2007.

²³³ Assegnato alla 10^a Commissione permanente (Industria, commercio, turismo) in sede osservazioni il 22 agosto 2007; annuncio nella seduta pom. n. 211 del 12 settembre 2007; scadenza termine il 21 settembre 2007.

²³⁴ Assegnato alla 14^a Commissione permanente (Politiche dell'Unione europea) in sede osservazioni il 22 agosto 2007; annuncio nella seduta pom. n. 211 del 12 settembre 2007; scadenza termine il 21 settembre 2007.

3.2. Profili sostanziali

Il legislatore nazionale ha optato per una trasposizione meccanica della Direttiva “Servizi”, senza percorrere la via del coordinamento rispetto alle altre nozioni di discriminazione già presenti nel Codice delle Pari opportunità.

In aggiunta, l'occasione offerta dal recepimento della Direttiva “Rifusione”, attuato con il Decreto Legislativo nr. 5 del 25 gennaio 2010, che avrebbe potuto aprire la via ad una operazione di riordino complessivo della normativa, non è stata sfruttata, con la conseguenza che il Codice risulta ancora meno uniforme e coerente al proprio interno di quanto non apparisse in precedenza.

In realtà, lo schema del Decreto di recepimento della Direttiva “Rifusione” tendeva a ridurre le ripetizioni e le formulazioni che rendevano il quadro normativo non coerente, operando un coordinamento con le disposizioni presenti nel Codice.

La parte definitoria era stata prevista nella parte iniziale del testo normativo, valida in ogni ambito di applicazione del Codice. Ciò consentiva di non riproporre le nozioni di discriminazione diretta, indiretta, molestie, molestie sessuali, ordine di discriminare (art. 1-*bis*), nei singoli ambiti di applicazione, riducendo le incongruenze.

Tuttavia, il *restyling* che appariva come un primo tentativo di ricomposizione della frammentazione di concetti e nozioni presenti nel Codice e della confusione normativa nella materia, non è stato confermato nel testo definitivo.

L'atto di recepimento della Direttiva “Rifusione” ha infatti percorso l'opzione di una riproposizione integrale delle definizioni comunitarie, mantenendo la struttura originaria del Codice. Di conseguenza, si sono determinate ripetizioni e sovrapposizioni di concetti e la presenza di alcune disposizioni sostanzialmente identiche sia nel Capo dedicato alla materia giuslavoristica, sia nell'ambito dell'accesso e della fornitura di beni e servizi.

3.3. La nozione di beni e servizi

Al fine di comprendere il perimetro entro cui agisce il divieto di trattamento differenziato nell'accesso e nella fornitura di beni e servizi, appare utile focalizzare l'attenzione su quale o quali siano le definizioni di beni e servizi conosciute nell'ordinamento interno.

Per quanto riguarda i beni, una definizione è presente all'art. 810 c.c., secondo cui «Sono beni le cose che possono formare oggetto di diritti»: ex art. 812 c.c., i beni sono immobili (il suolo, le sorgenti e i corsi d'acqua, gli alberi, gli edifici e le altre costruzioni, anche se unite al suolo a scopo transitorio, e in genere tutto ciò che naturalmente o artificialmente è incorporato al suolo, i mulini, i bagni e gli altri edifici galleggianti quando sono saldamente assicurati alla riva o all'alveo e sono destinati ad esserlo in modo permanente per la loro utilizzazione) o mobili (*a contrario*, tutti gli altri beni).

Inoltre, vi è la distinzione fra beni privati e beni pubblici e, tra questi ultimi, fra beni patrimoniali, demaniali, disponibili e indisponibili.

Non esiste, al contrario, una definizione univoca di servizi, benché sia possibile fare ricorso a numerose classificazioni: servizi pubblici e servizi privati; servizi a rilevanza economica e servizi privi di rilevanza economica; industriali e non industriali; servizi di interesse generale o meno.

Senza pretese di approfondimento e con le precisazioni per le quali si rinvia alla copiosa dottrina in materia²³⁵, un servizio viene inquadrato come pubblico, qualora sia offerto alla collettività, da parte di un soggetto pubblico.

In realtà, si è soliti distinguere fra una nozione soggettiva di servizio pubblico, che si caratterizza per il fatto che il soggetto pubblico svolge, in quanto tale, un ruolo determinante, e una oggettiva, incentrata sull'oggetto del servizio, che l'avrebbe progressivamente sostituita.

Si distingue poi fra servizi pubblici generali e servizi pubblici locali, intendendosi con quest'ultima espressione le attività svolte dagli enti locali (non riconducibili al concetto di attività amministrativa, né ad attività meramente economiche), qualificabili come attività economiche, astrattamente suscettibili di essere organizzate in forma di impresa e finalizzate alla soddisfazione di un bisogno primario della collettività locale²³⁶.

Di matrice comunitaria è la nozione di servizi di interesse generale, che rappresenta l'istituto più prossimo a quello interno di servizio pubblico²³⁷.

Anche la nozione di servizio a rilevanza economica è una ricostruzione, in via interpretativa, derivata dall'ordinamento comunitario.

A livello interno la nozione di imprenditore ex art. 2082 c.c., per cui «È imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione e dello scambio di beni o servizi», appare limitata.

La qualificazione di un servizio come "economico", infatti, passa attraverso l'offerta sul mercato e dietro il pagamento di un corrispettivo idoneo a coprire i costi e a remunerare il capitale; *a contrario*, un servizio non è economico quando viene offerto per fini non di guadagno ma di mutualità o quando, per la copertura dei costi, si faccia ricorso alla fiscalità generale o alla determinazione di tariffe al fine di esigere dall'utenza una mera compartecipazione che però non copre i costi.

Nella prospettiva comunitaria, i servizi di interesse economico generale sono quelli che devono essere garantiti con carattere di continuità, mediante l'imposizione di obblighi di servizio pubblico, anche quando non siano economicamente remunerativi.

Il discrimine tra gli istituti noti a livello nazionale, fra servizi a rilevanza economica e quelli privi di questa rilevanza, va ricondotta all'impatto che l'attività può avere sull'assetto della concorrenza e ai suoi caratteri di redditività; il servizio è di rilevanza economica quando riguarda un settore per cui esiste una redditività, almeno potenziale, e quindi una competizione sul mercato in grado di far conseguire anche obiettivi di interesse pubblico; in via residuale, sono privi di rilevanza economica i servizi che, per loro natura o per i vincoli cui

²³⁵ *Inter alia*, cfr. M. ARSÌ, *I servizi pubblici locali*, in *Trattato di Diritto Amministrativo*, Tomo II, S. Cassese (a cura di), Giuffrè, Milano, 2003, 2581 ss.; R. VILLATA, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, cit., 33.

²³⁶ F. DELLO SBARBA, *I servizi pubblici locali: modelli di organizzazione e di gestione*, Torino, Giappichelli, 2009; M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, in *Trattato di Diritto Amministrativo*, Tomo III, S. CASSESE (a cura di), Giuffrè, Milano, 2003, 2581 ss.; LIGUORI F., *I servizi pubblici locali*, Torino, 2007; S. MANGIAMELI (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Giappichelli, Torino, 2008.

²³⁷ G. GUIGLIA, *I servizi sociali nel processo di integrazione europea: dalla distinzione alla regolazione*, in *Jus*, 3, 2009.

è sottoposta in concreto la relativa gestione, non diano luogo ad alcuna competizione, risultando pertanto irrilevanti ai fini della concorrenza. In sintesi, va qualificato a rilevanza economica un servizio pubblico nel quale è presente una significativa componente economica tesa ad assicurare, non la mera copertura delle spese, ma anche un potenziale profitto d'impresa²³⁸.

3.4. Nozioni di discriminazione

A livello definitorio, si può dare spazio ad un duplice confronto: quello fra i concetti di discriminazione di genere nella trasposizione della Direttiva e nella legislazione nazionale previgente e quello rispetto a discriminazioni dovute ad altri fattori, inserite nell'ordinamento italiano con il recepimento delle Direttive "Razza" e "Altri fattori", attraverso i Decreti legislativi n. 215²³⁹ e 216²⁴⁰ del 2003.

A prima vista, la nozione di discriminazione, sia diretta, sia indiretta, originariamente proposta all'art. 55-*bis* non presenta particolari novità rispetto a quelle già conosciute nell'ordinamento nazionale come portato del recepimento delle direttive di seconda generazione.

Quanto al genere, precedentemente alla legislazione di recepimento della Direttiva "Occupazione", la discriminazione si qualificava come qualsiasi atto o comportamento idoneo a produrre un effetto pregiudizievole, discriminando, anche in via indiretta, i lavoratori a causa del sesso (così L. 903/77, in combinato disposto con la L. 125/91).

La discriminazione indiretta, comparsa a livello comunitario con la Direttiva 97/80 (art. 2) era già presente a livello domestico, a partire dalla legge 125/91, in tema di azioni positive, a norma del cui art. 4, modificato dall'art. 8, della legge nr. 196/2000 «costituisce discriminazione indiretta ogni trattamento pregiudizievole conseguente all'adozione di criteri che svantaggiano in modo proporzionalmente maggiore i lavoratori dell'uno o dell'altro sesso, e riguardano i requisiti non essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa».

Con il recepimento della Direttiva "Occupazione", la discriminazione diretta viene distinta da quella indiretta e indicata come qualsiasi atto, patto o comportamento che produca un effetto pregiudizievole discriminando le lavoratrici o i lavoratori in ragione del loro sesso e comunque il trattamento meno favorevole, rispetto a quello di un'altra lavoratrice o di un altro lavoratore in una situazione analoga (art. 2, D. Lgs. 145/2005). Nella stesura del Codice Pari Opportunità questa nozione è stata riproposta in termini analoghi (art. 25, co. 1, rubricato «Discriminazione diretta e indiretta»).

Se la definizione in vigore prima del Decreto legislativo 30 maggio 2005, nr. 145 si imperniava su un'azione (atto o comportamento) e sul relativo impatto (effetto pregiudizievole), la nozione successiva sembra maggiormente concentrarsi

²³⁸ Vi è poi la ulteriore distinzione fra servizi industriali e non industriali, ora superata, introdotta dalla legge 448/2001, legge finanziaria per il 2002, che ha previsto per tali fattispecie, discipline assai differenziate fra loro. M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, cit., 2618 ss.

²³⁹ Decreto Legislativo 9 luglio 2003, n. 215, «Attuazione della direttiva 2000/43/CE per la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica».

²⁴⁰ Decreto Legislativo 9 luglio 2003, n. 215, «Attuazione della direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro».

sull'effetto che si produce, senza riguardo per l'autore dell'atto o del comportamento, né per l'elemento soggettivo²⁴¹.

Attraverso la locuzione che include nella discriminazione «comunque il trattamento meno favorevole», l'inquadramento della discriminazione è in termini oggettivi, non rilevando l'intento discriminatorio del soggetto agente ma il solo pregiudizio prodotto sulla vittima e il fatto che il comportamento discriminatorio sia determinato dal sesso²⁴².

La nozione di discriminazione indiretta, non definita, ma richiamata nella legislazione interna prima del recepimento della Direttiva "Occupazione" (L. 903/77, in combinato disposto con la L. 125/91), è stata introdotta dal D. Lgs. 145/2005 e ripresa in termini analoghi dal Codice pari opportunità: «Si ha discriminazione indiretta, ai sensi del presente titolo, quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri mettono o possono mettere i lavoratori di un determinato sesso in una posizione di particolare svantaggio rispetto a lavoratori dell'altro sesso, salvo che riguardino requisiti essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa, purché l'obiettivo sia legittimo e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari» (art. 25, co. 2).

La nozione di discriminazione, oltre che in forma diretta e indiretta, può atteggiarsi come molestie, come molestie sessuali e come ordine di discriminare.

Anche per queste nozioni, come per la configurazione della discriminazione diretta e indiretta, la declinazione è in termini sostanzialmente identici in tutte le normative di recepimento delle Direttive post-2000, sembrando avviato il percorso verso un'unificazione dei concetti chiave del diritto antidiscriminatorio.

In un quadro di sostanziale analogia di concetti e definizioni, il legislatore italiano che ha recepito la Direttiva 2004/113, ha riproposto per ognuna delle diverse accezioni in cui la nozione di discriminazione nello specifico ambito dell'accesso e della fornitura di beni e servizi, "arricchendo" il Codice delle Pari opportunità di una serie di nuove nozioni di discriminazione.

Rispetto alla nozione di discriminazione diretta già presente nel Codice delle Pari opportunità (art. 25, nella formulazione precedente al recepimento della Direttiva "Rifusione"), quella introdotta per l'accesso a beni e servizi contempla l'ampliamento delle fattispecie astrattamente in essa comprensibili.

Infatti, mentre l'art. 25, inerente la materia giuslavoristica, faceva riferimento a «qualsiasi atto, patto o comportamento, nonché l'ordine di porre in essere un atto o un comportamento, che produca un effetto pregiudizievole discriminando le lavoratrici o i lavoratori in ragione del loro sesso e, comunque, il trattamento meno favorevole rispetto a quello di un'altra lavoratrice o di un altro lavoratore in situazione analoga», quella relativa all'implementazione della Direttiva 113 è diversamente declinata. Affermare, infatti, che una discriminazione diretta sussiste «quando, a causa del suo sesso, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra persona in

²⁴¹ Cfr. sul punto L. GUAGLIONE, *Le discriminazioni basate sul genere*, cit., 260 ss.

²⁴² L. GUAGLIONE, *Le discriminazioni basate sul genere*, cit., 259; L. LAZZERONI, *Molestie e molestie sessuali: nozioni, regole, confini*, in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, (a cura di M. Barbera), Milano, Giuffrè, 2007, 382 ss. (384).

una situazione analoga», sembra enfatizzare che la discriminazione potrebbe prodursi anche in assenza di una comparazione o comunque in presenza di una comparazione eventuale ed ipotetica.

La nozione di discriminazione indiretta in vigore prima del recepimento della Direttiva “Servizi” e quella successiva non presentano variazioni sostanziali, caratterizzandosi per l’inclusione anche di disposizioni, criteri o prassi solo potenzialmente idonei a porre i lavoratori di un determinato sesso in una posizione di particolare svantaggio.

Questo conferma una caratteristica delle direttive di seconda generazione, cioè l’astrazione da quel giudizio di comparazione che caratterizzava le discriminazioni, già nota in relazione agli altri fattori di rischio²⁴³ per i quali la nozione di discriminazione è tracciata in termini analoghi rispetto al genere.

Con l’implementazione della Direttiva “Rifusione” il quadro definitorio già confuso e non coerente è stato nuovamente inciso ampliando la nozione di discriminazione diretta in ambito giuslavoristico, fino a comprendere «qualsiasi disposizione, criterio, prassi, atto, patto o comportamento» (art. 25, co. 1), analogamente a quanto formulato in relazione all’accesso a beni e servizi.

Inoltre è stata inserita la previsione per cui costituisce discriminazione ogni «trattamento meno favorevole in ragione dello stato di gravidanza, nonché di maternità o paternità, anche adottive, ovvero in ragione della titolarità e dell’esercizio dei relativi diritti» (art. 25, co. 2-bis) e quella volta ad equiparare alle discriminazioni i trattamenti meno favorevoli subiti da una lavoratrice o da un lavoratore per il fatto di aver rifiutato o di essersi sottomesso alle molestie o alle molestie sessuali (art. 26, co. 2-bis).

A margine, circa la nozione di molestia, si segnala la contiguità rispetto alla nozione di *mobbing*, secondo quanto riportato nel parere al Senato.

3.5. Sesso e genere:intercambiabilità di concetti?

Una segnalazione va fatta circa l’utilizzo nel decreto di recepimento della Direttiva “Servizi” del termine “sesso”, in luogo di “genere”²⁴⁴ che si ritiene sarebbe stato più appropriato.

Quella che sembrerebbe a prima vista una mera questione terminologica, in realtà mostra poca consapevolezza dell’evoluzione (anche lessicale) in atto anche a livello nazionale, che vede un sempre maggiore riferimento al genere anche come categoria analitica²⁴⁵.

²⁴³ Per il fattore di rischio razza, cfr. art. 2, co. 1, lett. a), D. Lgs. 215/2003 (che ha recepito la Direttiva “Razza”), a mente del quale sussiste «discriminazione diretta quando, per la razza o l’origine etnica, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un’altra in situazione analoga». Cfr. anche art. 2, co. 1, lett. a), D. Lgs. 216/2003 (che ha recepito la Direttiva “Altri fattori”), secondo cui sussiste «discriminazione diretta quando, per religione, per convinzioni personali, per handicap, per età o per orientamento sessuale, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un’altra in una situazione analoga».

²⁴⁴ Sulla distinzione fra sesso e genere, cfr. paragrafo 9.4 del Capitolo Secondo.

²⁴⁵ Cfr. Ddl Senato, 1864, XVI Legislatura «Misure per l’attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento tra uomini e donne», che prevede l’obbligo «di equilibrata rappresentanza di genere nei consigli di amministrazione delle società a controllo pubblico» (art. 1) e delle società a partecipazione pubblica (art. 2), nonché l’obbligo di

Inoltre, il riferimento al sesso viene a determinare una indebita e ingiustificata chiusura nei confronti di chi non rientri, per caratteristiche cromosomiche, nella divisione binaria uomo/donna. Il riferimento è alle persone transessuali, intersessuali, ermafrodite, che per questa maldestra scelta rischiano di subire un pregiudizio in virtù della resistenza a ricomprendere nella nozione di sesso e di divieto di discriminazione sulla base del sesso anche le questioni riguardanti il genere.

All'indomani del recepimento della Direttiva "Rifusione", che ha espressamente incluso tra le ipotesi di discriminazioni fondate sul sesso, soltanto quelle connesse al cambiamento del sesso (art. 1-*bis*, co. 8), l'opzione di non includere nella tutela le restanti ipotesi appare sintomo di una precisa volontà legislativa, che non appare condivisibile.

Questa formulazione inoltre, esclude dalla tutela prevista dal Codice, anche le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale, benché appaia evidente che l'inclinazione sessuale non possa che essere definita in relazione al sesso di appartenenza²⁴⁶.

Se, nella prospettiva comunitaria, questo appare un riflesso della granitica giurisprudenza della Corte di giustizia che ha sempre negato che la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale possa integrare una discriminazione fondata sul sesso²⁴⁷, dal versante interno appare meno "giustificabile", ponendosi un conflitto rispetto agli artt. 2 e 3 Cost²⁴⁸.

3.6. I destinatari del divieto di discriminazione e della tutela

Il recepimento italiano prevede come destinatari i "soggetti" che offrono beni e servizi (in luogo del termine "persone") versione che appare più corretta ma contenutisticamente non dissimile da quella comunitaria.

In termini positivi, va segnalato il recepimento dell'art. 10 della Direttiva (Protezione delle vittime) che richiedeva di introdurre le disposizioni necessarie per proteggere le persone da trattamenti o conseguenze sfavorevoli in reazione o ad un reclamo o una azione volta ad ottenere il rispetto del principio della parità di trattamento.

Il legislatore nazionale ha operato un ampliamento dell'ambito soggettivo, estendendo la tutela anche a coloro che, pur essendo inizialmente estranei al rapporto fra l'autore della discriminazione e la vittima, l'abbiano aiutata o

valutazione del rispetto della parità di genere in sede di aggiudicazione delle gare di appalto (art. 3).

²⁴⁶ Cfr. O. POLLICINO, *Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario*, cit., 236.

²⁴⁷ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 17 febbraio 1998, *Grant*, C-249/96, in Racc., 1998, p. I-621; sentenza 31 maggio 2001 (cause riunite n. C-122/99 P e n. C-125/99 P), causa *D. e Regno di Svezia c. Consiglio*, in Racc., I-2885.

²⁴⁸ Da un lato, l'art. 2 Cost. riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, di cui l'orientamento sessuale è sicuramente espressione; dall'altro, l'art. 3, comma 1, Cost., si presta ad una tutela, sia includendo l'orientamento sessuale nella nozione di sesso o nella locuzione «condizioni personali», sia intendendo questa disposizione quale "catalogo aperto", volto a contrastare anche le discriminazioni diverse e ulteriori rispetto a quelle in esso elencate.

supportata nella reazione verso il comportamento discriminatorio e siano stati per questa ragione discriminati (art. 55-ter, co. 7).

3.7. Deroghe alla parità di trattamento ed eccezioni

Il divieto di discriminazione nell'accesso a beni e servizi patisce una serie di eccezioni e giustificazioni che, affermate dalla Direttiva, sono state riprese dall'atto di recepimento e per le quali vanno ribadite le riflessioni già avanzate circa la portata limitativa dell'efficacia della tutela.

La più vistosa delle deroghe all'applicazione del principio della parità di trattamento appare quella per cui «Non costituiscono discriminazione ... le differenze di trattamento nella fornitura di beni e servizi destinati esclusivamente o principalmente a persone di un solo sesso, qualora siano giustificate da finalità legittime perseguite con mezzi appropriati e necessari».

Se la genericità della formulazione poteva essere comprensibile nell'ambito di una direttiva, meno condivisibile sembra la scelta del legislatore di non dare concretezza ad espressioni quali «finalità legittime» o «mezzi appropriati e necessari».

Il rischio di una simile disposizione è di allargare potenzialmente le maglie di una eccezione che avrebbe potuto e dovuto essere rigidamente perimetrata, ad esempio circoscrivendo le ipotesi di finalità legittime o della appropriatezza e necessità dei mezzi²⁴⁹. Al contrario, senza confini certi e predeterminati per via legislativa, qualunque tipo di segregazione sulla base del sesso, nell'accesso e nella fornitura di beni e servizi, potrebbe, in ipotesi, essere fatta rientrare in una eccezione alla parità di trattamento, ed essere quindi ritenuta "legittima" ai sensi della normativa interna.

Ciò tuttavia sembra contrastare con il principio che l'atto comunitario mirava ad affermare, ovvero l'applicabilità anche nei rapporti interprivati, del generale principio di non discriminazione fra uomini e donne.

3.8. Parità di trattamento tra uomini e donne nei servizi assicurativi e altri servizi finanziari

Il recepimento dell'art. 5, disposizione chiave nell'architettura della Direttiva, è nel complesso meccanico, riproducendo l'eccezione che consente differenze proporzionate nei premi o nelle prestazioni individuali, se il fattore sesso sia determinante nella valutazione dei rischi, in base a dati attuariali e statistici pertinenti e accurati.

Successivamente al recepimento che assegnava all'Isvap poteri di verifica e vigilanza sulle differenze nei premi o nelle prestazioni basate sul sesso, è stato approvato un regolamento che individua una serie di incombenze sui soggetti che esercitano attività assicurativa²⁵⁰.

In generale, il Regolamento va nel senso di rispettare il generale principio di trasparenza e di consentire all'Isvap un controllo concreto; tuttavia l'obiettivo della Direttiva viene declinato debolmente, limitandosi il legislatore italiano, ad

²⁴⁹ Questa scelta è stata percorsa ad esempio dal Belgio. Cfr. Capitolo Quinto sui recepimenti nazionali e sesto, paragrafo 2.

²⁵⁰ Reg. 12 maggio 2009, n. 30 «Regolamento recante disposizioni in materia di parità di trattamento tra uomini e donne nell'accesso ai servizi assicurativi».

affermazioni di principio senza predisporre controlli, verifiche e soprattutto sanzioni per i casi di inosservanza.

Inoltre, l'entrata in vigore di tariffe non differenziate in base al sesso è prevista, non alla data della Direttiva o a quella del recepimento, ma a quella del regolamento di attuazione²⁵¹, sembrandone stemperata l'efficacia.

Rimane comunque da accertare come verrà verificato il dato dell'incidenza del sesso nella valutazione dei rischi e in che modo sarà garantita la pertinenza e l'accuratezza dei dati.

A margine, va notato, in termini critici, come la disposizione sembri dare per assodato che una differenza fra uomini e donne vi sia e che pertanto gli effetti ridondino sui prezzi dei prodotti e sulle prestazioni assicurative, senza il bisogno di ulteriori indagini.

Positivamente è da valutare la previsione per cui competono ad un soggetto con competenze tecniche, l'Isvap, la raccolta, la pubblicazione e l'aggiornamento dei dati da cui risulti la rilevanza del sesso nel calcolo dei fattori attuariali. L'attribuzione di questa attività all'Ufficio creato presso il Dipartimento avrebbe forse comportato il rischio di una difficile gestione del rapporto con le compagnie assicurative e finanziarie e di valutazione dei dati tecnici utilizzati.

Vista la recente approvazione del D. Lgs. 5/2010 che ha recepito la Direttiva "Rifusione" è ancora da valutare l'impatto della disposizione che consente l'utilizzo di fattori attuariali basati sul sesso nelle forme pensionistiche complementari e collettive (art. 30-*bis*, rubricato «Divieto di discriminazione nelle forme pensionistiche complementari collettive. Differenze di trattamento consentite»), materia che certamente rientra nell'ambito di applicazione della Direttiva 2004/113 e che avrebbe dunque richiesto un più attento coordinamento.

In questa disposizione, al divieto di qualsiasi discriminazione diretta e indiretta nelle forme pensionistiche complementari collettive di cui al Decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252, si accompagna la previsione che consente livelli differenti per le prestazioni qualora sia «necessaria per tener conto di elementi di calcolo attuariale differenti per i due sessi nel caso di forme pensionistiche a contribuzione definita». Si ribadisce inoltre la possibilità, nel caso di forme pensionistiche a prestazioni definite, finanziate mediante capitalizzazione, che alcuni elementi possano variare «sempreché l'ineguaglianza degli importi sia da attribuire alle conseguenze dell'utilizzazione di fattori attuariali che variano a seconda del sesso all'atto dell'attuazione del finanziamento del regime».

Circa l'utilizzo dei dati attuariali si richiede che siano affidabili, pertinenti ed accurati, senza ribadire che debba trattarsi di dati statistici.

I poteri di vigilanza e di controllo sui fattori attuariali vengono assegnati alla Commissione di vigilanza sui fondi pensione (Covip)²⁵², «anche allo scopo di evitare discriminazioni».

²⁵¹ Il Regolamento ISVAP (Reg. ISVAP 12 maggio 2009, nr. 30) stabilisce come esso valga per le tariffe elaborate successivamente all'entrata in vigore ovvero che siano state modificate.

²⁵² Alla Covip è assegnato il compito di raccogliere, pubblicare e aggiornare i dati relativi all'utilizzo del sesso quale fattore attuariale determinante, relazionando almeno annualmente al Comitato nazionale di parità e pari opportunità nel lavoro, specificando come queste attività

Questa previsione, che di fatto autorizza l'utilizzo di fattori attuariali sulla base del sesso, impone di segnalare alcuni aspetti problematici: in primo luogo, la formulazione tenue della previsione per cui, ad esempio, i dati possono anche non fare riferimento ad una base statistica; inoltre la Commissione di vigilanza opera «anche allo scopo di evitare discriminazioni», non essendo chiaro a quale altro scopo dovrebbe operare, posto che è inserita nel Codice delle pari opportunità fra uomini e donne.

Inoltre, questa disposizione è stata introdotta senza alcun coordinamento con il titolo relativo all'accesso e alla fornitura di beni e servizi, che riguarda anche la materia assicurativa; posto che viene individuato un soggetto diverso dall'Isvap per lo svolgimento dei compiti di controllo e vigilanza, è ipotizzabile che si creino anche difficoltà anche di tipo organizzativo.

3.9. Il divieto di discriminazione nei rapporti fra privati

La disposizione della Direttiva secondo cui la libertà di scelta del contraente non è pregiudicata qualora non si basi sul sesso della persona, è stata recepita meccanicamente (art. 55-ter, co. 4).

Sul piano interno, la questione va ricondotta nell'ambito del potenziale conflitto fra principio di non discriminazione e principio della libertà di iniziativa economica, che ex art. 41 Cost., in combinato disposto con gli artt. 2 e 3 Cost., impone di non discriminare l'utente o il consumatore, in ragione del sesso, nell'ambito delle iniziative economiche pubbliche o private.

L'uguaglianza è stata intesa come principio, che permea l'ordinamento e guida il legislatore prima che l'interprete, e come diritto soggettivo, e in quanto tale assoluto e tutelato *erga omnes*, anche a livello di rapporti intersoggettivi²⁵³.

La dottrina si è divisa sulla possibilità di configurare un diritto soggettivo all'uguaglianza, anche in ambito privatistico²⁵⁴, che con una posizione da

devono essere svolte con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente.

²⁵³ A. CELOTTO, *Art. 3, comma 1*, in R. Bifulco – A. Celotto – M. Olivetti (a cura di), *La Costituzione italiana, Commento agli artt. 1-54*, Torino, 2006.

²⁵⁴ Ripercorre le diverse posizioni della dottrina: M. CENTINI, *La tutela contro gli atti di discriminazione: la dignità umana tra il principio di parità di trattamento ed il divieto di discriminazioni soggettive*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3, 2007, p. 2403-2449. Nei termini di una configurabilità di un diritto soggettivo all'uguaglianza, cfr. P. BARILE, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1972, 424-425; C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958; A. CERRI, *L'eguaglianza giuridica nei rapporti interprivati: spunti e riflessioni a partire dalla giurisprudenza in materia di lavoro*, in *Foro it.*, 1992, I, 1526. Contra: L. PALADIN, *Il principio costituzionale di eguaglianza*, Milano, 1965, 213 ss.; A.S. AGRÒ, *Art. 3*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione italiana*, Bologna-Roma, 1975, 124 ss.; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Tomo II, Padova, 1976, 1023; A. PACE, *Eguaglianza e libertà*, in *Politica del diritto*, 2, 2001, 156-157. Si veda pure P. MOROZZO DELLA ROCCA (a cura di), *Principio di uguaglianza e divieto di compiere atti discriminatori*, ESI, Napoli, 2002; G. PASETTI, *Discriminazioni in diritto privato e precetto costituzionale di eguaglianza*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Padova, 1974, 2313 ss. e 2319 ss. e P. RESCIGNO, *Sul cosiddetto principio di eguaglianza nel diritto privato*, in *Foro it.*, 1960, parte I, 664.

Per la giurisprudenza costituzionale cfr. Corte cost. 103/89 che nell'affrontare la materia dei limiti ai poteri privati, evoca i contenuti del principio di eguaglianza, pur non argomentando espressamente su di esso. Secondo CERRI la Corte ha inteso operare un riferimento ad un

ritenersi superata, era stato negato dalla giurisprudenza precedente all'ingresso nell'ordinamento interno del diritto antidiscriminatorio²⁵⁵.

Nell'ordinamento italiano non esiste un obbligo di contrarre, fatte salve le ipotesi assolutamente eccezionali previste per il monopolista (art. 2597 c.c.) e per il concessionario di pubblico servizio (art. 1679 c.c.).

Il quesito circa l'eventuale introduzione di un diverso assetto dell'obbligo a contrattare come conseguenza del recepimento della Direttiva "Servizi" è stato risolto dalla dottrina civilistica in termini negativi, sembrando diversamente stravolti i principi cardine del diritto civile nazionale²⁵⁶.

La complessità del tema imporrebbe altresì di indagare l'applicabilità del divieto di discriminazioni alle diverse fasi contrattuali, ma nell'economia di questo lavoro, si rinvia alla dottrina che si è occupata del tema, limitandosi brevemente a ricordare come il riferimento (tanto nella Direttiva, quanto nella normativa di riferimento), non soltanto all'accesso ma anche alla fornitura di beni e servizi, determina l'applicabilità del divieto dalla fase della trattativa, sino all'esecuzione e quindi all'effettivo godimento del bene o del servizio²⁵⁷.

Nella prospettiva del presente lavoro, è interessante riflettere se e in che termini possano essere tracciate analogie o differenze, quanto all'atteggiarsi del rapporto autonomia privata/uguaglianza, nei diversi atti che riguardano la materia privatistica del diritto antidiscriminatorio comunitario, in quanto funzionale alla ricostruzione del ruolo del genere nel quadro della tutela dei fattori di rischio²⁵⁸.

3.10. Tutela contro le discriminazioni basate sul sesso nell'accesso e nella fornitura a beni e servizi

Se i profili sostanziali della Direttiva, le nozioni, i limiti, l'ambito di applicazione oggettivo e soggettivo, sono stati riprodotti in modo sostanzialmente automatico e poco innovativo, senza sfruttare i margini di manovra consentiti, lo stesso non può dirsi circa la disciplina processuale.

Più che della volontà del legislatore nazionale di dare una maggiore forza ed effettività alla tutela giudiziale contro le discriminazioni di genere, nell'accesso e nella fornitura di beni e servizi, questo aspetto è stato determinato dalla necessità di dare concretezza alle disposizioni della Direttiva, diversamente essendo le stesse inapplicabili.

nucleo forte del principio di eguaglianza, correlando il divieto di discriminazioni agli elementi quali sesso e razza ecc. Cfr. A. CERRI, *L'eguaglianza giuridica nel diritto privato*, in *Studi in onore di P. Biscaretti di Ruffia*, Tomo I, Milano, 1987, 169-170

²⁵⁵ Cfr. la ricostruzione di M. CENTINI, *La tutela contro gli atti di discriminazione: la dignità umana tra il principio di parità di trattamento ed il divieto di discriminazioni soggettive*, cit.

²⁵⁶ Per un approfondimento dei profili problematici del diritto contrattuale antidiscriminatorio, D. MAFFEIS, *Libertà contrattuale e divieto di discriminazione*, cit., 401; D. MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, cit.; M. MANTELLO, *Autonomia dei privati e principio di non discriminazione*, cit.

²⁵⁷ Per un approfondimento dell'incidenza del divieto di discriminazione nelle diverse fasi contrattuali si veda: D. MAFFEIS, *Libertà contrattuale e divieto di discriminazione*, cit., 401; D. MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, cit.; M. MANTELLO, *Autonomia dei privati e principio di non discriminazione*, cit.

²⁵⁸ In relazione a questo profilo cfr. paragrafi 6 e 7 del Capitolo sesto.

La sezione che riguarda i profili processuali, se pure rappresenta un ambito non centrale nell'architettura generale del lavoro, mostra un punto di fondamentale interesse rappresentando un momento di verifica dell'effettività della tutela predisposta. Il procedimento giudiziale, le modalità, le sanzioni previste, rappresentano sia un banco di prova per vagliare la "tenuta" di una disciplina, sia uno snodo che ne può determinare il fallimento o il positivo esito.

Per inciso, va sottolineato come uno dei limiti espressi del diritto antidiscriminatorio sia segnalato proprio dal basso tasso di effettività della tutela, anche in conseguenza della poca conoscenza dei rimedi processuali²⁵⁹.

La legislazione nazionale riprende le procedure già esistenti per le altre forme di discriminazione, pur non essendo presente alcun richiamo diretto a queste parallele discipline²⁶⁰.

Il legislatore ha ritenuto di non percorrere una via lasciata aperta dalla Direttiva con l'introduzione del tentativo di conciliazione, che è stato ritenuto non consono rispetto alla materia²⁶¹.

Questa "azione civile contro la discriminazione" è stata scritta avendo di mira l'obiettivo di un procedimento snello, rapido e incisivo, sulla falsariga del provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c., senza però la necessità di dimostrare un pregiudizio imminente e irreparabile²⁶².

L'interrogativo se il giudice agisca qualora richiesto o d'ufficio, sembrerebbe potersi risolvere considerando il procedimento ancorato alla regola generale del principio della domanda, sebbene il legislatore non abbia inserito la locuzione «se richiesto», che avrebbe risolto ogni dubbio interpretativo²⁶³.

Il testo di riferimento non impone il «limite della prova fornita» come richiesto per le discriminazioni di genere in ambito giuslavoristico, nei casi di procedimento sommario d'urgenza, al contrario di quanto previsto invece nell'azione ordinaria per le discriminazioni collettive prevista ex art. 37, co. 2 cod. po.

In generale, il procedimento per la tutela dalle discriminazioni nell'accesso e nella fornitura di beni e servizi si caratterizza per essere scevro da qualsiasi formalità, fatta eccezione per il caso in cui ciò sia essenziale all'instaurazione del contraddittorio.

Il giudice, con un ampio margine di discrezionalità, determina tempi e modalità dell'istruttoria, nel contraddittorio e nella fase decisoria.

Sempre allineata all'assenza di formalità è la facoltà, per la parte, di presentare la domanda personalmente, senza la necessità del supporto di una difesa tecnica.

²⁵⁹ A. GUARISIO, *I provvedimenti del giudice*, cit., 579; sul tema anche V. BEGHINI, *La giurisprudenza italiana sulle discriminazioni di genere. L'azione individuale sommaria contro le discriminazioni di genere in alcune pronunce di merito*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2008, 4, pp. 813-819.

²⁶⁰ Cfr. i D. Lgs. 215 e 216 del 2003, il Tu Immigrazione, D. Lgs. 286/98, artt. 43 e 44.

²⁶¹ Cfr. Relazione Senato.

²⁶² Cfr. Relazione Senato.

²⁶³ Così A. GUARISIO, *I provvedimenti del giudice*, cit., 592 ss. e Relazione Senato.

3.11. Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa

Il legislatore nazionale ha optato per la devoluzione al giudice ordinario dello scrutinio sul carattere eventualmente discriminatorio di atti o comportamenti da parte di qualsiasi soggetto, pubblico e privato.

Quanto alle discriminazioni poste in essere dalla pubblica amministrazione, non è prevista alcuna distinzione tra atti che incidano su posizioni giuridiche qualificabili come diritti soggettivi e quelle qualificabili, invece, come interessi legittimi.

Questa scelta va probabilmente letta alla luce delle difficoltà che avrebbero potuto manifestarsi nel tentativo di strutturare il sistema rimediale su un doppio binario, amministrativo, per la tutela degli interessi legittimi, ordinario, per la tutela dei diritti soggettivi. O potrebbe essere frutto della consapevolezza circa il fatto che venendo in gioco la tutela discriminatoria, i diritti soggettivi non possono essere degradati a interessi legittimi.

Tuttavia, nell'ottica di garantire una tutela alla vittima della discriminazione, l'assegnazione della competenza al giudice ordinario appare "rischiosa". Come nel caso delle azioni contro le discriminazioni basate su razza e etnica, il rischio è che il giudice ordinario, a cui viene chiesto di valutare la legittimità per sospetta discriminatorietà di un atto amministrativo, opti per l'insindacabilità²⁶⁴.

Anche considerando la distinzione tra interessi legittimi e diritti soggettivi poco significativa e destinata al declino, «da tale declino dovrebbe trarsi, per conseguenza, una diversa funzione anche del riparto della giurisdizione in ordinaria e amministrativa, inducendo il giudice civile a farsi più accorto esaminatore dell'attività amministrativa in ragione del suo compito di tutore degli interessi meritevoli di tutela, siano questi riconducibili alla dubbia grammatica dei diritti soggettivi, od a quella degli interessi legittimi»²⁶⁵.

Inoltre, la previsione della competenza in caso di discriminazioni, sempre e comunque in capo al giudice ordinario, si presta ad una incongruenza nel caso

²⁶⁴ In riferimento alla contigua disciplina dettata per le discriminazioni sulla base della razza, cfr. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gli atti discriminatori nel diritto civile, alla luce degli artt. 43 e 44 del T.U. Immigrazione*, in *Dir. famiglia* 2002, 1, 112 che motiva la riluttanza da parte della giurisprudenza ordinaria nel sindacare la legittimità degli atti amministrativi con il diffuso fastidio, da molti provato, per il cadere di consolidate certezze riguardo alla storica suddivisione delle situazioni giuridiche soggettive in diritti soggettivi, sottoposti tradizionalmente alla giurisdizione ordinaria, e interessi legittimi, sottoposti alla giurisdizione amministrativa. «Nell'assolvere il compito affidatogli il giudice ordinario non può, quindi, astenersi dalla verifica giudiziale delle fasi istruttorie dei provvedimenti, anche se di "minuta amministrazione", attendendo, magari, che sia completato il complesso iter dell'invalidazione dell'atto amministrativo presso la relativa giurisdizione; così come non può sostenere che la mancata azione per l'invalidazione dell'atto presso il giudice amministrativo precluda al ricorrente l'azione per l'accertamento della valenza discriminatoria di quello stesso atto presso il giudice ordinario, chiedendone eventualmente la disapplicazione». L'autore sottolinea che pretendere che l'atto amministrativo possa essere giudicato per la sua eventuale valenza discriminatoria solo dopo che un altro giudice ne abbia constatato l'illegittimità, significa contraddire la lettera e lo spirito della legge (in particolare, richiama gli artt. 43 e 44 del D. Lgs. 286/1998, ma lo stesso vale per le legislazioni antidiscriminatorie) ove il legislatore ha inteso dare alla tutela contro gli atti discriminatori il carattere dell'immediatezza e dell'urgenza.

²⁶⁵ P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gli atti discriminatori nel diritto civile, alla luce degli artt. 43 e 44 del T.U. Immigrazione*, 112.

in cui il giudizio abbia ad oggetto la materia dei servizi pubblici, che è di competenza esclusiva del giudice amministrativo.

Sarebbe interessante riflettere in che modo si atteggi il rapporto fra le due previsioni, trattandosi in entrambi i casi di *lex specialis*.

3.12. Sanzioni e risarcimento dei danni

Le disposizioni relative alle sanzioni e al risarcimento del danno sono state recepite in modo piuttosto articolato, ma non sempre conforme a quanto stabilito nella Direttiva.

Non appare conforme, ad esempio, la previsione per cui il giudice *può e non deve* condannare il convenuto al risarcimento del danno, anche non patrimoniale (art. 55-*quinquies*, co. 7), non sembrando rispettata l'effettività, la realtà, la proporzionalità e la dissuasività del rimedio (art. 8, co. 3, della Direttiva).

La completa assenza di un ristoro economico nel caso di una discriminazione accertata non potrebbe essere compatibile con un effetto deterrente su future condotte dell'agente, né sarebbe riscontrabile la proporzionalità al danno subito da parte della vittima.

La risarcibilità del danno non patrimoniale non rappresenta una novità assoluta nell'ordinamento interno²⁶⁶ e conferma la funzionalità, delle norme antidiscriminatorie ad una tutela del diritto della persona all'uguaglianza, cioè del diritto a non vedersi esclusa da un qualsiasi bene a ragione della propria appartenenza a un particolare "gruppo".

Sebbene ammessa dal diritto vivente, la risarcibilità del danno non patrimoniale, che segue ad una collocazione del diritto all'uguaglianza nell'ambito dei diritti fondamentali, costituzionalmente tutelati, va raffrontata con i limiti mostrati dalla giurisprudenza nel determinare il *quantum* del danno non patrimoniale sulla base, non della gravità dell'offesa, ma del valore economico dell'affare, limitandone notevolmente l'efficacia²⁶⁷.

Positivamente vanno lette la mancata previsione di un limite al risarcimento e la possibilità di aumentarne il *quantum*, in caso di comportamenti ritorsivi.

Incisive sono le sanzioni penali previste a carico di chi eluda o non ottemperi ai provvedimenti del giudice: l'arresto fino a tre anni e un'ammenda fino a 50.000 euro (art. 55-*quinquies*, co. 9), importo aumentato rispetto a quanto inizialmente previsto nello schema di decreto (5.000 euro).

È interessante la sanzione che prevede la revoca dei benefici o la sospensione per due anni da crediti, benefici o appalti di chi venga riconosciuto autore di una discriminazione di genere, peraltro tracciata in maniera diversa rispetto alla

²⁶⁶ Art. 29, co. 9, l. 675/96, Tu immigrazione nel 1998, art. 2, l. 89/2001. Sul punto cfr. A. GUARISO, *I provvedimenti del giudice*, cit., 598 ss. che fa riferimento alla svolta impressa dalla giurisprudenza comunitaria con l'individuazione di un danno non patrimoniale sganciato dalle ipotesi di reato e ricondotto alla violazione di qualsiasi bene della persona costituzionalmente protetto. Cfr. anche L. DE ANGELIS, *Regole del mercato del lavoro e tutela antidiscriminatoria. Il danno da discriminazioni tra risarcimento e sanzione civile*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2008, 4, pp. 599-606.

²⁶⁷ D. MAFFEIS, *Libertà contrattuale e divieto di discriminazione*, cit., 401; D. MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, cit.; M. MANTELLO, *Autonomia dei privati e principio di non discriminazione*, cit.

previsione contenuta nel Codice della Pari opportunità per l'ambito giuslavoristico, che la prevede quale pronuncia meramente eventuale (art. 41 cod. po.).

Anche per gli altri fattori di rischio i decreti di recepimento delle Direttive "Razza" e "Altri fattori" la prevedevano soltanto se compatibile²⁶⁸.

Mentre questi casi contemplano la possibilità di regolare la sanzione, con l'eventualità di escludere l'autore della discriminazione per un periodo di tempo *fino a* due anni, il recepimento della Direttiva "Servizi" non consente di modulare la durata della sospensione, che è *per* due anni nei casi più gravi e non anche nei casi di recidiva, come negli altri riferimenti normativi.

Queste clausole, anche se finora hanno avuto scarsa applicazione, appaiono potenzialmente di grande rilievo, sia in funzione sanzionatoria, sia dissuasiva (art. 55-*quinques*, co. 8). Sebbene il loro fondamento potrebbe essere rinvenuto nell'obbligo di leale cooperazione degli Stati membri al rispetto e all'attuazione dell'ordinamento comunitario, di cui è parte la legislazione antidiscriminatoria, queste disposizioni hanno sollevato dubbi, di fatto consentendo all'autorità pubblica di orientare il proprio intervento in economia in funzione del perseguimento degli obiettivi comunitari²⁶⁹.

Se pure la normativa antidiscriminatoria non aveva considerato questo aspetto, due recenti direttive – 2004/17 (art. 38) e 18 (art. 26) – hanno contemplato la possibilità di prevedere, tra le condizioni per l'esecuzione dell'appalto, anche condizioni sociali e ambientali, orientandosi verso un rafforzamento del rispetto dell'ordinamento comunitario, senza porsi in contrasto con il principio di libera concorrenza. È auspicabile ipotizzare che questa previsione venga utilizzata per "forzare" il perseguimento degli obiettivi della legislazione antidiscriminatoria anche attraverso la regolamentazione degli appalti pubblici.

In linea con la assoluta atipicità degli illeciti discriminatori²⁷⁰ è la atipicità dei provvedimenti del giudice, cui è riconosciuta la facoltà di ordinare la cessazione del comportamento pregiudizievole e ogni altro provvedimento idoneo a rimuovere gli effetti della discriminazione.

L'atipicità, se offre il vantaggio di una maggiore adattabilità dei principi ai conflitti concreti, si espone però al rischio dell'aleatorietà della tutela, sia nell'*an*, sia nel *quantum*. Al contrario un sistema di certezze definite per legge non avrebbe inficiato l'efficacia della tutela antidiscriminatoria, rendendola più chiara, prevedibile, automatica²⁷¹.

In concreto, l'intero quadro rimediale va esaminato alla luce della scarsa effettività di cui il diritto antidiscriminatorio nel suo complesso soffre, soprattutto se valutato in termini di proporzionalità tra l'offesa patita dalla vittima della discriminazione e la sua quantificazione economica.

²⁶⁸ Art. 44, co. 11, Tu immigrazione richiamato dagli artt. 4, D. Lgs. 215 e 216 del 2003, in quanto compatibile.

²⁶⁹ Pochi sono gli ordinamenti che hanno previsto simili clausole. Oltre a quello italiano, quello francese, portoghese e in forma più sfumata quello austriaco. Sul punto cfr. A. GUARISO, *I provvedimenti del giudice*, cit., 624 ss.

²⁷⁰ In un rapporto di causa-effetto, da cui deriva e al tempo stesso ciò determina, la tendenza del diritto antidiscriminatorio ad una formazione prevalentemente casistica.

²⁷¹ D. LA ROCCA, *Le discriminazioni nei contratti di scambio di beni e servizi*, cit., 340-341.

I rari casi di azioni in giudizio in realtà hanno spesso mostrato una sproporzione in tal senso, che di fatto scoraggia le azioni in giudizio.

3.13. Piano di rimozione

Oggetto della pronuncia del giudice può essere l'ordine al convenuto di definire un piano di rimozione delle discriminazioni accertate (art. 55-*quinquies*, co. 1) che, a differenza dalle discriminazioni di genere in ambito giuslavoristico, non può precedere il giudizio e rappresenta un contenuto solo eventuale della pronuncia giudiziale (art. 37, co. 1 e 4).

La dottrina ha ricondotto la scelta a favore della discrezionalità del giudice in ordine all'adozione o meno del piano di rimozione al pessimismo rispetto ad uno strumento – introdotto con l'art. 4, L. 125/91 sulle azioni positive – che ha trovato applicazione in pochissimi casi.

Posto che l'esigenza di un rimedio è identica per tutti i tipi di discriminazione, la differente impostazione non appare comprensibile²⁷².

Altra differenza non di poco conto risiede nel fatto che il piano di rimozione deve essere elaborato dall'autore della discriminazione, non invece dal giudice come previsto per le discriminazioni basate sulla razza (art. 4, co. 4, D. Lgs. 215/2003) o sugli altri fattori (art. 4, co. 5, D. Lgs. 216/2003), lasciando emergere le difficoltà e i limiti classici degli ordini infungibili²⁷³.

Infine, la maggiore criticità è da rinvenire nell'aver limitato la previsione del piano di rimozione alle discriminazioni collettive, tracciando anche in questo caso una significativa distinzione rispetto alle altre forme di discriminazione di genere.

3.14. Onere della prova

L'ordinamento interno stabilisce che colui che esperisce un'azione civile deve provare i fatti sui quali fonda la propria domanda (art. 2697 c.c.).

I casi in cui oggetto di prova siano discriminazioni costituiscono una eccezione alla regola generale, dettata dalla difficoltà che le vittime hanno nel provare l'avvenuta lesione.

Il legislatore italiano, precorrendo i tempi comunitari²⁷⁴, già dal 1991 aveva previsto un sistema probatorio più favorevole alla vittima delle discriminazioni²⁷⁵.

A livello comunitario, tutte le direttive di seconda generazione hanno previsto un'analogia disposizione²⁷⁶, che potrebbe essere intesa come l'individuazione dell'onere della prova sulla parte più "vicina" ad essa.

In termini critici, va sottolineato che la disposizione che regola l'attenuazione dell'onere della prova nell'ambito giuslavoristico (ex art. 40 cod. po., rubricato

²⁷² A. GUARISO, *I provvedimenti del giudice*, cit., 589.

²⁷³ A. GUARISO, *I provvedimenti del giudice*, cit., 591. Secondo l'autore questo evidenzerebbe la scarsa coerenza del nostro sistema normativo.

²⁷⁴ Il legislatore europeo aveva introdotto l'inversione dell'onere della prova nel 1997, con la direttiva 97/80, confluita nella Direttiva "Rifusione".

²⁷⁵ L. 125/91, poi modificata dal D. Lgs. 196/2000, ora sostituita dal D. Lgs. 198/2006.

²⁷⁶ Analoga disposizione era contenuta pure nelle altre direttive: cfr. art. 8, Direttiva "Occupazione"; art. 10, Direttiva "Altri fattori"; art. 8, Direttiva "Razza" art. 19, co. 1, Direttiva "Rifusione". L. CURCIO, *Le azioni in giudizio e l'onere della prova*, cit., 551.

«*Onere della prova*»), con cui non è stato operato uno sforzo di ricomposizione, ne detta una versione differente.

Mentre, infatti, il recepimento della Direttiva “Servizi” (art. 55-*sexies*) prevede che «Quando il ricorrente ... deduce in giudizio elementi di fatto idonei a presumere la violazione del divieto ... spetta al convenuto l’onere di provare che non vi è stata la violazione», l’analoga disposizione in materia giuslavoristica afferma che «Quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico ... idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell’esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso, spetta al convenuto l’onere della prova sull’insussistenza della discriminazione».

La declinazione dell’alleggerimento dell’onere della prova in materia di accesso a beni e servizi sembra essere dotata di una forza e solidità maggiore rispetto alla corrispondente disposizione nell’ambito giuslavoristico, che al contrario non appare rafforzare le previsioni già esistenti in materia di presunzioni.

3.15. *Legittimazione ad agire di associazioni ed enti*

Una delle scarse innovazioni introdotte dal legislatore nazionale rispetto al testo della Direttiva è rappresentata dalla previsione di una sorta di *class action*²⁷⁷, già conosciuta nel nostro ordinamento per la previsione *ex art.* 37 cod. po. e per il recente inserimento nella legge finanziaria per l’anno 2008 (L. 244/2007) delle modifiche del codice del consumo (D. Lgs. 206/2005), finalizzate all’introduzione dell’azione civile collettiva, applicabile dal 1° gennaio 2010²⁷⁸.

Questa previsione consente la tutela di interessi di gruppo, in cui le vittime non siano immediatamente identificabili, che è facile ipotizzare venga percorsa soprattutto per i casi di discriminazione indiretta²⁷⁹.

Recentemente è stata introdotta un’ulteriore ipotesi di *class action*, nei confronti delle amministrazioni pubbliche e dei concessionari di servizi pubblici. Il Decreto Legislativo 20 dicembre 2009, n. 198²⁸⁰ prevede la possibilità di agire in giudizio da parte di «titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e consumatori» al fine «di ripristinare il corretto svolgimento della funzione o la corretta erogazione di un servizio». Questa possibilità è riconosciuta se, dalla violazione di termini o dalla mancata emanazione di alcuni atti amministrativi, derivi una lesione diretta, concreta ed attuale dei propri interessi²⁸¹.

²⁷⁷ F. AMATO, *L’azione individuale e l’azione collettiva*, in M. Barbera (a cura di), *La riforma delle istituzioni e degli strumenti delle politiche di pari opportunità*, in NLCC, 2003, 757.

²⁷⁸ L’azione collettiva risarcitoria a tutela dei consumatori è stata prevista quale nuovo strumento generale di tutela nel quadro delle misure nazionali attuative dei principi stabiliti dalla normativa comunitaria volti ad innalzare i livelli di tutela.

²⁷⁹ Relazione al Senato.

²⁸⁰ «Attuazione dell’articolo 4 della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ricorso per l’efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici»; La legge 4 marzo 2009, n. 15, recante delega al Governo finalizzata all’ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e alla efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni, nonché disposizioni integrative delle funzioni attribuite al Consiglio nazionale dell’economia e del lavoro e alla Corte dei conti.

²⁸¹ Cfr. art. 1 «Presupposti dell’azione e legittimazione ad agire»: «Al fine di ripristinare il corretto svolgimento della funzione o la corretta erogazione di un servizio, i titolari di interessi

Il ricorso è devoluto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e le questioni di competenza sono rilevabili anche d'ufficio, emergendo anche in questo caso incongruenze e difficoltà di coordinamento. Questa previsione suscita il dubbio su quale sia l'autorità competente, nel caso in cui la mancata erogazione di un servizio sia posta in essere con finalità discriminatorie.

Il recepimento della Direttiva "Servizi", oltre alla legittimazione collettiva, prevede la legittimazione da parte dei soggetti, iscritti nell'elenco ministeriale, che possono agire individualmente «in nome e per conto o a sostegno» della vittima delle discriminazioni.

Si tratta di una sostituzione processuale pensata per dare effettività alla tutela dalle discriminazioni, che è limitata e fortemente indebolita dalle condizioni di disparità fra le parti.

In termini negativi, va segnalato il subordinare la legittimazione ad agire alla iscrizione nell'elenco governativo, sia per ragioni di ordine pratico, quali, ad esempio, il "cronico" ritardo con il quale ne viene approvato l'aggiornamento (e che di fatto preclude, per lunghi lassi di tempo, l'azione ad alcuni soggetti), sia da un punto di vista concettuale.

Posto che la previsione della legittimazione ad agire in capo a soggetti esponenziali, dovrebbe avere la finalità, se non l'effetto, di ampliare la tutela dell'individuo, supportandolo nelle azioni in giudizio, appare difficilmente spiegabile limitarlo in maniera così incisiva.

Tracciando un parallelismo, sia pure in relazione al processo amministrativo, con quanto avviene nella ipotesi "classica" della tutela di beni diffusi, ovvero la materia ambientale, si ricordi come la giurisprudenza ha ammesso la partecipazione anche di soggetti non riconosciuti dal Ministero dell'Ambiente²⁸² (ad esempio, gruppi spontanei e comitati), in un'ottica di valorizzazione della partecipazione e della sussidiarietà orizzontale²⁸³.

giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e consumatori possono agire in giudizio, con le modalità stabilite nel presente decreto, nei confronti delle amministrazioni pubbliche e dei concessionari di servizi pubblici, se derivi una lesione diretta, concreta ed attuale dei propri interessi, dalla violazione di termini o dalla mancata emanazione di atti amministrativi generali obbligatori e non aventi contenuto normativo da emanarsi obbligatoriamente entro e non oltre un termine fissato da una legge o da un regolamento, dalla violazione degli obblighi contenuti nelle carte di servizi ovvero dalla violazione di standard qualitativi ed economici stabiliti, per i concessionari di servizi pubblici, dalle autorità preposte alla regolazione ed al controllo del settore e, per le pubbliche amministrazioni, definiti dalle stesse in conformità alle disposizioni in materia di performance contenute nel decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, coerentemente con le linee guida definite dalla Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 13 del medesimo decreto e secondo le scadenze temporali definite dal decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150» (comma 1).

²⁸² Sul tema cfr. A. MAESTRONI, *I recenti orientamenti dei giudici amministrativi sulla partecipazione al procedimento amministrativo e sulla legittimazione ad agire delle associazioni ambientaliste*, in *Riv. giur. Ambiente*, 2001, 02, 307; dello stesso autore, cfr. *Associazioni ambientaliste e interessi diffusi*, in *Codice dell'Ambiente*, S. Nespore, A.L. De Cesaris, (a cura di), Milano, Giuffrè, 2009, pp. 435 – 493.

²⁸³ Cfr. ampiamente P. DURET, *Riflessioni sulla legittimatio ad causam in materia ambientale tra partecipazione e sussidiarietà*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 3, 688 ss.

Il rischio di una possibile esplosione del contenzioso, che seguirebbe ad un ampliamento non regolato della legittimazione ad agire, è stato disinnescato dal legislatore con la creazione di un “filtro” non previsto dalla Direttiva.

Mentre, infatti, per l'azione in giudizio da parte di associazioni, organizzazioni o altre persone giuridiche, la Direttiva richiedeva la titolarità di un interesse legittimo al rispetto della parità fra uomini e donne nell'accesso e nella fornitura di beni e servizi (ex art. 8, co. 3, 2004/113), il legislatore ha assegnato la legittimità ai soli gruppi istituzionalizzati, cui sia riconosciuta una continuità nell'azione di contrasto alle discriminazioni e che rispettino le procedure per l'iscrizione all'elenco ministeriale.

Sebbene sia chiara l'esigenza di regolamentazione dei soggetti legittimati ad agire in giudizio per la tutela di interessi sovraindividuali, la scelta del legislatore nazionale sembra non tenere conto delle diverse opzioni compatibili con la Direttiva.

Considerando la tutela di interessi collettivi, come espressione del principio di sussidiarietà orizzontale, questo determina la compressione del nuovo ruolo che, ex art. 118 Cost., è riconosciuto al cittadino²⁸⁴.

3.16. Ufficio per la promozione della parità di trattamento nell'accesso a beni e servizi e loro fornitura

La previsione di un soggetto incaricato della promozione della parità di trattamento nell'accesso e nella fornitura di beni e servizi è andata nel senso di ricomporre il pluralismo organizzativo accorpando le nuove funzioni in un ufficio incardinato nel Dipartimento Pari opportunità, già oggetto di un corposo riordino e potenziamento ad opera del D. Lgs. 196/00 («Disciplina dell'attività delle consigliere e dei consiglieri di parità e disposizioni in materia di azioni positive, a norma dell'articolo 47 della L. 17 maggio 1999, n. 144»).

Il requisito dell'indipendenza richiesto per l'assistenza alle vittime delle discriminazioni non può ritenersi soddisfatto nell'individuazione delle competenze previste dalla Direttiva in capo ad un ufficio governativo. Allo stesso modo, quanto alla predisposizione di inchieste e relazioni indipendenti, di cui fino ad oggi non vi è traccia.

Peraltro questo organismo, per un mero errore materiale, era stato individuato nell'UNAR (Ufficio nazionale per il contrasto alle discriminazioni razziali), ovvero la struttura che si occupa del contrasto alle discriminazioni fondate sulla razza e sull'origine etnica²⁸⁵.

In realtà, con una successiva comunicazione, si è posto rimedio ad un errore materiale, individuando la struttura responsabile nell'Ufficio per gli interventi in materia di Parità e Pari Opportunità, struttura all'interno del Dipartimento Pari Opportunità.

Posto il tentativo di ricomporre il pluralismo istituzionale dei soggetti che si occupano del contrasto alle discriminazioni fondate sul sesso, resta fermo il problema del coordinamento di questi con altri istituti e organismi operanti nella lotta alle discriminazioni a causa di caratteristiche anche diverse dal genere e della loro frammentarietà, sebbene ciò consenta di mantenere la specificità

²⁸⁴ P. DURET, *Partecipazione procedimentale e legittimazione processuale*, Torino, 1996.

²⁸⁵ Così nel Regolamento ISVAP, 12 maggio 2009, nr. 30.

propria di ogni *ground* nelle azioni di contrasto e di promozione dell'integrazione.

4. Omissioni

Il decreto legislativo tace su alcuni contenuti presenti nelle disposizioni della Direttiva, fra i quali, ad esempio, la disposizione sulle azioni positive (art. 6, Dir. 2004/113), che è stata ridotta alla previsione di attività promozionali, fra i compiti del neo-costituito Ufficio (art. 55-*novies*, co. 2, lett. c).

L'assenza di dettaglio, di cui non può rilevarsi un vero e proprio contrasto con la Direttiva, essendo le azioni positive, una mera facoltà per gli Stati membri, rischia tuttavia di minare l'effettività e l'efficacia di queste previsioni.

Una ulteriore omissione riguarda l'abrogazione di tutte le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative contrarie al principio della parità di trattamento nell'accesso e fornitura di beni e servizi; l'operazione di "ripulitura" dell'ordinamento è rimessa all'autorità giudiziaria, che procederà di pari passo ai casi che si troverà ad affrontare. Non si è provveduto neppure a disporre la nullità o la modifica delle disposizioni contrattuali, dei regolamenti interni delle aziende e delle norme che disciplinano le associazioni con o senza scopo di lucro, contrari al principio della parità di trattamento.

La ragione di questa lacuna, più che nell'ostilità di procedere ad una analisi delle disposizioni contrarie alla parità nell'accesso e nella fornitura di beni e servizi, è forse da ricercare nella difficoltà di operare una completa ricognizione. La mancata individuazione delle disposizioni da abrogare, che però incontra un limite invalicabile nei principi generali dell'ordinamento, tra cui vi è certamente quello di contenere il potere di eteronormazione dei rapporti civilistici, entro ambiti predeterminati per via legislativa²⁸⁶, conferma la tendenza propria del nuovo diritto antidiscriminatorio a delegare ai giudici decisioni avvertite dal ceto politico come particolarmente delicate.

Infine, sarebbe stato maggiormente in linea con gli obiettivi della Direttiva, non limitarsi a prevedere un obbligo di informazione tra i compiti dell'Ufficio ma dare ad esso maggiore concretezza, ad esempio, attraverso la fissazione di scadenze annuali e di una pianificazione delle attività.

5. Il Codice della pari opportunità dopo il recepimento delle Direttive "Servizi" e "Rifusione"

La scelta di attuare il recepimento della Direttiva 2004/113 con l'inserimento di un nuovo titolo nel Codice delle Pari Opportunità sembra potersi interpretare come espressione della volontà, da parte del legislatore, di avviare un processo di integrazione e completamento di un testo normativo che, ancora prima della sua approvazione²⁸⁷, è stato ampiamente criticato come carente sotto numerosi

²⁸⁶ D. LA ROCCA, *Le discriminazioni nei contratti di scambio di beni e servizi*, cit., 340-341.

²⁸⁷ F. AMATO, M. BARBERA, L. CALAFÀ, *Note sul progetto di Codice delle pari opportunità tra uomo e donna*, in *www.cgil.it*. Anche la Consigliera di parità aveva dato un parere contrario. Cfr. F. AMATO, M. BARBERA, L. CALAFÀ, *Codificazioni mancate: riflessioni critiche sul codice delle pari opportunità*, cit., 228.

profili e scarsamente coordinato: il Codice ha sollevato forti dubbi, sia in ordine alla sistematicità e alla completezza delle previsioni, sia riguardo alla tecnica legislativa²⁸⁸, sia infine riguardo allo scarso coordinamento con le altre normative.

Se, dal punto di vista del completamento della tutela dalle discriminazioni di genere, l'inserimento del nuovo titolo ha determinato una tappa importante verso un'integrazione dell'atto, non può essere negato che questa modifica ha accentuato la non coerenza e evidenziato il limitato coordinamento delle disposizioni di tutela della parità di genere.

Ai limiti ed alle carenze non si è posto rimedio in occasione del recepimento della Direttiva "Rifusione".

Al contrario dello Schema di decreto che, riorganizzando la parte definitoria in termini unitari e collocandola all'inizio del testo, abrogava le disposizioni ridondanti e le numerose ripetizioni e sovrapposizioni, sembrando conferire una maggiore organicità al Codice, il D. Lgs. 5/2010 è intervenuto accentuando gli aspetti problematici del testo.

Attualmente, nel Codice delle pari opportunità alla definizione di cosa debba intendersi per discriminazione diretta e indiretta (art. 25) e per molestie e molestie sessuali (art. 26) seguono nove distinti articoli le cui rubriche fanno riferimento al divieto di discriminazione, dettagliato nell'accesso al lavoro (art. 27), nella retribuzione (art. 28), nella prestazione lavorativa e nella carriera (art. 29), nell'accesso alle prestazioni previdenziali (art. 30), nelle pensioni (art. 30-*bis*)²⁸⁹, nell'accesso agli impieghi pubblici (art. 31), nell'arruolamento nelle forze armate e nei corpi speciali (32), nel reclutamento nelle forze armate e nel Corpo della Guardia di Finanza (33), nelle carriere militari (34).

A questi si affiancano le nozioni *ex art. 55-bis*, quanto all'accesso e alla fornitura di beni e servizi.

La ricomposizione delle definizioni in una parte generale all'inizio del Codice, che abrogava le disposizioni generali *ex artt. 25 e 26 Cod. po.* e quelle *ex art. 55-bis* (come risultante dallo Schema di Decreto legislativo), sarebbe stata un passo effettivo verso la riduzione di sovrapposizioni e duplicazioni, peraltro non esclusive della parte nozionistica. Ad esempio, anche l'onere della prova è disciplinato in maniera difforme in due diverse disposizioni, determinandosi anche una disparità di tutele.

Discorso a parte andrebbe affrontato in relazione alle discipline previste dagli atti di recepimento delle Direttive "Razza" e "Altri fattori" del 2000, le cui disposizioni, soprattutto in materia di tutele processuali, "riemergono" in numerosi passaggi del Codice pur senza che vi sia ad essi un espresso richiamo o un coordinamento. Analogamente le nozioni, derivando dagli atti

²⁸⁸ D. GOTTARDI, *Il Codice italiano delle pari opportunità e la direttiva comunitaria*, in *GL*, 37, 2006, 31, parla in proposito di un'inadeguata operazione di copia-incolla, con scarsa padronanza delle tecniche di *drafting* legislativo, con riferimenti imprecisi ed incompleti, che hanno accentuato la lontananza rispetto alla regolamentazione di livello europeo.

Cfr. T. GERMANO, *Il codice delle pari opportunità tra uomo e donna*, in *Il lavoro nella Giurisprudenza*, 8/2006, 748 ss. F. AMATO, M. BARBERA, L. CALAFÀ, *Codificazioni mancate: riflessioni critiche sul codice delle pari opportunità*, cit., 227 ss.

²⁸⁹ Si tratta di una disposizione rubricata «Divieto di discriminazione nelle forme pensionistiche complementari collettive. Differenze di trattamento consentite».

comunitari, appaiono sostanzialmente in linea e contenutisticamente non dissimili.

Tuttavia, la scelta di procedere con diversi strumenti normativi alla regolamentazione della tutela dei diversi fattori di rischio determina il risultato di guardare alla disciplina nazionale del diritto antidiscriminatorio come scissa su tre differenti filoni: quello relativo al genere, quello relativo alla razza, quello relativo agli altri fattori di rischio.

6. Conclusioni

Con le modifiche al Codice delle pari opportunità, l'Italia ha rispettato la data limite fissata per il recepimento (21 dicembre 2007).

La risposta del legislatore nazionale alle disposizioni della Direttiva può essere valutata nel complesso meccanica e poco attenta alla coerenza e omogeneità rispetto al quadro normativo preesistente.

Se le eccezioni consentite dalla 2004/113 non sono state ampliate, né è stata ridotta l'applicazione delle disposizioni, tuttavia va segnalato lo scarso uso degli spazi lasciati dal legislatore comunitario.

Con il recepimento si sarebbero forse potute dotare di concretezza le disposizioni della Direttiva che, pur essendo di grande rilevanza, rischiano di rimanere inefficaci e meramente ipotetiche, si pensi alle azioni positive, ma anche all'opportunità di limitare il regime delle eccezioni.

Decisamente negativa – e specialmente indicativa dello scarso peso che viene assegnato al recepimento – è la presenza di una disposizione che specifica come dall'attuazione del decreto di recepimento non debbano derivare nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica (art. 2), ribadendo il concetto espresso all'art. 55-*quater*, co. 5, in base a cui l'Isvap provvede allo svolgimento delle attività previste al comma 3 con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente

A parte l'impossibilità materiale di realizzare le numerose attività assegnate a costo zero, questo a livello generale denuncia una scarsa volontà di investire nella lotta alle discriminazioni di genere, il che denota il peso che ad esso viene riconosciuto.

CAPITOLO QUARTO

GERMANIA: LUCI E OMBRE DI UN RECEPIMENTO “COORDINATO”

1. Introduzione

Nell'agosto del 2006 la Germania ha approvato la “Legge di recepimento delle direttive europee per l’attuazione del principio di parità di trattamento” operando una ricomposizione e contemporanea trasposizione di quattro atti comunitari in materia di non discriminazione, ovvero le Direttive “Razza”, “Altri fattori”, “Occupazione”, “Beni e servizi” (*Gesetz zur Umsetzung Europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz* (in sigla AGG)²⁹⁰.

²⁹⁰ Vastissima la letteratura che si è occupata sotto diverse prospettive dell'AGG.

Tra i commentari: K. ADOMEIT, J. MOHR, *KommAGG, Kommentar zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz*, Richard Boorbergverlagsgesellschaft, Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden, 2007; J.H. BAUER, B. GÖPFERT, S. KRIEGER, *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz Kommentar*, Verlag C. H. Beck oHG, Monaco, 2008; S. BUSCH, *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, Bund-Verlag, Frankfurt am Main, 2007; W. DÄUBLER, M. BERTZBACH, *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz Handkommentar*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2008; R. GAIER, Holger Wendtland, *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz - AGG*, Verlag C. H. Beck oHG, München, 2006; G. MEINEL, J. HEYN, S. HERMS, *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz Kommentar*, Verlag C. H. Beck oHG, München, 2007; C. NOLLERT-BORASIO, M. PERRENG, *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), Basiskommentar zu den arbeitsrechtlichen Regelungen*, Bund-Verlag GmbH, Frankfurt am Main, 2006; W. RÜHL, H.P. VIETHEN, *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG)*, Verlag C. H. Beck oHG, München, 2007; U. RUST, J. FALKE, *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz mit weiterführenden Vorschriften Kommentar*, Erich Schmidt Verlag, Berlin, 2007; F.J. SACHER-G. THUSING, *Munchener Kommestiar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, 2 Halbband: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, Verlag C. H. Beck oHG, Monaco, 2007.

Tra le opere di commento generale: J. BACKFISCH, M. WILLERT, J. KISSEL, *AGG für Dummies*, Wiley-Vch Verlag, Weinheim, 2006; H.-J. BAUSCHKE, *AGG - Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz im öffentlichen Dienst, Kommentar*, Luchterhand, Köln, 2007; O. GRIEBENOW, L. VEITH, *Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz im Unternehmen*, Verlag Mittelstand und Recht, Karlsruhe, 2007; S. HOPFNER, V. Naumann, *Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz*, Verlag Versicherungswirtschaft, Karlsruhe, 2007; J.-A. MEYER, R. SCHLEUS, E. BUCHHOP, *Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) in KMU, Studie zu Kenntnissen, Erfahrungen und Erwartungen im Mittelstand*, Josef EUL Verlag, Lohmar - Köln, 2007; M. KÄPPEL, K. WOLF, *AGG - Das neue Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz*, Walhalla Fachverlag, Regensburg, Berlin, 2007; T. PFEIFFER, *AGG. Das neue Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz*, Richard Boorbergverlagsgesellschaft, Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden, 2006; G. PIRNTKE, *Das neue Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz ein Unternehmensrisiko?*, Expert Verlagsgesellschaft, Renningen, 2007; D. SCHIEK, *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) Ein Kommentar aus europäischer Perspektive*, Sellier European Law Publishers, 2007.

In materia di non discriminazioni in ambito giuslavoristico: M. ALENFELDER, *Diskriminierung im Arbeitsrecht: Das neue Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz*, Deubner Recht & Praxis, Köln, 2006; R.J. BÄHRLE, *Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz in der arbeitsrechtlichen Praxis*, Richard Boorbergverlagsgesellschaft, Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden, 2007; T. BEZANI, M. RICHTER, *Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz im Arbeitsrecht*, RWS

Da tale operazione è rimasta esclusa, per una ragione temporale, la Direttiva “Rifusione”, approvata soltanto un mese prima della conclusione del procedimento che ha condotto al varo dell’AGG.

Il notevole ritardo accumulato dalla Germania nel recepimento delle Direttive “Razza” e “Altri fattori” aveva determinato due procedure di infrazione, già concluse al momento dell’approvazione della Legge di parità²⁹¹; tuttavia, la lentezza nella conclusione della trasposizione delle direttive del 2000 ha consentito l’inserimento anche delle disposizioni di implementazione della Direttiva “Occupazione”, (poi confluita nella Direttiva “Rifusione”), e della Direttiva “Beni e servizi”, nel frattempo approvate.

Una simile concomitanza di eventi, che avrebbe in ipotesi potuto aprire la via alla costruzione di un quadro coerente del Diritto antidiscriminatorio di seconda generazione, è stata in realtà influenzata, in senso limitativo, da ragioni di ordine politico delle quali quindi si ritiene opportuno offrire una breve ricostruzione.

2. Le vicende politiche che hanno condotto all’approvazione del recepimento tedesco

Con l’approvazione delle direttive “Razza” e “Altri fattori” e l’avvio della nuova stagione del Diritto antidiscriminatorio di seconda generazione, anche la Germania aveva dovuto avviare il processo di inserimento delle disposizioni di questi atti all’interno del proprio ordinamento.

La prima bozza, che estendeva la tutela prevista in ambito civilistico dalla Direttiva “Razza”, anche ai *ground* protetti dalla Direttiva “Altri fattori”, ampliando quindi le previsioni comunitarie, fu predisposta nel luglio 2002²⁹², ma rapidamente abbandonata a causa delle critiche radicali ad essa mosse.

Le maggiori perplessità provenivano non soltanto dal mondo politico e dell’opinione pubblica, ma anche dagli ambienti accademici, timorosi che l’approvazione di un atto di un simile contenuto potesse aprire un varco alla compressione della libertà contrattuale, in nome del principio generale di uguaglianza²⁹³.

Il divieto di discriminazione nei rapporti interprivati rappresentava, infatti, un profilo inedito nel diritto tedesco: a differenza di quanto conosciuto negli USA, in cui il *Civil Rights Act*, da oltre 40 anni, offre una tutela dalle discriminazioni nel

Verlag Kommunikationsforum, Köln, 2006; B. BOEMKE, F.-L. DANKO, *AGG im Arbeitsrecht*, Springer, Leipzig-Dresden, 2006;

Più di taglio pratico: C. LEISTEN, *Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz – Leitfaden für Betriebsräte*, Edition der Hans Böckler Stiftung, Düsseldorf, 2007; R. ROESNER, *Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, Schenelleinstieg für die Personalarbeit*, Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm, Heidelberg, München, Landsberg, Berlin, 2006; B. STEINKÜHLER, *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG). Die Umsetzung des AGG im Betrieb mit Handlungsempfehlungen für die Praxis*, Erich Schmidt Verlag, Berlin, 2007; M. STUBER, *Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz in der betrieblichen Praxis*, Rudolf Haufe Verlag, München, 2006.

²⁹¹ C – 329/04 (Commissione v. Germania) e C – 43/05 (Commissione v. Germania).

²⁹² *Zivilrechtliches Antidiskriminierungsgesetz*.

²⁹³ F.J. SACHER, G. THUSING, *Munchener Kommestar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, 2 Halbband: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, Verlag C. H. Beck oHG, Monaco, 2007.

settore civilistico (soprattutto in relazione al mercato degli affitti e degli acquisti)²⁹⁴, in Germania, il quadro ordinamentale non conosceva alcun varco di ingresso del principio di non discriminazione nella materia contrattuale, fatta eccezione per alcune ipotesi assolutamente marginali, quali l'obbligo a contrarre del monopolista e in materia di obbligo di previsione della barriere architettoniche nell'edilizia.

L'ipotesi di una legislazione antidiscriminatoria che interferisse nell'ambito privatistico, più di quanto imposto dalla direttiva suscitò, pertanto, fin da subito, una forte opposizione politica, contro qualunque tipo di legislazione nazionale che eccedesse il minimo strettamente richiesto per l'implementazione delle direttive europee²⁹⁵.

La bozza di atto inizialmente predisposta fu quindi modificata, restringendone la portata e l'ambito di applicazione, da quella stessa coalizione di governo formata dal *SPD* (partito socialista tedesco) e dal *Bundis '90/Die Grunen* che un anno prima aveva approvato, in seno al Consiglio dei ministri, il recepimento "ampio" delle Direttive "Razza" e "Altri fattori" del 2000.

Anche su questa bozza furono espresse perplessità in quanto ampliava le disposizioni della Direttiva "Altri fattori", andando al di là di quanto da essa richiesto, estendendo la tutela oltre la materia dell'impiego e dell'occupazione, in relazione all'accesso a beni e servizi, alla protezione e all'assistenza sociale, all'istruzione. Si trattava dell'ambito che, già previsto come campo di applicazione della Direttiva "Razza", sarebbe stato successivamente esteso al genere (per il solo accesso a beni e servizi) con la Direttiva 2004/113.

Anche in vista delle elezioni federali, che si tennero nell'autunno 2002, la prima bozza fu momentaneamente abbandonata.

Soltanto due anni più tardi, la ri-eletta coalizione SPD/Verdi presentò un nuovo testo dell'*Anti-Diskriminierungsgesetz* – in sigla noto come *ADG* – che per certi versi appariva di ancor più ampia portata rispetto alla bozza originaria, mirando ad implementare anche la Direttiva "Occupazione", approvata nel frattempo. Si trattava di un atto che conteneva una tutela dalle discriminazioni tanto in ambito giuslavoristico (art. 2), quanto in ambito civilistico (art. 3), con modifiche al codice civile, dal quale restava tuttavia esclusa la disabilità.

Nonostante si trattasse di un testo sui cui contenuti non si era registrato un consenso unanime e considerato da più parti controverso, il progetto di legge del 16 dicembre 2004 (*BR-Drucksache*, 15/4538), terminò le audizioni degli esperti nel marzo del 2005 e nel giugno 2005 fu approvato dal *Bundestag*, anche per rispondere alle procedure di infrazione avviate dalla Commissione europea. A causa dell'interruzione della legislatura, il passaggio al *Bundesrat*, che aveva iniziato l'iter di approvazione, non fu completato e la procedura legislativa si arrestò nuovamente in vista delle elezioni politiche nazionali.

Nel dicembre 2005 il partito *Bundis '90/Die Grunen*, nel frattempo divenuto opposizione, ripropose la bozza dell'*ADG* varato dal *Bundestag*, ma la nuova

²⁹⁴ *Civil Rights Act*, in sigla *CRA* del 1964. Cfr. D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto*, cit., 152 ss.

²⁹⁵ Il *Bundesrat* aveva raccomandato di ridurre il campo di applicazione della legge, redigendo un testo che non andasse oltre i confini delle direttive stesse.

coalizione governativa CDU/CSU e SPD preferì invece predisporre un nuovo atto, che fu approvato, a larga maggioranza²⁹⁶, nell'estate dell'anno 2006²⁹⁷.

In realtà, fatta eccezione per la modifica della rubrica, la versione dell'atto noto con il nome di *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz* – in sigla *AGG* – è in larga parte identica rispetto alla bozza dell'*ADG* predisposta nell'estate del 2005, dalla precedente coalizione governativa, con alcuni inserimenti, fra cui quelli dettati dalla volontà e dalla necessità di implementare congiuntamente anche la Direttiva 2004/113, venuta in essere durante l'iter parlamentare.

I contrasti politici sopra riassunti, oltre ad aver causato un notevole ritardo nell'implementazione delle direttive del 2000, hanno lasciato segni sulla struttura e sui contenuti dell'*AGG*, in parte determinati dagli accesi dibattiti sui possibili e potenzialmente dannosi effetti della legislazione antidiscriminatoria²⁹⁸, dalla ricerca di una soluzione compromissoria in grado di raccogliere ampi consensi e infine, dalla fretta con la quale è stato predisposto l'atto²⁹⁹.

3. La struttura dell'atto di recepimento

La legge di recepimento delle direttive antidiscriminatorie, approvata il 14 agosto del 2006, è strutturata in quattro articoli che hanno in larga parte ripreso la precedente versione dell'Atto di contrasto alle discriminazioni (*ADG*).

L'atto noto con il nome di *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, d'ora in avanti *AGG*, ovvero la legge generale sulla parità di trattamento, è in realtà contenuto all'articolo 1 della legge approvata nel 2006.

Il successivo art. 2 introduce nell'ordinamento un atto di contenuto sostanzialmente analogo all'*AGG*, ma specificamente volto alla tutela del principio di parità di trattamento tra donne e uomini appartenenti alle Forze Armate (*Gesetz über die Gleichbehandlung der Soldatinnen und Soldaten – SoldGG*).

Gli articoli 3 e 4 sono dedicati rispettivamente alle modifiche da apportare ad altre leggi e alle disposizioni tecniche sull'entrata in vigore.

²⁹⁶ Cfr. S. TESTA BAPPENHEIM, *L'Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG): Lex sum, nihil humani a me alienum puto*, in *Diritto e Religioni*, n. 2- 2007, p. 705 ss.

²⁹⁷ Per i documenti preparatori, le bozze dell'*AGG* e dell'*ADG*, i report dei lavori parlamentari in: [http://baer.rewi.hu-](http://baer.rewi.hu-berlin.de/wissen/antidiskriminierungsrecht/allgemeinesgleichbehandlungsgesetz)

[berlin.de/wissen/antidiskriminierungsrecht/allgemeinesgleichbehandlungsgesetz](http://baer.rewi.hu-berlin.de/wissen/antidiskriminierungsrecht/allgemeinesgleichbehandlungsgesetz).

²⁹⁸ Nel 2004, quando a seguito dell'approvazione della Direttiva 2004/113, si cominciò per la prima volta a parlare della sua implementazione, in Germania si è avviata un'accesa discussione – innescata dalle *lobby* del settore assicurativo – a proposito dell'introduzione di tariffe dei prodotti assicurativi non differenziate a seconda del sesso. Nel 2006, questo dibattito è stato sostituito nell'interesse della stampa, da altre questioni, tra cui la possibilità di aumentare il risarcimento, in materia di occupazione, per le discriminazioni basate sul sesso, e per le discriminazioni nell'alloggio, a causa dell'origine etnica.

Non troppa discussione c'è stata invece sui club per sole donne, anche se da parte di alcuni giornalisti è stata strumentalmente enfatizzata la possibilità che, a causa della nuova normativa, una povera vecchia signora, fosse costretta ad affittare la propria casa ad un uomo di colore.

²⁹⁹ F.J. SACHER, G. THUSING, *Munchener Kommestar zum Burgerlichen Gesetzbuch, Band 1, 2 Halbband: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, Verlag C. H. Beck oHG, Monaco, 2007, 12 ss.

Quanto alla struttura, gli articoli della legge di recepimento sono declinati in parti (*Abschnitt*), ognuna della quali a sua volta declinata in sezioni (§ – *Paragraph*), che talvolta risultano accorpate in sotto-parti o sotto-capitoli (*Unterabschnitt*).

Un quadro di insieme si ritiene imprescindibile, in quanto all'implementazione della Direttiva 2004/113, non si è proceduto nella sola parte relativa al divieto di discriminazione in ambito civilistico, ma proprio in ragione del tentativo di ricomposizione e riorganizzazione dei contenuti delle direttive antidiscriminatorie, è necessario fare riferimento a disposizioni collocate in diverse sezioni.

4. I contenuti dell'AGG

4.1. Disposizioni generali

L'AGG è suddiviso in sette parti (*Abschnitt*), di cui la prima, relativa alle disposizioni generali comuni a tutti i diversi ambiti in esso disciplinati (*Allgemeiner Teil*), esplicita le finalità della legge ovvero di impedire o di rimuovere le situazioni di svantaggio a causa della razza, dell'origine etnica, del sesso, della religione o delle opinioni filosofiche, della condizione di invalidità, dell'età o dell'identità sessuale³⁰⁰ di un individuo (§ 1 – *Ziel des Gesetzes*).

La seconda sezione è relativa all'ambito di applicazione della legge, che viene individuato nella materia del lavoro e dell'occupazione (condizioni di accesso e di lavoro, formazione professionale, appartenenza a organizzazioni di lavoratori), protezione sociale e sicurezza sociale, istruzione, accesso e fornitura di beni e servizi; ad essa segue una parte definitoria (§ 3 – *Begriffsbestimmungen*) che ripercorre le indicazioni delle direttive a proposito dei concetti di discriminazione diretta, indiretta, molestie, molestie sessuali, ordine di discriminare, riorganizzandoli in un unico articolo.

Disposizioni *ad hoc* sono previste quanto alle discriminazioni multiple (§ 4 – *Unterschiedliche Behandlung wegen mehrerer Gründe*) e alle azioni positive (§ 5 – *Positive Maßnahmen*). In relazione alle discriminazioni multiple si afferma che una disparità di trattamento sulla base di più fattori di rischio è ammissibile soltanto se la causa di giustificazione possa estendersi a tutti i singoli fattori di rischio per i quali vi sia stata una discriminazione.

³⁰⁰ È interessante dare conto delle differenze terminologiche con le quali sono state tradotte alcune espressioni e che sono state lette come un disfavore o comunque una scarsa sensibilità, da parte del legislatore tedesco, verso la tutela antidiscriminatoria. Ci si riferisce al caso del fattore di rischio "orientamento sessuale" (*sexual orientation*), che nella versione tedesca è divenuto "identità sessuale" (*Ziel des Gesetzes ist, Benachteiligungen aus Gründen ... der sexuellen Identität zu verhindern oder zu beseitigen*). Questa opzione è stata sottolineata in termini negativi, enfatizzandone il carattere di "bollo", di marchio, di immutabilità, seppure proprio la modificabilità potrebbe essere positivamente intesa, interpretando la *sexuellen Identität* come una delle espressioni dell'identità personale, "naturalmente" mutevole nel tempo. In senso positivo, l'espressione "convinzioni personali" è stata tradotta in tedesco come *Weltanschauung*, che letteralmente significa "visione del mondo", mentre in inglese è riportata come *belief*, ovvero fede e in francese, *convictions*.

4.2. Tutela giuslavoristica dalle discriminazioni

Pur trattandosi di un ambito che non rappresenta l'oggetto del presente esame, si ritiene ugualmente interessante ricostruire l'impostazione generale anche della parte giuslavoristica, in quanto funzionale alla comprensione di alcune questioni relative all'accesso e alla fornitura di beni e servizi.

La parte relativa alla protezione dalle discriminazioni dei lavoratori (*Abschnitt 2 – Schutz der Beschäftigten vor Benachteiligung*), che traspone le disposizioni delle Direttive "Razza" e "Altri fattori", "Occupazione", segue alle disposizioni generali e si applica a tutti i datori di lavoro a prescindere dalle dimensioni e dalla forma giuridica dell'azienda.

Questa parte risulta suddivisa in quattro sotto-sezioni: la prima, relativa al "Divieto di discriminazione" (*Unterabschnitt 1 – Verbot der Benachteiligung*), definisce i destinatari della tutela (§ 6 – *Persönlicher Anwendungsbereich*), il divieto di discriminazione (§ 7 – *Benachteiligungsverbot*), le possibili cause di trattamento differenziato in ragione dei requisiti occupazionali (§ 8 – *Zulässige unterschiedliche Behandlung wegen beruflicher Anforderungen*), con alcune specificazioni in riferimento alla religione o alle convinzioni personali (§ 9 – *Zulässige unterschiedliche Behandlung wegen der Religion oder Weltanschauung*) e all'età (§ 10 – *Zulässige unterschiedliche Behandlung wegen des Alters*), quanto alle cause di giustificazione di un trattamento differenziato.

Segue poi un secondo capitolo (*Unterabschnitt 2 – Organisationspflichten des Arbeitgebers*) relativo alle obbligazioni che sorgono in capo ai datori di lavoro nelle ricerche di personale (§ 11 – *Ausschreibung*) e alle loro azioni e doveri (§ 12 *Maßnahmen und Pflichten des Arbeitgebers*).

Sono previste alcune azioni finalizzate a garantire l'effettività delle previsioni legislative: ad esempio, le imprese sono tenute ad istituire un ufficio per i reclami e ad informarne i lavoratori, che possono rivolgersi a questa struttura, se si sentano discriminati dal datore di lavoro, dai preposti, da altri collaboratori o da terzi, a causa di una delle caratteristiche tutelate dall'AGG; inoltre i datori di lavoro sono tenuti ad esporre il testo della legge all'interno dei locali aziendali, anche mediante annunci in bacheca o in rete, purché sia accessibile ai lavoratori, a verificare i processi aziendali, al fine di escludere, ad esempio, l'esistenza di discriminazioni in ragione dell'età, dei lavoratori part-time, e quindi, indirettamente, delle donne. Sui datori di lavoro incombe l'obbligo di rispettare la parità nella diffusione di offerte di lavoro, nei colloqui che riguardano le trattative sulle condizioni di lavoro, nello svolgimento di corsi di aggiornamento, in caso di licenziamento. In capo ad ogni datore di lavoro sorge l'obbligo di prendere i provvedimenti necessari per la tutela contro la discriminazione, che includono le misure preventive e di sensibilizzazione dei dipendenti. Tutti i collaboratori, responsabili del personale e membri della commissione interna devono essere informati e dare prova di aver partecipato al corso informativo. Le informazioni devono essere estese anche a nuovi assunti.

Dalla data di adozione dell'AGG, le imprese devono essere in grado di documentare i provvedimenti presi, sia nella fase dell'assunzione (o della mancata assunzione), sia nell'attuazione del rapporto, nella retribuzione, nelle

promozioni, diversamente essendo loro preclusa, in caso di contenzioso, la possibilità di provare che non vi sia stata discriminazione.

Il successivo capitolo (*Unterabschnitt 3 – Rechte der Beschäftigten*) riguarda i diritti dei lavoratori: il diritto di appello (§ 13 *Beschwerderecht*), il diritto di rifiutare delle prestazioni (§ 14 *Leistungsverweigerungsrecht*), il diritto al risarcimento del danno provocato dalla condotta discriminatoria (§ 15 *Entschädigung und Schadensersatz*), il divieto di vittimizzazione (§ 16 *Maßregelungsverbot*).

La parte che implementa specificamente le previsioni delle direttive in materia di impiego e occupazione si chiude con un quarto capitolo dedicato alle disposizioni integrative (*Unterabschnitt 4 – Ergänzende Vorschriften*) a proposito della responsabilità sociale delle parti coinvolte (§ 17 *Soziale Verantwortung der Beteiligten*) e degli appartenenti a organizzazioni (§ 18 *Mitgliedschaft in Vereinigungen*).

4.3. L'ambito civilistico

La terza parte dell'AGG³⁰¹ riguarda il divieto di discriminazione nei rapporti civilistici. Questa ha trasposto specificamente le disposizioni della Direttiva 113, congiuntamente a quelle della Direttiva "Razza", per la parte relativa alla tutela al di fuori dell'occupazione e dell'impiego, introducendo, inoltre, per i *ground* tutelati dalla Direttiva "Altri fattori" (fatta eccezione per il fattore di rischio *Weltanschauung*, convinzioni personali) analoga protezione.

La parte terza si compone di sole tre sezioni, la § 19 relativa al divieto di discriminazione nei rapporti civili (*Zivilrechtliches Benachteiligungsverbot*), la § 20 a proposito delle differenze di trattamento consentite (*Zulässige unterschiedliche Behandlung*), la § 21 che riguarda l'esecuzione (*Ansprüche*).

La sezione 19 statuisce che ogni discriminazione fondata su uno dei fattori di rischio, tranne la *Weltanschauung*, ovvero le convinzioni personali, è da considerarsi illegittima quando riguardi "contratti di massa" (*Massengeschäfte*) o "quasi di massa" o abbia ad oggetto la materia assicurativa (comma 1).

La fattispecie dei *Massengeschäfte* comprende le ipotesi che, nel diritto italiano, sono inquadrare come contratti per adesione, standardizzati ed in cui la volontà del contraente ha un ruolo marginale³⁰².

Soltanto quanto ai fattori razza e origine etnica è specificata l'illegittimità di qualunque discriminazione in ogni tipo di obbligazione civile, senza ulteriore limiti dell'ambito oggettivo di applicazione (comma 2).

Il successivo comma 3 evoca il problema dell'affitto di appartamenti, molto enfatizzato sulla stampa, che aveva innescato un acceso dibattito, strumentalmente trasmettendo l'idea che, la conseguenza necessaria del

³⁰¹ *Abschnitt 3 – Schutz vor Benachteiligung im Zivilrechtsverkehr.*

³⁰² Diversamente dalla generalità dei contratti, il "contratto di massa" si rivolge ad una pluralità di soggetti e non si basa sul rapporto tra proposta ed accettazione. Si tratta di un contratto già predisposto unilateralmente mediante un modulo o un formulario prestampato che, anziché richiedere una accettazione (come per qualsiasi contratto), necessita di una semplice adesione. Ne sono esempio i contratti bancari o assicurativi. La *ratio* dei contratti di massa è nella necessità di garantire una esecuzione rapida e libera di determinate prestazioni, che ne permetta la fruizione da parte di un gran numero di persone, anche contemporaneamente. Cfr. M.C. MAZZONI, *Contratti di massa e controlli nel diritto privato*, Jovene, Napoli, 1975.

recepimento nazionale della Direttiva “Servizi”, sarebbe stata l’obbligo per le anziane signore di affittare una stanza del proprio appartamento ad un uomo di colore: in esso si stabilisce che non costituisce una discriminazione la differenza di trattamento determinata dalla volontà di instaurare condizioni economiche, sociali e culturali equilibrate.

Viene poi ulteriormente introdotta una restrizione che esclude le disposizioni di diritto di famiglia e di diritto successorio dall’applicazione del divieto di discriminazione in ambito civilistico (comma 4).

Il comma 5 introduce una limitazione ulteriore e aggiuntiva, stabilendo la non applicabilità delle disposizioni sulla parità di trattamento quando vi sia una relazione particolarmente intima o di fiducia fra le parti o i loro parenti. Quale caso esemplificativo (ma non esclusivo) è indicato il mercato degli affitti, se una persona o i suoi parenti occupino una parte dello stesso appartamento o un appartamento dello stesso immobile.

Infine, si precisa che l’affitto di un appartamento, per uso non soltanto temporaneo, non costituisce affari, a meno che il locatore non ceda più di 50 appartamenti. Ciò significa che un proprietario che ceda fino a 50 appartamenti, per uso abitativo, non viene considerato come un soggetto che offre un servizio a disposizione del pubblico.

La sezione 20 (*Zulässige unterschiedliche Behandlung*) disciplina le differenze che non integrano una discriminazione, qualora siano fondate su ragioni obiettive, di cui il legislatore tedesco fornisce un elenco, in via meramente esemplificativa, che comprende: la necessità di evitare minacce, di prevenire danni o altri obiettivi di natura comparabile, di rispettare requisiti di protezione della *privacy* o di sicurezza personale, di conseguire particolari vantaggi, quando non vi sia un interesse al rispetto della parità di trattamento³⁰³.

In attuazione dell’art. 5 della Direttiva “Beni e Servizi”, il comma 2, § 20 stabilisce che non costituiscono discriminazione le differenze di trattamento in materia di servizi assicurativi, laddove il sesso rappresenti un fattore determinante nella determinazione dei rischi sulla base di dati pertinenti e accurati, attuariali e statistici.

Anche per gli altri fattori viene stabilito che eventuali differenze di trattamento nel costo di servizi assicurativi sono giustificabili se basate su principi riconosciuti di calcolo del rischio, in particolare su calcoli attuariali e indagini statistiche.

Correttamente viene riportata la disposizione per cui i costi derivanti dalla maternità e dalla gravidanza non devono determinare delle differenze nel costo dei servizi assicurativi.

La sezione 21 (*Ansprüche*), infine, riguarda i profili processuali e di tutela e stabilisce che chi si ritenga discriminato può chiedere, all’autore della discriminazione e in via giudiziaria, la cessazione della condotta discriminatoria. Quando vi sia il timore di una ulteriore discriminazione, la vittima della discriminazione può ricorrere in giudizio per ottenere che la condotta discriminatoria non si ripeta in futuro (comma 1).

³⁰³ Vi è poi una ulteriore restrizione, a proposito della religione (comma 4, n. 4).

L'autore della discriminazione è obbligato a risarcire il danno, salvo il caso in cui egli non sia responsabile per la violazione di un dovere.

In caso di danno non economico, la vittima può chiedere un risarcimento economico che deve essere adeguato alla discriminazione subita.

All'autore della discriminazione non è consentito il rinvio ad un eventuale accordo pregresso di deroga al divieto di discriminazione.

Il termine entro cui proporre il ricorso è stabilito in due mesi decorrenti dalla discriminazione, salvo il caso di decorso del tempo senza colpa della vittima.

4.4. Tutela giurisdizionale e organismi di difesa

Alla materia civilistica segue la parte sulla tutela giurisdizionale (*Abschnitt 4 – Rechtschutz*), in cui si prevede la possibilità di avvalersi anche del sostegno di "organizzazioni contro la discriminazione" (*Antidiskriminierungsverbände*), purché si tratti di soggetti operanti, non in via temporanea, per la tutela (di individui o gruppi di persone) dalle discriminazioni a causa di uno dei motivi specificati dall'AGG. Per poter essere "organizzazioni contro la discriminazione", essi devono operare *non profit* e avere almeno 75 iscritti (o in alternativa deve trattarsi di un'associazione che raggruppi almeno 7 organizzazioni).

Questi soggetti possono patrocinare la parte lesa nei processi in cui non è prescritta dalla legge la presenza di un avvocato (§ 23 *Unterstützung durch Antidiskriminierungsverbände*).

Nella sezione riguardante i profili processuali è inserita la regola circa l'alleggerimento dell'onere della prova (§ 22 *Beweislast*).

4.5. Altre disposizioni

La quinta parte (*Sonderregelungen für öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse*), che contiene una sola sezione (§ 24), formula delle previsioni specifiche applicabili ai contratti di pubblico impiego (*Sonderregelung für öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse*).

La sesta parte (*Antidiskriminierungsstelle*) della legge generale sulla parità di trattamento costituisce l'Ufficio federale per l'antidiscriminazione incardinato presso il Ministero federale per la famiglia, gli anziani, le donne e i giovani con l'obiettivo di fornire una tutela contro le discriminazioni in ragione di tutti i fattori di rischio elencati nell'atto (§ 25 *Antidiskriminierungsstelle des Bundes* – in sigla ADS, Ufficio federale contro le discriminazioni).

Viene specificato che l'organismo deve essere dotato del personale e delle risorse necessarie per il funzionamento e per il perseguimento dei propri scopi³⁰⁴.

Il responsabile della struttura è nominato dal Ministro per la famiglia, gli anziani, le donne e i giovani, su indicazione del Governo federale (§ 26 *Rechtsstellung der Leitung der Antidiskriminierungsstelle des Bundes*).

All'Ufficio vengono attribuite numerose competenze nella lotta contro le discriminazioni, sulla falsariga di quanto oggetto delle Direttive (§ 27 –

³⁰⁴ Sotto questo profilo emerge la profonda differenza rispetto all'implementazione italiana, in cui è specificato che non devono derivare nuove spese. Sul recepimento italiano, cfr. Capitolo Terzo.

Aufgaben), tra cui l'informazione sulle azioni legali esperibili, l'assistenza a chi ritenga di essere stato vittima di una discriminazione, il collegamento con altre autorità coinvolte, il supporto nel tentativo di conciliazione.

La struttura federale assume anche compiti di informazione e pubblicità, ricerche e studi accademici sulle discriminazioni, misure di prevenzione sulle discriminazioni.

L'ADS può essere supportata da ogni autorità federale e ufficio pubblico federale nel perseguimento dei propri obiettivi (§ 28 *Befugnisse*) e può coinvolgere organizzazioni non governative e altri soggetti attivi nel campo della protezione contro le discriminazioni a ogni livello, europeo, federale, dei *Länder* e regionale (§ 29 *Zusammenarbeit mit Nichtregierungsorganisationen und anderen Einrichtungen*).

Al fine di promuovere il dialogo con i gruppi sociali e le organizzazioni che hanno come obiettivo il contrasto alle discriminazioni, la sezione 30 (rubricata *Beirat*) prevede un Consiglio con funzioni consultive dell'*Antidiskriminierungsstelle des Bundes*, nella predisposizione delle proposte legislative e dei *report*. I componenti vengono scelti, dal Ministero per la famiglia, gli anziani, le donne e i giovani, di concerto con l'ADS, tra esperti giuridici nell'ambito delle discriminazioni e rappresentanti di gruppi sociali e organizzazioni sociali.

L'ultima parte dell'art. 1, contiene le disposizioni conclusive (*Abschnitt 7 – Schlussvorschriften*), ovvero il divieto di modificare attraverso la sottoscrizione di accordi alle disposizioni di questo atto (§ 31 *Unabdingbarkeit*), il richiamo alle disposizioni generali che si applicano salvo che vi sia un contrasto con l'AGG (§ 32 *Schlussbestimmungen*), le disposizioni transitorie (§ 33 *Übergangsbestimmungen*).

Sull'applicazione del divieto, il comma 3 sottolinea che la parte relativa alle discriminazioni in ambito civilistico non si applica ai rapporti conclusi prima del 1 dicembre 2006. Mentre per quanto riguarda i contratti di assicurazione, il divieto di discriminazione non si applica ai contratti conclusi prima del 22 dicembre 2007, ovvero il giorno successivo alla data ultima del recepimento della Direttiva "Servizi".

4.6. Limiti e confini dell'AGG

Prima di procedere ad una analisi dei nodi critici della trasposizione tedesca, va fatta una premessa terminologica, che può essere utile a comprendere il clima nel quale si è proceduto all'inserimento della disciplina di recepimento della Direttiva "Servizi" e degli altri atti di diritto antidiscriminatorio nell'ordinamento nazionale.

Per tradurre la parola inglese "*discrimination*", l'AGG non utilizza il termine "discriminazione" (che in tedesco risulterebbe *Diskriminierung*), preferendo l'espressione "trattamento svantaggioso" (ovvero *Benachteiligung*).

Questa opzione non può essere archiviata come una mera opzione terminologica fine a se stessa, rappresentando al contrario una scelta consapevole e gravida di conseguenze. Gli estensori dell'atto, infatti, volevano evitare che qualunque distinzione (*unterschiedliche Behandlung*) fosse considerata discriminazione, conclusione che a loro parere poteva essere dedotta dall'utilizzo del termine "discriminazione". Questa parola, interpretata

secondo l'origine latina della parola, risulterebbe essere sinonima di "differenziazione"³⁰⁵ o comunque come tale potrebbe essere intesa.

Di questa precisazione va tenuto conto, tanto per sottolineare come anche a livello terminologico non sempre la traduzione delle direttive antidiscriminatorie sia stata operata correttamente dal legislatore tedesco³⁰⁶, tanto per chiarire l'eventuale utilizzo indifferenziato, nel presente scritto, dei termini discriminazione e trattamento svantaggioso, pur nella consapevolezza della distinzione di questi concetti.

Un'altra precisazione lessicale si rende utile al fine di chiarire l'ambito di applicazione soggettivo. L'AGG fra gli altri fattori elenca anche il sesso; ma il termine tedesco utilizzato (*Geschlecht*) può essere esteso fino a comprendere anche le forme intersessuali, dovute a combinazioni cromosomiche³⁰⁷.

Passando ad una analisi contenutistica, la dottrina non ha mancato di evidenziare alcune lacune nella legislazione di recepimento³⁰⁸, nonostante la decisa posizione del governo tedesco nel sostenere la correttezza e la completezza della trasposizione nazionale³⁰⁹.

Se, in alcuni casi, vi è stato un esplicito allontanamento dal testo della Direttiva, in altri la lacunosità del recepimento è dipesa da scelte che potrebbero apparentemente apparire "tecniche". Collocando alcune disposizioni-chiave, previste in termini analoghi in tutte le direttive antidiscriminatorie, nella sola sezione relativa alla materia giuslavoristica, il legislatore ne ha di fatto escluso l'applicazione in relazione all'ambito dell'accesso e della fornitura di beni e servizi.

In altri casi ancora, il legislatore ha determinato una limitazione dell'efficacia del recepimento operando erronei riferimenti.

La sezione 2 (§ 2 – *Anwendungsbereich*) elenca quali sono le materie per cui non è ammessa alcuna discriminazione, in tutti i fattori tutelati dalla legge (sesso, razza e origine etnica, religione o convinzioni personali, orientamento sessuale, disabilità, età). Nella disposizione successiva (§ 3 – *Begriffsbestimmungen*), in cui sono previste le nozioni di discriminazione

³⁰⁵ Cfr. D. SCHIEK, *Germany*, in *Access to goods and services: Implementation of Directive 2004/113/EC*, Report sull'implementazione della Direttiva 2004/113, del 2007, cfr. nota 332 del presente lavoro.

³⁰⁶ Cfr. nota 301 del presente lavoro.

³⁰⁷ F.J. SACHER, G. THUSING, *Munchener Kommestar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, 2 Halbband: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, Verlag C. H. Beck oHG, Monaco, 2007, 53, che fa riferimento alle persone intersessuali, transessuali, ermafroditi, a prescindere dal fatto che il legislatore riconosca il cambiamento di sesso e anche indipendentemente dal fatto che venga portata a compimento la modifica alla legge di tutela dei transessuali, in quanto un cambio di sesso non può essere un limite per l'applicazione di una legislazione.

³⁰⁸ Nella parte giuslavoristica ad esempio, cfr. § 8 *Zulässige unterschiedliche Behandlung wegen beruflicher Anforderungen*, i requisiti occupazionali essenziali sono stati tradotti come "requisiti lavorativi sostanziali e decisivi". Anche precedentemente all'approvazione dell'AGG, la giurisprudenza ha interpretato in senso estensivo la nozione di "condizione irrinunciabile", ad esempio riconoscendo tale il sesso femminile per le attività di vendita di costumi da bagno femminili. S. TESTA BAPPENHEIM, *L'Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG): Lex sum, nihil humani a me alienum puto*, cit., p. 724.

³⁰⁹ Peraltro le criticità dell'AGG e la sua compatibilità con le Direttive europee sono state oggetto di interrogazione scritta di Elisabeth Schroedter (Verts/ALE), Cem Özdemir (Verts/ALE) e Hiltrud Breyer (Verts/ALE) alla Commissione, il 21 dicembre 2006 (E-5635/06).

diretta, indiretta, molestie, molestie sessuali, le molestie sessuali vengono richiamate soltanto in relazione ad alcuni ambiti oggettivi di applicazione della legge, in particolare per la sola materia dell'impiego e dell'occupazione (sezione 3, co. 4). In questa disposizione, la molestia sessuale è definita in conformità alla Direttiva, ma negli ambiti di cui alla sezione 2, nr. 1 – 4. Così come risulta formulata, la disposizione non pone un divieto della molestia sessuale, in relazione all'accesso ai beni e ai servizi (che nella sezione 2, è collocato al nr. 8).

Questo rappresenta un vistoso allontanamento dalle previsioni della Direttiva 2004/113 che, senza equivoci, dispone invece che le molestie sessuali, nell'ambito dell'accesso e della fornitura di beni e servizi, sono equiparate alle discriminazioni (art. 4, co. 4, della direttiva).

Analogamente, la disposizione finalizzata a proteggere le persone da trattamenti o conseguenze sfavorevoli quale reazione a un reclamo o a un'azione volta a ottenere il rispetto del principio della parità (§ 16 *Maßregelungsverbot*, ovvero il divieto di vittimizzazione) è inserita nella parte dell'AGG, che riguarda la sola materia giuslavoristica (*Abschnitt 2 – Schutz der Beschäftigten vor Benachteiligung*, nell'*Unterabschnitt 3 – Rechte der Beschäftigten*).

Posto che si tratta di una disposizione prevista anche per la materia dell'accesso a beni e servizi³¹⁰, una corretta trasposizione avrebbe dovuto prevederla nella parte relativa alle disposizioni comuni; stesso risultato poteva essere conseguito estendendone l'applicabilità anche alla sezione relativa alle obbligazioni civilistiche, mediante un semplice rinvio inserito nell'*Abschnitt 3* dell'AGG.

Nell'attuale formulazione, il risultato è che nell'ambito dell'accesso e della fornitura di beni e servizi non è presente la disposizione che mira a proteggere le vittime da atteggiamenti ritorsivi, rispetto a cui va segnalata in termini critici la drastica limitazione dell'efficacia della Direttiva "Servizi".

Quello su cui ci si può interrogare è se si tratti di una svista grossolana, conseguente ad una errata modalità di strutturazione di un atto complesso, o se invece sia stata determinata da una volontaria omissione del legislatore tedesco. Ma è comunque da auspicare che in sede di modifica dell'AGG – comunque imposta dalla necessità di recepire la Direttiva "Rifusione" – si provveda ad un corretto adeguamento.

Se pure è vero che un divieto di vittimizzazione potrebbe comunque trarsi direttamente dai principi generali del diritto civile tedesco³¹¹, va sottolineato come si produca una lacuna vistosa nell'operazione di implementazione della Direttiva 2004/113, che avrebbe potuto essere maggiormente completa e soprattutto rigorosa³¹².

Anche per quanto riguarda l'ambito dell'accesso e della fornitura di beni o servizi, disciplinato nell'*Abschnitt 3*, relativo alle relazioni contrattuali non di

³¹⁰ Cfr. art. 10, Direttiva "Servizi" e art. 9, Direttiva "Razza".

³¹¹ Cfr. *Federal Labour Court*, 2nd April 1987 - 2 AZR 227/86, AP no. 1 § 612 a BGB in relazione al § 612 del Codice civile, che ha implementato il divieto di vittimizzazione dalla Direttiva 76/207, ben prima dell'AGG.

³¹² Corte di Giustizia, caso C-144/99 (COM v Netherland), in Racc., 2001, p. I-3541.

lavoro, l'AGG limita il proprio ambito di applicazione oggettivo, secondo una modalità che ne distanzia notevolmente il contenuto da quello della Direttiva "Servizi"³¹³.

Questo, infatti, prevede che il divieto di discriminazioni in ambito civilistico si applichi in due casi. Il primo riguarda i rapporti contrattuali nei quali non sia riconosciuto un rilievo all'identità del contraente, in un numero elevato di casi in situazioni comparabili (quindi in relazione ai c.d. "contratti di massa", ovvero, secondo il diritto italiano, i contratti per adesione) oppure se il riferimento al contraente venga ad assumere una rilevanza minore, in ragione della natura dell'obbligazione e si presentino situazioni comparabili in un numero elevato di casi (c.d. "contratti quasi di massa") (§ 19, comma 1, nr. 1).

L'altro settore in cui vale il divieto di discriminare è quello delle relazioni contrattuali sulla materia assicurativa (§ 19, comma 1, nr. 2).

Questa rigida individuazione dell'ambito di applicazione vale peraltro indifferentemente ed ugualmente per tutti i fattori di rischio diversi da razza e origine etnica, per i quali viene specificata l'applicazione del divieto anche per le altre obbligazioni civilistiche (§ 19, comma 2).

Se da un lato, questo marca un ampliamento rispetto alle previsioni della Direttiva "Altri fattori", dall'altro, determina un'impropria e ulteriore³¹⁴ differenziazione fra la tutela offerta alle discriminazioni di genere e quella relativa al fattore razza, che traccia una considerevole distanza rispetto al testo che l'AGG mirava ad implementare.

Ciò sembrerebbe potersi far risalire alla volontà di una traduzione eccessivamente formalistica della Direttiva 200/113, laddove, a parere del legislatore tedesco, essa non richiederebbe di implementare un divieto di discriminazione di genere nell'ambito della "sfera privata"³¹⁵ e delle transizioni effettuate in questo ambito. Tuttavia non è condivisibile identificare, *a contrario*, le transazioni riguardanti la sfera privata, come tutte quelle non riconducibili ai contratti di massa o quasi di massa.

L'aver ristretto il divieto di discriminazione ai soli contratti di massa o contratti quasi di massa, in cui non rileva o è poco rilevante l'identità della controparte, rappresenterebbe una indubbia restrizione rispetto alla tutela offerta dalla

³¹³ Va brevemente segnalata una ulteriore anomalia che appare sintomatica dei timori politici derivanti dall'affermazione di un principio di non discriminazione nella materia civilistica. La § 19 esclude le convinzioni personali (*Weltanschauung*) dall'ambito di applicazione del divieto di discriminazione in ambito civile, tracciando un discrimine non soltanto rispetto agli altri fattori diversi da razza e genere, per i quali il divieto è imposto dalle direttive di riferimento ("Servizi" e "Razza"), ma pure rispetto alla religione, dissociandosi dal comune abbinamento di queste condizioni soggettive.

³¹⁴ Rispetto alla differenziazione nella tutela già delineata fra la Direttiva "Servizi" e la Direttiva "Razza", su cui cfr. paragrafo 8 del Capitolo secondo.

³¹⁵ Tale convinzione non è soltanto chiarita nel *reasoning* dell'AGG (BT Drs 16/1780 p. 41 colonna di destra, in riferimento all'art. 3 § 2 Dir. 2004/113/EC), ma è anche condivisa da *M. Mahlmann* (cfr. l'opinione per l'audizione parlamentare sull'AGG, disponibile su http://baer.rewi.huberlin.de/w/files/lsb_agg_chronologie_anhoerungen/stellungnahme_mahlmann.pdf), che aveva agito come esperto nazionale nel *network* sui fattori di rischio diversi dal genere.

Direttiva (art. 3, comma 2)³¹⁶, che non sembra autorizzare una simile conclusione, risultandone altrimenti vanificato lo scopo e divenendo diversamente ammissibile la scelta (o meglio la non scelta) della controparte contrattuale esclusivamente fondata sul sesso.

Questo aspetto non dovrebbe forse sorprendere, ricordando come era stata proprio la delegazione tedesca che aveva partecipato ai lavori di stesura della Direttiva, a proporre i contratti di questo tipo quale limite all'applicabilità del divieto di discriminazione in materia contrattuale, proposta che venne rifiutata proprio in quanto eccessivamente limitante³¹⁷.

L'aver introdotto, in sede di recepimento nazionale, un'opzione rifiutata a livello comunitario, si ritiene possa essere inquadrato nell'ambito di un cattivo recepimento, che manifesta il timore di una potenziale compressione della libertà contrattuale, in conseguenza dell'applicazione del principio di non discriminazione³¹⁸.

Considerato da alcuni come una inammissibile limitazione dell'autonomia privata (art. 2, Abs. 1 GG)³¹⁹, secondo parte della dottrina, l'AGG rappresenterebbe comunque uno strumento di tutela della libertà contrattuale dei soggetti svantaggiati e non andrebbe letto, al contrario, in termini esclusivamente negativi.

Altro appunto è da segnalare in relazione alla clausola derogatoria secondo la quale, per il mercato immobiliare, è ammissibile una disparità di trattamento se sia finalizzata ad instaurare condizioni economiche, sociali e culturali equilibrate (§ 19 comma 3); pensata come risposta ai timori mossi dall'opinione pubblica circa l'obbligatorietà per le "vecchie signore" di cedere in sub affitto stanze del proprio appartamento a uomini di colore, questa formula astratta e generale introduce una giustificazione ad una discriminazione, rispetto a cui è difficile ipotizzare una compatibilità con le disposizioni della Direttiva. Tale riflessione vale soprattutto in quanto si tratta di una nozione vaga, incerta, potenzialmente molto ampia e solo soggettivamente determinabile.

Vi è poi una ulteriore disposizione su cui è lecito sollevare più di una perplessità, ovvero la non applicazione del divieto di discriminazione alle obbligazioni civilistiche che determinano una relazione particolarmente intima o di fiducia con la parte contrattuale o con i suoi parenti (§ 19, comma 5, primo inciso).

³¹⁶ Cfr. In tal senso J. KORELL *Diskriminierungsverbote im allgemeinen Zivilrecht? Probleme bei der Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien*, in *JURA*, 2006, 1-9, at 5; K. RIESENHUBER, *Diskriminierungsverbot im Europäischen Vertragsrecht*, in *Schlachter/Leible* (Hg) *Diskriminierungsschutz durch Privatrecht*, (2006), 124-140, pag. 128.

³¹⁷ F.J. SACHER, G. THUSING, *Munchener Kommestar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, 2 Halbband: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, Verlag C. H. Beck oHG, Monaco, 2007, 271 ss.

³¹⁸ S. BAER, "The End of Private Autonomy" or Rights-Based Legislation? *The Anti-Discrimination Law Debate in Germany*, in *Annual of German and European Law (AGEL)*, R. A. Miller, P. Zumbansen (eds), Berghahn Books, 2004, pp. 323-333.

³¹⁹ F.J. SACHER, G. THUSING, *Munchener Kommestar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, 2 Halbband: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, Verlag C. H. Beck oHG, Monaco, 2007, 261 ss.

Nella successiva disposizione viene specificato come tale eccezione valga in particolare in relazione ai contratti di affitto e di subaffitto, qualora il proprietario o uno dei suoi parenti occupi un appartamento nello stesso stabile o una porzione dello stesso appartamento. Ma trattandosi di un esempio che non può essere considerato esaustivo di tutti i casi potenzialmente ammissibili da questa disposizione, va sottolineato come l'AGG faccia riferimento alle obbligazioni di diritto civile, indebitamente ampliando per tale via i confini di una eccezione al divieto di discriminazione, che, proprio in quanto eccezione, avrebbe dovuto essere interpretata in termini rigidamente restrittivi.

Simili disposizioni introducono delle significative restrizioni non autorizzate dalla Direttiva 2004/113, determinandone uno svuotamento di significato e un depotenziamento nei termini di efficacia, già peraltro ridotta dalle numerose deroghe e eccezioni contemplate nell'atto comunitario.

Ancora in materia di eccezioni al principio della parità di trattamento, l'AGG riproduce testualmente la disposizione per cui qualsiasi atto di discriminazione di genere (e degli altri fattori di rischio ad eccezione della razza) non costituisce una discriminazione illegittima in presenza di una giustificazione oggettiva (§ 20 para 1). Tuttavia, il significato risulta in parte deformato dalle parti successive della disposizione che specificano alcuni esempi di giustificazione oggettiva: il dover evitare minacce, prevenire danni o altri obiettivi di natura comparabile, così come la protezione della *privacy* o della sicurezza personale e così via.

Anche in questo caso la ricostruzione effettuata dal legislatore tedesco, si pone in contrasto con le previsioni della Direttiva 2004/113 che consentirebbero solo deroghe specifiche e limitate, strettamente ancorate al caso concreto e all'eccezionalità della situazione, non invece l'introduzione di giustificazioni non soltanto valide a livello generale, ma anche potenzialmente estensibili.

Pur volendo considerare la corrispondente disposizione della Direttiva (art. 4, comma 5) come una giustificazione a carattere generale, interpretazione peraltro non condivisibile, questo potrebbe comunque applicarsi soltanto nell'accesso a beni e servizi. Ma la tecnica regolatoria fatta propria dall'AGG fa sì che ciò possa astrattamente valere anche per le condizioni di fornitura, come sono, ad esempio, le politiche di prezzi, determinando un'ulteriore compressione della tutela dalle discriminazioni nelle relazioni civilistiche che non appare consentita dalla Direttiva.

Utilizzando tutto il margine di manovra consentito dall'atto che mirava a trasporre, l'AGG ha poi previsto numerose e incisive eccezioni a vantaggio dell'industria assicurativa (§ 20, comma 2). Considerando che il governo tedesco era stato fra quelli che avevano esercitato pesanti pressioni per un'estensione della legittimazione di trattamenti differenziati (*rectius* discriminazioni) nel settore assicurativo nonostante (o meglio tramite) questa direttiva, la circostanza non dovrebbe sorprendere.

Quanto all'utilizzo nel calcolo dei fattori attuariali di dati pertinenti, accurati e statisticamente fondati, il legislatore tedesco non ha fornito alcuna indicazione operativa, né alcuna specifica giustificazione: il testo si limita ad affermare che, posta la presenza di differenze statistiche fra uomini e donne, queste devono trovare un riscontro nelle tariffe assicurative.

Se è vero che la Direttiva consente di mantenere tariffe differenziate nei premi e nei benefit, va comunque rispettata la corretta formulazione e il corretto utilizzo

di dati statistici e attuariali aggiornati e completi. Nella trasposizione interna, il legislatore tedesco non ha provveduto ad elaborare nessun piano per rispondere a questa esigenza, né ha dato mandato di procedere ad altro organismo, fissandone termini e condizioni (sulla falsariga, ad esempio, di quanto attuato in Italia mediante l'emanazione del Regolamento Isvap³²⁰).

Vista la delicatezza degli equilibri del settore, è plausibile ritenere che le compagnie assicurative ritarderanno quanto più possibile l'aggiornamento delle tabelle di calcolo dei fattori attuariali e continueranno ad utilizzare quelle esistenti che trattano in maniera fortemente differenziata, uomini e donne, con effetti discriminatori nei confronti delle donne.

A livello generale, tali questioni sono state delegate all'organismo che si occupa della tutela dalle discriminazioni, l'ADS, ma, in assenza di una "copertura" legislativa, difficilmente questo ente potrà adottare delle procedure di imposizione, controllo e sanzione, in caso di mancato aggiornamento di dati o di non utilizzo di dati correttamente reperiti.

Va anche ricordato che il settore assicurativo è soggetto alla supervisione dell'autorità responsabile per il controllo sulle assicurazioni, le cui attività sono di fatto bloccate da una disposizione in materia assicurativa che sostanzialmente impone tariffe differenziate sulla base del sesso (si tratta della § 12 dell'Atto in materia di assicurazione, in sigla VAG). Questa prescrizione marca un evidente contrasto sia con la Direttiva 2004/113 (art. 5), sia con la disposizione che l'ha recepita nell'ordinamento tedesco (§ 19 comma 1 n. 2 e § 20 comma 2 AGG).

Se potrebbe essere offerto un rimedio, in via interpretativa, re-interpretando il VAG in conformità alle disposizioni comunitarie e all'AGG, va sottolineato come l'assenza di coordinamento di tale atto rispetto alla legislazione preesistente rischi di comprometterne pesantemente l'efficacia e vada segnalato come un esempio di cattiva trasposizione.

La coesistenza di disposizioni contraddittorie, a causa dell'implementazione della Direttiva nell'AGG senza alcun coordinamento rispetto alla legislazione del settore assicurativo rischia di vanificare ogni obiettivo di tutela dell'atto.

Quanto alle disposizioni in materia di risarcimento, la dottrina è divisa sul considerarle in linea con i requisiti di effettività e adeguatezza richiesti dalla Direttiva. La disposizione oggetto di critica è quella che determina il venir meno del risarcimento, in caso di assenza di responsabilità dell'autore della discriminazione.

Secondo alcuni autori, pur senza esigere la colpa o il dolo dell'autore della discriminazione, il legislatore tedesco avrebbe creato un rimedio sufficiente³²¹.

Altra parte della dottrina ritiene invece che entrambi i commi dovrebbero essere analizzati separatamente e che l'inserimento dell'elemento psicologico riferito all'autore della discriminazione quale fattore di esclusione di una sua

³²⁰ Sul recepimento italiano, cfr. Capitolo terzo

³²¹ J. BUSCHE, *Effektive Rechtsdurchsetzung und Sanktionen*, in LEIBLE/SCHLACHTER (Hg.) *Diskriminierungsschutz durch Privatrecht*, Sellier European Law Publishers, 2006, p. 176; D. SCHIEK, *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) Ein Kommentar aus europäischer Perspektive*, Sellier European Law Publishers, 2007 (§ 21 no. 22).

responsabilità (§ 21 comma 2) sarebbe contrario alle disposizioni della Direttiva che di questo aspetto non fanno alcuna menzione³²².

Criticabile è la previsione del termine di due mesi per la proposizione del ricorso (§ 21 comma 5)³²³, innanzi tutto, in quanto risulta eccessivamente penalizzante per le potenziali vittime delle discriminazioni e a vantaggio delle quali la disciplina processuale era stata inserita, al fine di garantire effettività alla tutela. In secondo luogo, la previsione di un limite, oltretutto estremamente contenuto, determina un ulteriore aspetto problematico. Divenendo il ricorso inammissibile dopo due mesi, viene a determinarsi una profonda differenza rispetto alle disposizioni che riguardano i termini di prescrizione (*Verjährung*).

Inoltre va ricordato come nell'ordinamento interno, date limite per i ricorsi sono atipiche per le relazioni al di fuori della materia giuslavoristica e che il § 21 par. 5 dell'AGG è effettivamente basato sulla normativa giuslavoristica, che a sua volta è plasmato sulle pratiche regolatorie degli accordi collettivi.

Questa disposizione non sembra essere in linea con il principio del diritto comunitario che richiede un rimedio adeguato ed effettivo, ma anche su questo la dottrina è divisa.

Pure in materia di onere della prova sono state sollevate alcune perplessità dal momento che, sulla base dell'AGG, quando una delle parti è in grado di provare i fatti da cui si può presumere che ci sia stata una discriminazione, spetta all'altra parte provare che non vi sia stata violazione delle disposizioni di tutela. La Direttiva compiva invece un esplicito riferimento alle "persone che si ritengono lese dalla mancata applicazione nei loro riguardi del principio della parità di trattamento", espressione non replicata dall'AGG (§ 22), che, così come formulato, è applicabile alla stessa maniera per l'autore e per la vittima della discriminazione.

Queste previsioni comportano una riduzione nella tutela rispetto a quanto garantito dal § 611a, comma 1, frase 3 del *Bürgerliches Gesetzbuch* (in sigla, BGB), ovvero il codice civile tedesco, preesistente all'approvazione tanto della Direttiva 2004/113, quanto delle altre direttive antidiscriminatorie. La disposizione richiamata prevedeva infatti un divieto di discriminazione diretta e indiretta basato sul sesso, negli ambiti al di fuori dal lavoro e dall'occupazione. Ma per la clausola del non regresso, questo non è consentito.

Rispetto alle previsioni contenute nelle Direttive "Beni e servizi" e "Razza", problematica appare l'individuazione in capo alle associazioni che lottano contro la discriminazione, di una funzione di patrocinio (§ 23 dell'AGG), ma non di un potere giuridico di rappresentanza.

Le sezioni dal 25 al 30 dell'AGG istituiscono un nuovo organismo per il contrasto alle discriminazioni (*Anti-Diskriminierungsstelle* – ADS), incardinato presso il Ministero per la famiglia, gli anziani, le donne e i giovani.

Parte della dottrina ha mostrato un forte scetticismo a proposito del requisito dell'indipendenza di questo soggetto, richiesto dalla Direttiva e formalmente

³²² W. DÄUBLER, M. BERTZBACH, *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz Handkommentar*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2008 (§ 21 no. 37-38).

³²³ Stesso discorso il relazione alla fissazione del termine di due mesi previsto dal § 15 comma 4: di fatto questo limita il livello di protezione garantito dal § 61 b, capoverso 1, della legge relativa ai tribunali del lavoro (ArbGG), in relazione al § 611 del codice civile.

recepito a livello nazionale³²⁴. L'AGG fa infatti riferimento allo svolgimento di compiti in maniera *indipendente*, all'assistenza *indipendente* fornita alle vittime, alla redazione di inchieste e studi *indipendenti*. Ma considerando che il probabile riferimento fatto in tal senso dalla Direttiva, sia ad una indipendenza innanzi tutto dal Governo, sono stati avanzati dubbi sulla sua effettiva autonomia, quando è dalla stessa compagine che proviene la nomina del vertice della struttura (la prima nomina è avvenuta nel Febbraio 2007) e l'individuazione delle risorse umane, strumentali e finanziarie.

Sarebbe stato maggiormente rispondente alle richieste della Direttiva prevedere che il vertice di questo organismo di tutela fosse di nomina esterna al Governo, così da garantire, di pari passo, l'indipendenza delle relazioni e dei *report*, nonché dell'assistenza alle vittime di discriminazioni.

Quanto alla scelta di creare un unico organismo per la tutela alle discriminazioni basate sui diversi fattori di rischio, questo, da un lato, presenta indubbi vantaggi nei termini di una riduzione del pluralismo istituzionale costoso e a rischio di inefficienza³²⁵; dall'altro, accorpendo su binari unici, attività e iniziative molto diverse potrebbe non tenere conseguentemente in adeguata considerazione le specificità che ogni *ground* presenta, quanto alle attività promozionali e di contrasto delle discriminazioni.

Altra sottolineatura va fatta a proposito dell'applicabilità delle disposizioni, in quanto l'AGG dispone che il divieto di discriminare in ragione del genere in ambito non lavorativo non si applichi alle relazioni contrattuali concluse prima del 1° dicembre 2006 (§ 33 comma 3) e non dalla data di recepimento. Se è vero che questa opzione era consentita dalla Direttiva (art. 13), che chiede agli Stati membri di garantire l'opportunità di modificare tali contratti discriminatori in ragione del sesso, è altresì vero che essa mostra una lettura al ribasso del potenziale della normativa antidiscriminatoria.

In merito alle modifiche nella legislazione esistente, giova ricordare come durante il lungo periodo di gestazione dell'AGG, il Ministro per la famiglia, gli anziani, le donne e i giovani aveva proceduto a richiedere agli altri ministri di identificare quelle disposizioni che necessitavano di essere abrogate o modificate, al fine di rispettare le richieste della Direttiva.

Le risposte furono ben poche e di fatto le disposizioni modificate o abrogate dall'AGG comprendono soltanto le preesistenti normative in materia di discriminazione fondate sul genere sugli altri fattori di rischio.

Questa operazione è da ritenere lacunosa e incompleta, tralasciando l'AGG di apportare cambiamenti a numerose disposizioni in materia di discriminazione di genere, di cui si è in parte dato conto.

Tra queste va citata la già richiamata § 12 dell'Atto in materia di assicurazione, a mente della quale qualsiasi assicurazione sanitaria deve essere differenziata in ragione del sesso. Pur potendo rinvenirsi una soluzione in via interpretativa, va sottolineato che un problema di ordine pratico si porrà in quanto l'autorità

³²⁴ W. DÄUBLER, M. BERTZBACH, *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz Handkommentar*, cit., (AGG § 25 no. 7).

³²⁵ Sempre in termini positivi va segnalato che questo aspetto ha consentito di prevedere anche per i fattori diversi da razza e genere, la presenza di un organismo di tutela, non richiesto dalla Direttiva "Altri fattori".

responsabile per il controllo sulle assicurazioni non potrebbe restringere l'utilizzo di tariffe discriminatorie, quando invece il VAG impone tariffe differenziate in base al sesso.

In conclusione, sono stati espressi dubbi sull'effettività e sull'efficienza delle parti civilistiche dell'AGG le cui numerose eccezioni al principio di non discriminazione, minacciano di condurre la legge *ad absurdum*.

A fronte di una maggiore burocratizzazione e di costose esigenze di documentazione i cambiamenti nei comportamenti del soggetto erogatore di servizi, che rappresentavano uno degli obiettivi della direttiva, in funzione di una maggiore parità³²⁶ rischiano di essere di scarso rilievo.

5. Considerazioni conclusive

La dottrina ha da subito evidenziato le carenze e le ambiguità del recepimento nazionale, lamentando, da un lato, carenze sia di contenuti, sia di coordinamento rispetto al codice civile e alle normative di settore, soprattutto in materia assicurativa, e, dall'altro, impropri inserimenti di eccezioni e deroghe al divieto di discriminazioni, ulteriori rispetto alle previsioni della direttiva, che ne hanno determinato un indebolimento.

Quanto alla struttura, si tratta forse dell'aspetto che merita una considerazione positiva in quanto funzionale alla ricomposizione delle disposizioni generali in parti comuni (la prima relativa alle disposizioni generali, la quarta alla tutela processuale, la sesta all'Ufficio federale antidiscriminazione, la settima alle disposizioni conclusive) e alla successiva articolazione della disciplina specifica, riconducibile ai diversi ambiti oggettivi, in sezioni separate.

Tuttavia, questo ha dato luogo all'introduzione di ulteriori eccezioni e deroghe rispetto a quelle già consentite dalla Direttiva, semplicemente attraverso il posizionamento di alcune disposizioni, previste da tutte le direttive che l'AGG andava a trasporre, nella sola sezione giuslavoristica, escludendone l'applicazione dalla materia dell'accesso a beni e servizi.

Non possono esservi dubbi circa il fatto che, quanto meno sulla carta, l'AGG mirasse ad un progetto ambizioso, nel senso di fornire una protezione contro le discriminazioni basate su tutti i fattori di rischio, coperti dalle direttive di seconda generazione estesa ben oltre l'ambito lavorativo, fino a ricomprendere l'accesso ai servizi, l'istruzione, la protezione e l'assistenza sociale.

Tuttavia, i numerosi punti deboli evidenziati suscitano delle perplessità circa la correttezza della trasposizione, che ha fortemente patito il mancato coordinamento rispetto al quadro generale della legislazione previgente.

Il legislatore tedesco ha infatti tradotto nell'AGG il divieto di discriminazione e le altre disposizioni delle Direttive di seconda generazione, astenendosi però dall'operare una seria e completa ricognizione delle disposizioni da emendare e da abrogare.

Questa assenza di coerenza ha sollevato notevoli dubbi in dottrina circa la reale efficacia delle disposizioni contenute nella legge generale sull'uguaglianza.

³²⁶ F.J. SACHER, G. THUSING, *Munchener Kommestar zum Burgerlichen Gesetzbuch, Band 1, 2 Halbband: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, Verlag C. H. Beck oHG, Monaco, 2007, 264.

Vi sono poi le lacune nella trasposizione (circa il divieto di molestie sessuali e sul divieto di vittimizzazione) o gli impropri ampliamenti delle deroghe previste dalla Direttiva.

A livello generale, se in alcuni casi può ipotizzarsi che si sia trattato di grossolane sviste, in altri le cause vanno ricostruite alla luce delle “ombre” che hanno segnato la nascita dell’AGG e dei problemi di ordine “politico” relativi all’inserimento nell’ordinamento nazionale di una tutela contro le discriminazioni realmente ampia e solidamente strutturata.

Peraltro si ricordava sopra come l’AGG, per una coincidenza temporale, sia nato già bisognoso di ritocchi a causa dell’approvazione della Direttiva “rifusione”, nello stesso mese, per cui è facile ipotizzare che esso subirà a breve modifiche.

Senza considerare il tecnicismo di alcune disposizioni che ne rende difficile la contestualizzazione, va rilevata la resistenza ad inserire le prescrizioni richieste dalla Direttiva nei termini imposti e l’utilizzo di ogni margine di manovra consentito dagli atti comunitari, per limitare l’effetto di quello che dovrebbe essere il principio alla base di questo atto.

Questa prospettiva ha consentito di confezionare un atto formalmente completo e apparentemente coordinato e strutturato sull’obiettivo di ricomporre la tutela da ogni forma di discriminazione, per ogni fattore di rischio, in un documento unico.

In realtà, si tratta di un atto che pur dichiarando di mirare ad offrire un’ampia tutela, proprio nel coordinamento che avrebbe potuto e dovuto essere il punto di forza, ha trovato un limite che ne ha minato l’incisività³²⁷.

Resta da chiarire se si tratti di una cattiva trasposizione o più radicalmente di una non trasposizione.

Complessivamente il giudizio negativo sull’atto non può estendersi fino a considerarlo non rispondente in nulla ai criteri richiesti dalla 2004/113 e dalle altre Direttive in esso trasposte.

Resta ferma tuttavia l’esigenza di apportare ad esso le modifiche – comunque richieste dall’obbligo di implementazione della Direttiva “Rifusione” – al fine di correggere le disposizioni che non possono ritenersi rispondenti alle direttive.

In termini positivi, va sottolineato che la legge di trasposizione ha compreso nel divieto di discriminazione anche la previdenza sociale – comprendendovi i servizi sociali di sicurezza e sanità – i vantaggi sociali e l’istruzione.

L’AGG è stato inserito all’art. 1 dell’atto di recepimento approvato il 14 agosto 2006. In questo articolo sono state congiuntamente trasposte le Direttive “Altri fattori”, “Occupazione” e “Razza”, per la parte relativa al lavoro e all’occupazione, nella Parte seconda e Direttive “Beni e servizi” e “Razza”, per gli altri ambiti nella Parte terza.

In realtà, con quello che potrebbe essere considerato un lungimirante balzo in avanti, il legislatore tedesco ha inserito in tale parte anche la tutela prevista per l’accesso ai beni e servizi, la protezione sociale, l’istruzione in relazione anche

³²⁷ Come esempio, basti richiamare la tecnica di inserire alcune disposizioni in una sezione piuttosto che in un’altra, determinando in tal modo una restrizione della tutela.

ai fattori di rischio diversi da razza e genere, per i quali è in via di predisposizione uno strumento *ad hoc*³²⁸. Questo è da ritenersi un interessante punto da rimarcare, nell'ottica di una riflessione circa l'evoluzione del diritto antidiscriminatorio degli Stati membri, pur se attuato in forma embrionale e con i limiti sopra descritti.

³²⁸ COM(2008)0426.

CAPITOLO QUINTO

IL RECEPIMENTO DELLA DIRETTIVA BENI E SERVIZI NEGLI STATI MEMBRI

1. Introduzione

Nell'ottica di ipotizzare le possibili direzioni evolutive del diritto antidiscriminatorio europeo, punto di osservazione privilegiato è rappresentato dalle misure di trasposizione adottate dagli Stati membri, per rispondere agli obiettivi della Direttiva 2004/113.

Posto che un'analisi completa deve necessariamente fare i conti con una serie di ostacoli, in primo luogo, dati banalmente dalla difficoltà di trovare informazioni pertinenti, nonché di reperire i documenti approvati, in una lingua accessibile, si ritiene ugualmente interessante offrire un quadro di insieme delle misure di recepimento.

Due ulteriori specifiche vanno anteposte alla presente sezione.

In primis, questo lavoro non ambisce a porsi come uno studio di tipo comparativo, non avendo la pretesa di contestualizzare, ogni singola trasposizione, nel quadro ordinamentale al cui interno andrebbe collocata. Esso mira piuttosto ad offrire una mappatura preliminare, una ricognizione degli atti con i quali gli Stati membri hanno implementato la Direttiva, tentando di tracciarne, sia pure "a prima lettura", alcune linee comuni e di trarre alcune indicazioni circa le linee evolutive del Diritto antidiscriminatorio di matrice "europea"³²⁹.

In secondo luogo, va premesso che, per quasi tutti gli atti di implementazione, lo studio si è basato su una mediazione offerta dai *report*, elaborati dalla "Rete di esperti giuridici indipendenti"³³⁰, con i limiti che da ogni lettura "mediata" derivano. Questo a causa dell'impossibilità di leggere la normativa nazionale nella lingua originale.

Il *Network* predispose documenti riepilogativi sui recepimenti nazionali e su tematiche particolari, oltre ad una rivista semestrale sulle evoluzioni giuridiche e giurisprudenziali negli stati membri.

I *report* sui recepimenti sono introdotti da un inquadramento che espone l'andamento generale del procedimento di trasposizione e gli snodi problematici, cui segue l'analisi suddivisa per paese. La rivista, talvolta articolata in contributi che approfondiscono singole tematiche, dettaglia, a livello

³²⁹ Con questa espressione ci si richiama al tentativo di verificare la circolarità del processo di reciproca influenza fra il diritto antidiscriminatorio comunitario e il diritto antidiscriminatorio degli Stati membri, definito come europeo. Cfr. D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto*, cit., 23 ss.

³³⁰ Il *Network of legal experts*, dal 1984, supporta la Commissione nel monitoraggio delle procedure di recepimento del *Community acquis*, relativo al principio di parità di trattamento fra uomini e donne negli Stati membri (in materia di occupazione, affari sociali, uguaglianza fra uomini e donne) e nella definizione delle nuove iniziative. Questa rete è costituita da un esperto per ognuno degli Stati membri e dei paesi EFTA, (Islanda, Liechtenstein, Norvegia) selezionati, ogni tre anni, attraverso una procedura pubblica.

politico, legislativo e giurisprudenziale, lo sviluppo, negli Stati membri, delle questioni relative all'uguaglianza, oltre ad una eventuale sezione di miscellanea, in cui sono riportate ulteriori casi, fatti, dibattiti che non rientrano nelle altre sezioni³³¹.

2. I dibattiti che hanno preceduto l'approvazione della legislazione di recepimento

Sebbene una contestualizzazione, non soltanto giuridica, ma anche sociale, di ogni singolo processo di trasposizione sarebbe difficilmente attuabile, si ritiene ugualmente interessante riportare brevemente i dibattiti che l'implementazione della Direttiva 113 ha innescato nei paesi membri, secondo quanto riportato nei report degli esperti nazionali sul recepimento della Direttiva Servizi.

In realtà, in alcuni casi il percorso di implementazione è stato operato senza alcun interesse o coinvolgimento della cittadinanza³³² (o comunque con scarsa partecipazione³³³).

In altri Stati, il processo ha dato luogo a discussioni e dibattiti che sembra utile riproporre brevemente.

³³¹ Alcuni documenti, redatti dalla rete di esperti indipendenti, sono stati di particolare ausilio nella redazione di questo capitolo. Cfr. I due report sul recepimento della Direttiva 2004/113: AA.VV., Access to goods and services: implementation of Directive 2004/113/EC, 2007, d'ora in avanti, Report sul recepimento del 2007; S. BURRI, A. MCCOLGAN, *Sex Discrimination in the Access to and Supply of Goods and Services and the Transposition of Directive 2004/113/EC*, 2009, d'ora in avanti, Report sul recepimento del 2009. Il Report del 2007 era strutturato sotto forma di domande a cui gli esperti dovevano rispondere (circa l'adozione della legislazione di attuazione ed il rispetto dei requisiti richiesti dalla direttiva; circa le discussioni e i dibattiti nell'opinione pubblica e nei media; infine sull'uso delle eccezioni relative ai fattori attuariali). Il Report del 2009 è suddiviso in due parti, la prima descrittiva delle legislazioni di recepimento (normativa, correttezza della trasposizione, definizione di beni e servizi, maternità e gravidanza etc.) e la seconda impostata su tre questioni, ovvero se il legislatore sia andato al di là dei requisiti minimi fissati dalla Direttiva, se vi sia una "gerarchia" fra i fattori di rischio tutelati a livello nazionale, commenti e suggerimenti.

Cfr. anche il documento AA.VV., Sex-segregated Services, 2008, d'ora in avanti, *Report su Sex segregated services*.

Nel reperimento di alcune prassi e casi giurisprudenziali e delle novità legislative, sono state consultate le riviste: European Gender Equality Law Review, 2009 (1), 2008 (nr. 1 e 2), in particolar modo nella parte "News from the Member States".

Per l'inquadramento dei diritti antidiscriminatori nazionali, si segnalano anche i seguenti: S. PRECHAL, S. BURRI, *Gender Equality Law in 30 European Countries 2009 update*, 2009; S. PRECHAL, S. BURRI, *EU Rules on Gender Equality: How are they transposed into national law?*, 2009; S. BURRI, D. SCHIEK, *Multiple Discrimination in EU Law - Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination?*, 2009; S. BURRI, S. PRECHAL, *EU gender equality law*, 2008; S. PRECHAL, S. BURRI, *Gender equality law in 30 European countries*, 2008. Tutti questi documenti sono disponibili in <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=641&langId=it&moreDocuments=yes>.

³³² Così la Belgio, Bulgaria, Cipro, Italia, Lituania, Lussemburgo, Polonia, Portogallo, Repubblica Ceca, Slovacchia.

³³³ Danimarca (in cui, ad esempio, prezzi differenziati in base al sesso costituiscono una violazione della già vigente legge generale sull'uguaglianza, per cui la Direttiva non modifica lo *status quo*), Finlandia, Francia, Irlanda, Malta, Olanda, Slovenia, Spagna, Svezia.

Vista la rilevanza soprattutto economica della questione, uno degli elementi maggiormente controversi ha riguardato la cessazione dell'utilizzo del sesso nel calcolo dei fattori attuariali.

Sotto la forte influenza delle *lobby* del settore assicurativo e finanziario³³⁴, la discussione è stata incentrata sulla previsione di un aumento generalizzato dei costi dei prodotti assicurativi e finanziari a seguito dell'entrata in vigore degli atti nazionali di recepimento della Direttiva³³⁵. In assenza di qualsiasi prova circa la reale incidenza di una modifica dei fattori, sull'innalzamento dei prezzi, questa presunzione è stata adottata dalle compagnie assicurative come un mero dato di fatto³³⁶, pure se un ruolo attivo di contrasto è stato assunto dalle associazioni di consumatori³³⁷.

In alcuni casi, il dibattito (ma anche, come si vedrà, i casi pratici oggetto di pronunce da parte dei mediatori e della giurisprudenza nazionale) ha riguardato le entrate nei club riservati ad un solo sesso³³⁸ o nei centri sportivi (palestre, piscine) o nei centri benessere³³⁹, ma anche le differenze di prezzo presso parrucchiere per signore e barbieri³⁴⁰; ancora si è discusso sull'esistenza di differenti condizioni di accesso a discoteche³⁴¹ e partite di calcio (cui spesso le donne sono ammesse senza alcun pagamento o a tariffe ridotte³⁴²) e in relazione ad altri servizi³⁴³.

A livello più generale, in alcuni paesi è stato accentuato, in termini critici, il rischio della possibile interferenza del principio di non discriminazione nelle relazioni fra privati e, in particolare, la limitazione che esso avrebbe potuto apportare alla libertà di scelta della controparte contrattuale³⁴⁴.

³³⁴ Germania.

³³⁵ Così in Austria, Finlandia, Germania, Irlanda, Lettonia, Lituania, Ungheria, Uk. In Romania alcune organizzazioni non governative hanno attivato un dibattito circa le modalità di calcolo nei sistemi utilizzati per determinare i contributi dei sistemi pensionistici privati. Le ONG avevano dimostrato che i sistemi basati su calcoli differenziati in base al sesso, risultano discriminatori nei confronti delle donne, conducendo ad una pensione che, al massimo, può arrivare al 75% di quella che spetterebbe ad un uomo con identici contributi.

³³⁶ Finlandia, in cui l'opinione generale va nel senso di accettare l'uso dei fattori attuariali basati sul sesso, sulla base del dato di fatto che gli uomini vivono meno delle donne.

³³⁷ Belgio.

³³⁸ Irlanda, Uk.

³³⁹ Ad esempio, in Ungheria il dibattito è stato incentrato sulla previsione di giornate di apertura dei bagni turchi alle sole donne, cui è seguita la richiesta di apertura delle strutture per soli uomini, anche alle donne. Tale possibilità è stata prevista in giorni e ore determinate, con esiti opposti: da un lato, i gestori delle strutture hanno segnalato perdite considerevoli per i giorni in cui l'apertura è riservata alle donne, dall'altro, le organizzazioni a difesa dei diritti delle donne hanno invece lamentato che l'apertura alle donne avrebbe dovuto essere maggiormente estesa.

³⁴⁰ Austria, Lettonia, Svezia, Finlandia, il cui *Equality Ombudsman* aveva ricevuto numerose segnalazioni circa i prezzi differenziati che i parrucchieri applicano a svantaggio delle donne cui sono praticate tariffe superiori a quelle degli uomini, prassi confermata da parte di un istituto a difesa dei Consumatori che, nel 2002, aveva condotto un'inchiesta.

³⁴¹ Estonia, Lettonia, Lituania, Uk.

³⁴² Austria.

³⁴³ Es. spese per i taxi notturni (Svezia).

³⁴⁴ Lettonia.

3. La Mappatura degli atti di implementazione

3.1. Le Modalità del Recepimento

Visto il contenuto specifico della Direttiva, soltanto pochi Stati membri, precedentemente al recepimento nazionale, prevedevano misure di tutela antidiscriminatoria di genere nell'accesso e nella fornitura di beni e servizi che, quantomeno parzialmente, rispettassero i requisiti fissati dalla 2004/113.

Tra questi, la Danimarca la cui legge generale sull'uguaglianza, già a partire dall'anno 2000, copriva in buona parte le istanze della Direttiva "Servizi", l'Olanda, la Svezia, che pure già riconosceva una tutela in relazione alle discriminazioni di genere nell'accesso e nella fornitura di beni e servizi, il Regno Unito³⁴⁵. Anche la legge generale sull'uguaglianza ungherese e la legislazione finlandese sono state considerate sostanzialmente in linea con i requisiti richiesti dalla Direttiva e per questo emendate soltanto in minima parte.

Posto che anche i paesi già dotati di una legislazione in materia di parità di genere nell'accesso a beni e servizi hanno comunque dovuto apportare ad essa delle modifiche, può concludersi che la totalità degli Stati membri sono intervenuti sul proprio ordinamento per rispondere agli standard minimi richiesti dalla Direttiva "Beni e Servizi".

Dovendo fornire una mappatura delle misure di trasposizione nazionali è possibile tentare di inquadrarle riconducendo le singole esperienze nazionali ad alcune classificazioni, con la dovuta precisazione che si tratta di un tentativo di ricostruzione i cui criteri possono essere messi in discussione e rimodulati.

Innanzitutto, a esperienze in cui le misure di trasposizione sono state inserite nella legislazione preesistente, si sono affiancate scelte nel senso di adottare atti trasposizione *ad hoc*. È questo ultimo il caso di Belgio, Cipro, Francia, Germania, Lussemburgo, Malta, Portogallo, Romania, Spagna.

Hanno invece provveduto all'implementazione emendando l'esistente legislazione Austria³⁴⁶, Bulgaria, Danimarca, Estonia³⁴⁷, Finlandia, Irlanda, Italia, Lettonia, Lituania, Olanda, Slovacchia, Slovenia, Svezia, Regno Unito.

Alcuni Stati hanno trasposto la Direttiva con un mero "copia e incolla"³⁴⁸, riproducendo testualmente e in senso meramente formale le disposizioni in essa contenute³⁴⁹, senza coordinarle con la legislazione preesistente o comunque con un approccio che è stato definito come "minimalista"³⁵⁰.

In altri Stati, si è assistito ad un tentativo di ricomposizione e riorganizzazione della legislazione in materia, con uno sforzo di coordinamento con le precedenti disposizioni in materia assicurativa e finanziaria o antidiscriminatoria, pure se i *report* sulle misure di trasposizione della Direttiva "Servizi" hanno evidenziato

³⁴⁵ Il Regno Unito ha trasposto la Direttiva emendando la legislazione esistente che pure in parte copriva le disposizioni della Direttiva 113, adottando il *Sex Discrimination (Amendment of Legislation) Regulation* 2008 (SI 2008 No. 963).

³⁴⁶ In Austria, hanno provveduto sia la legislazione federale, sia le legislazioni regionali.

³⁴⁷ L'Estonia non ha trasposto la Direttiva 2004/113, sebbene vi siano alcuni atti legislativi che attuano quanto da essa previsto.

³⁴⁸ Belgio, Francia, Lussemburgo, Malta, Polonia (bozza), Romania. L'Italia, in sede di recepimento della Direttiva "Rifusione" ha tuttavia operato un tentativo di riordino e sistemazione a livello definitorio. Cfr. Capitolo terzo.

³⁴⁹ La Danimarca ha riprodotto le disposizioni della Direttiva *verbatim*.

³⁵⁰ Francia, Lussemburgo.

che, in molti casi, si è trattato di un processo largamente incompleto, se raffrontato ai contenuti richiesti dalla direttiva.

3.2. La Struttura delle legislazioni nazionali

La diversità nella forma di Stato ha ridonato i propri effetti sui recepimenti nazionali. La maggior parte degli Stati federali ha adottato atti di trasposizione nella legislazione federale, sia pure non dettagliando alcune questioni, nel rispetto della competenza legislativa sub-statale. Proprio per questo aspetto, il recepimento si è rivelato difettoso e lacunoso, non avendo le legislazioni delle entità sub-statali provveduto in maniera analoga e conforme³⁵¹.

Quanto ai diversi processi di implementazione, due sono gli aspetti che si ritiene interessante mettere in rilievo: *in primis*, in che modo l'implementazione si sia collocata, in relazione agli altri atti di diritto antidiscriminatorio, in particolare relativi alla parità di genere; inoltre, va approfondito se le legislazioni nazionali non si siano limitate al rispetto dei requisiti minimi fissati dalla Direttiva, ma pure abbiano adottato normative con obiettivi più ampi di quanto previsto dalla legislazione comunitaria.

Riguardo alla prima questione, non è possibile tracciare un andamento uniforme: in alcuni casi, il recepimento è stato inserito nell'ambito del diritto antidiscriminatorio, accorpando la trasposizione di più direttive e quindi la disciplina di più fattori di rischio³⁵²; in altri, l'implementazione è stata integrata in atti che disciplinavano la materia antidiscriminatoria di genere³⁵³, mentre in altri ancora è stata coordinata rispetto alla disciplina delle assicurazioni e dei servizi finanziari³⁵⁴.

Nell'ottica di approfondire il ruolo e la posizione della Direttiva "Servizi" nel quadro dell'evoluzione del diritto antidiscriminatorio europeo è interessante la scelta di trasporre contestualmente più direttive antidiscriminatorie. Questa opzione, percorsa da alcuni stati, si offre ad una interessante prospettiva nei termini di costruzione o di ridefinizione di un *corpus* omogeneo di concetti, definizioni, organismi e strumenti di tutela delineati sulla matrice delle nozioni proprie delle direttive di seconda generazione.

Si tratta della via percorsa dalla Germania (AGG, *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*³⁵⁵), ma anche da altri stati, quali il Belgio, Francia, Slovacchia³⁵⁶, Slovenia³⁵⁷, Spagna, Svezia³⁵⁸.

³⁵¹ È il caso del Belgio, in cui è risultata penalizzata la comunità di lingua tedesca, ma anche dell'Austria.

³⁵² Bulgaria, Slovacchia, Slovenia, Svezia, Ungheria.

³⁵³ Belgio, Danimarca, Cipro, Lituania, Olanda, Regno Unito, Romania. Peraltro in alcuni Stati rilievo va riconosciuto alle disposizioni costituzionali che riconoscono l'uguaglianza fra uomini e donne (Germania, Grecia, Portogallo, Spagna).

³⁵⁴ Ad esempio, il recepimento austriaco ha emendato la legislazione assicurativa, coordinandola e inserendo alcune importanti modifiche: la nozione di molestie sessuali, precedentemente sconosciuta e la fissazione di un minimo di risarcimento da corrispondere nei casi di discriminazione (nell'accesso al lavoro) e di molestie, l'ammissibilità di misure promozionali, di azioni positive a favore delle donne nell'ambito (non soltanto di lavoro e occupazione ma) anche di beni e servizi.

³⁵⁵ Su cui cfr. Capitolo quarto.

L'intera legislazione antidiscriminatoria belga è stata oggetto, nell'anno 2007, di una risistemazione complessiva a seguito dell'impulso delle Direttive comunitarie. Con tre distinti atti adottati contemporaneamente, il Belgio ha provveduto ad approvare una legge per l'uguaglianza fra uomini e donne³⁵⁹, una legge di contrasto alle discriminazioni sulla base della razza³⁶⁰, una legge infine di sostanziale recepimento della Direttiva "Altri fattori"³⁶¹.

Per quanto riguarda il genere, mediante la legge per l'uguaglianza fra uomini e donne, approvata il 10 maggio 2007 e successivamente modificata dalla Legge 8 giugno 2008, il Belgio ha provveduto a trasporre contemporaneamente le direttive in materia di parità uomo-donna (75/117, 76/207, 79/7, 86/613, 86/378, 96/97, 97/80, "Occupazione", "Servizi")³⁶².

La Francia ha approvato una legge di adattamento al diritto comunitario, in ambito economico-finanziario (*Loi n° 2007-1774*) e con una successiva legge ha completato l'implementazione delle direttive antidiscriminatorie di seconda generazione (*Loi n° 2008-496*).

Sotto il primo profilo, è stato operato un coordinamento con la normativa di settore (Codice delle assicurazioni, Codice del lavoro, Codice della sicurezza

³⁵⁶ La legge slovacca ha disciplinato oltre al sesso, la religione, l'orientamento sessuale, lo status maritale e familiare, negli ambiti della protezione sociale, servizi sanitari, istruzione, accesso a beni e servizi offerti al pubblico.

³⁵⁷ La Slovenia ha approvato una legge di implementazione del principio della parità di trattamento con il quale ha trasposto le direttive antidiscriminatorie, estendendo la tutela prevista dalla Direttiva "Razza" (non soltanto occupazione e lavoro, ma protezione sociale, istruzione, accesso e fornitura di beni e servizi), anche agli altri fattori.

³⁵⁸ Ad esempio, la Svezia ha tentato di operare una ricomposizione trasponendo in un solo atto tutte le direttive antidiscriminatorie (75/117, 76/2007, 2002/73, 79/7, 86/613, 97/80, "Razza", "Altri fattori", "Servizi", non però la Direttiva "Rifusione"). La legislazione pur non avendo apportato modifiche sostanziali, ha inteso operare una ricomposizione della normativa esistente. Il primo capitolo contiene scopo e definizioni, il capitolo secondo contiene il divieto di discriminazione in numerosi ambiti (lavoro, istruzione, partecipazione ad organizzazioni, beni e servizi, assistenza sociale, servizio militare, pubblico impiego). Il capitolo tre riguarda le azioni positive nell'istruzione e nella vita lavorativa. Il capitolo quarto disciplina gli organismi di monitoraggio; il quinto e il sesto sanzioni e regole procedurali.

³⁵⁹ *Loi du 10 mai 2007, «loi pour l'égalité entre les femmes et les hommes»*, di contrasto alle discriminazioni fondate sul genere (intendendo come tali anche quelle connesse allo stato di gravidanza, di maternità, di transessualità), che riforma la legislazione precedente (*Loi du 7 mai 1999*).

³⁶⁰ *Loi du 10 mai 2007 modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie, «loi anti-racisme»*, finalizzata al recepimento della Direttiva "Razza", che ha sostituito la legislazione precedentemente adottata (*Loi du 30 juillet 1981*).

³⁶¹ *Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discriminations* che ha riformato la precedente legislazione (*Loi du 25 février 2003*), abrogata, cd «*loi anti-discrimination*».

³⁶² La legge di trasposizione belga prevede che un successivo arrête deliberato dal Re in Consiglio dei ministri, a seguito di una consultazione con l'organismo di tutela dalle discriminazioni fra uomini e donne, determini in senso restrittivo i beni e i servizi che possono essere considerati come esclusivamente o principalmente destinati a persone di un solo sesso. La trasposizione è stata definita come formalmente impeccabile, ma praticamente inesistente (Cfr. Report su *Sex-segregated Services*, 22).

sociale, Codice della mutualità), introducendo il divieto di utilizzo del sesso per il calcolo dei fattori attuariali³⁶³.

Nella prospettiva antidiscriminatoria, il legislatore francese ha optato per una disciplina unica per tutti i fattori di rischio³⁶⁴, limitando però la protezione dalla discriminazione nell'accesso e nella fornitura di beni e servizi, al solo fattore di rischio "sesso", senza estenderne quindi la tutela agli altri *ground*: va sottolineato come essa fornisca una definizione unica di discriminazione diretta e indiretta, a differenza, ad esempio, di quanto accaduto in Italia, in cui le successive trasposizioni in atti differenti hanno determinato una "giungla" di nozioni e concetti, talvolta sovrapponibili, talaltra contraddittori o comunque non coerenti.

La Spagna ha approvato una *Ley organica* per l'uguaglianza effettiva fra uomini e donne che ha trasposto le direttive sull'onere della prova (97/80), "Occupazione", e "Beni e servizi", estendendo il proprio ambito di applicazione alla sfera politica, civile, lavorativa, economica, sociale, culturale³⁶⁵, non a caso caratterizzandosi per essere una legge trasversale, che "pervade l'intero ordinamento"³⁶⁶.

3.3. Ambito oggettivo e soggettivo di applicazione delle trasposizioni nazionali

In alcuni Stati, è stata approvata una legislazione con obiettivi più ampi, rispetto a quanto previsto dalla Direttiva 113, sfruttando la facoltà riconosciuta ad essi di adottare disposizioni più favorevoli (considerando 26), ciò sia per quanto riguarda l'ambito oggettivo, sia per quanto riguarda l'ambito soggettivo di applicazione.

Soltanto in un numero minoritario di Stati membri, la legislazione di attuazione ha ricalcato pedissequamente l'ambito di applicazione oggettivo della direttiva³⁶⁷.

In altri, la tutela è stata estesa ben al di là della materia dell'accesso a beni e servizi, includendo anche media e pubblicità³⁶⁸, protezione sociale³⁶⁹, servizi sanitari³⁷⁰, istruzione³⁷¹, trasporti³⁷², estendendosi fino a coprire il medesimo

³⁶³ «Les mutuelles et les unions exerçant une activité d'assurance ne sont pas soumises aux dispositions de l'alinéa précédent pour les opérations individuelles et collectives à adhésion facultative relatives au remboursement ou à l'indemnisation des frais occasionnés par une maladie, une maternité ou un accident». Cfr. art. 8 della legge.

³⁶⁴ Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.

³⁶⁵ Ley Organica, 3/2007, Artículo 1. Objeto de la Ley.

³⁶⁶ C.A. MURCIA, *La Legge 22 Marzo 2007, n. 3: una svolta del diritto spagnolo nel conseguimento della reale parità tra donne e uomini*, in *Il diritto del mercato del lavoro*, 2007, 1-2, pp. 49 – 75.

³⁶⁷ Austria, Cipro, Italia, Lussemburgo, Portogallo, Romania.

³⁶⁸ Grecia, Irlanda, Lituania, Malta, Spagna.

³⁶⁹ Belgio, Finlandia, Francia, Malta, Slovacchia, Spagna, Svezia. La legislazione lituana proibisce le pubblicità umilianti e che incoraggiano l'idea della superiorità di un sesso rispetto all'altro.

³⁷⁰ Slovacchia, Svezia.

³⁷¹ Belgio, Finlandia (per la sola istruzione post-16), Francia, Grecia, Irlanda, Lituania, Malta, Olanda, Romania, Slovacchia, Spagna, Svezia, Uk, Ungheria.

ambito oggettivo della Direttiva “Razza”³⁷³ o comunque indicando un ampio ambito di applicazione, pure se descritto in termini generali³⁷⁴.

In un solo caso, l’attuazione della Direttiva in termini più favorevoli rispetto ai requisiti minimi ha riguardato l’applicabilità del divieto di trattamenti differenziati anche ai contratti sottoscritti antecedentemente alla data fissata per il recepimento³⁷⁵.

In alcuni casi, l’ambito soggettivo è stato esteso oltre il sesso includendo anche altri fattori quali religione, orientamento sessuale, stato civile e familiare³⁷⁶.

4. I contenuti dei recepimenti nazionali

4.1. Nozioni

Mentre in alcuni paesi si è assistito ad uno sforzo di ricomposizione delle definizioni contenute nelle direttive di seconda generazione³⁷⁷, in altri si è verificata una duplicazione o comunque un mancato coordinamento delle differenti nozioni³⁷⁸.

A livello generale, va riconosciuta la difficoltà delle legislazioni di recepimento nel formulare le nozioni di molestie e molestie sessuali³⁷⁹, aspetto peraltro già emerso anche rispetto alla materia giuslavoristica.

È interessante notare come, in alcuni paesi, è stato il linguaggio a determinare alcune difformità rispetto alle indicazioni della Direttiva.

Nel caso dell’Olanda, ad esempio, il vocabolo “discriminazione” è stato tradotto con il più neutrale “distinzione”, termine criticato dalla Commissione europea.

Oggetto di critiche è stata la non omogeneità delle definizioni di discriminazione derivanti dai diversi processi di trasposizione delle Direttive antidiscriminatorie, pur essendo sostanzialmente analoghe nelle Direttive stesse (proprio per tale ragione, l’Olanda è destinataria di una procedura di infrazione, sebbene sia in fase di gestazione un nuovo atto, con cui verrà riformulato il divieto di discriminazione).

In altri paesi (es. Lettonia) la discriminazione è definita come “trattamento differenziato”. Anche la Germania è incorsa in tale “errore” o “svista” scegliendo

³⁷² Svezia.

³⁷³ Danimarca, Germania, Lettonia, Polonia (bozza), Slovacchia, Slovenia, Uk.

³⁷⁴ Belgio (accesso e partecipazione e ogni altro esercizio di attività economica, sociale, culturale, politica accessibile al pubblico), Bulgaria, Estonia (in ogni ambito della vita sociale).

³⁷⁵ Portogallo.

³⁷⁶ Bulgaria, Germania, Irlanda, Slovacchia, Slovenia, Ungheria.

³⁷⁷ Slovenia.

³⁷⁸ La Danimarca, ad esempio, ha due diverse versioni dello scopo che legittima la discriminazione, utilizzando differenti parole “corretto e legittimo” e “legittimo”. È stato sottolineato che il “*legitimate aim*” della Direttiva rappresenta un concetto del diritto comunitario che non varia a seconda delle parti della contrattazione collettiva, come invece risulta nel recepimento danese.

³⁷⁹ Ad esempio, la legislazione estone richiede che le molestie sessuali abbiano luogo nel contesto di una relazione di dipendenza o subordinazione e che la persona deve rifiutare tali comportamenti o tollerarli in ragione dei benefici che questo potrebbe assicurarle. Inoltre, non è prevista la nozione di molestie fondate sul sesso, sebbene vi siano degli atti pendenti che mirano ad introdurle. Anche il legislatore ungherese si è mostrato riluttante nel disciplinare le molestie sessuali.

una terminologia non in linea con la direttiva (l'opzione è infatti per il termine *Benachteiligung* ovvero porre in una situazione di svantaggio, invece che discriminare, *Diskriminierung*)³⁸⁰.

Anche le scelte terminologiche del legislatore belga vanno sottolineate, in quanto, così come formulate, rendono potenzialmente giustificabile ogni forma di discriminazione, tanto diretta, quanto indiretta, quando invece la discriminazione diretta non potrebbe, in linea di principio, ritenersi giustificabile nella legislazione comunitaria.

La differenziazione introdotta fra operare una distinzione e una discriminazione, ovvero una distinzione che non può essere giustificata, appare problematica; posto che questa normativa si applica negli ambiti tutelati dal diritto comunitario, ciò sembra consentire che, in altri settori, anche una discriminazione diretta potrebbe essere giustificata, rendendo l'applicazione delle leggi di tutela del genere alquanto complicata e incerta.

Il concetto della discriminazione indiretta ha pure posto analoghi problemi, non essendo prevista, in alcuni stati, precedentemente al recepimento delle direttive antidiscriminatorie, una definizione di questa fattispecie³⁸¹.

Per quanto riguarda la maternità e la gravidanza, alcuni recepimenti si sono orientati nel senso di vietare espressamente la discriminazione connessa a tali condizioni in termini espliciti³⁸² o impliciti³⁸³.

La possibilità di trattamenti differenziati ex art. 4, par. 5 è stata inserita da quasi tutti gli Stati³⁸⁴, mentre la previsione ex art. 4, par. 2 secondo cui la Direttiva non pregiudica un trattamento più favorevole per gravidanza e maternità non è stata trasposta da alcune normative nazionali³⁸⁵.

Rari sono stati pure gli Stati che – esplicitamente³⁸⁶ o implicitamente³⁸⁷ – hanno introdotto nelle legislazioni di recepimento anche la tutela della discriminazione per associazione, ovvero l'applicazione del divieto di discriminazione fondata sul genere anche alle discriminazioni fondate sul genere di un'altra persona o sulla percezione del genere della persona contro cui è attuata la discriminazione, come pure sembrerebbe richiesto dalla pronuncia *Coleman*³⁸⁸.

È inoltre interessante valutare come i recepimenti nazionali si sono orientati nel tradurre la questione del giudizio di comparazione. Ad esempio, nel Regno

³⁸⁰ Sul recepimento tedesco, cfr. Capitolo Quarto.

³⁸¹ Ad esempio in Francia è stata introdotta nel 2008, sebbene tuttora vi sia una riluttanza da parte dei giudici nell'utilizzare il concetto di discriminazione indiretta. Anche in Grecia essa è sconosciuta nella pratica. Numerosi Stati stanno tuttavia provvedendo in sede di recepimento della Direttiva "Rifusione".

³⁸² Austria, Belgio, Cipro, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Lettonia, Malta, Olanda, Polonia, Polonia (bozza), Portogallo, Romania, Slovacchia, Spagna, Uk, Ungheria.

³⁸³ Danimarca, Germania, Lituania, Slovenia, Svezia.

³⁸⁴ Report sul recepimento del 2009, 18

³⁸⁵ Austria, Bulgaria, Repubblica Ceca. È stata invece inserita in Danimarca, Francia, Italia, Grecia, Lituania, Lussemburgo, Malta, Olanda, Portogallo, Romania, Uk, Estonia, Slovacchia, sebbene in alcuni casi vi sia stato un approccio formale (Romania, Lettonia). Esempi possono essere rappresentati dalle casse separate nei supermercati, evitare controlli negli aeroporti, posti riservati nei mezzi pubblici.

³⁸⁶ Irlanda, Ungheria.

³⁸⁷ Belgio, Olanda, Slovenia, Spagna, Svezia.

³⁸⁸ Cfr. nota 180 del presente lavoro.

Unito viene fortemente enfatizzato il riferimento ad esso, essendo invece sufficiente, in altri paesi, dimostrare che un individuo abbia avuto un trattamento svantaggioso per il fatto di essere uomo o donna, a prescindere dalla comparazione e della comparabilità stessa delle situazioni. In Italia e in Olanda, non vi è alcun riferimento ad una situazione comparabile, anche se ciò non necessariamente comporta l'assenza del giudizio di comparazione.

Tuttavia alcune espressioni – ad esempio, nella legislazione del Regno Unito l'utilizzo delle locuzioni “*on the ground of*” and “*less favourably*” in relazione alle discriminazioni a causa della gravidanza – potrebbero comunque essere lette come la positivizzazione di una sorta di comparazione, nei casi in cui la comparazione risulterebbe difficoltosa e forzata.

4.2. Definizione di genere

Così come richiesto dalla Direttiva, in molti stati la discriminazione in relazione alla gravidanza e alla maternità nell'ambito dell'accesso ai servizi è stata regolata, sebbene siano incerti i confini di tale divieto.

In alcuni casi, il divieto è formulato in modo esplicito³⁸⁹ o implicito³⁹⁰, in altri, la tutela è estesa al contrasto alle discriminazioni verso la condizione di genitori, ad esempio, in relazione all'accesso agli spazi pubblici e ai trasporti, quanto meno in sede applicativa³⁹¹.

In tale contesto, è stato evidenziato il rischioso paradosso per cui una applicazione del divieto di trattamenti svantaggiosi, a causa della maternità e della gravidanza (ex art. 4, par. 1, lett. a), potrebbe condurre ad una sua applicabilità sempre ed automaticamente, compreso nei casi in cui siano ragioni di salute a determinare il trattamento svantaggioso³⁹².

Il rischio di un approccio troppo rigido alla discriminazione fondata sulla maternità e sulla gravidanza è ben evidenziato dalla pronuncia *Geduldig v. Aiello* (417 US 484 del 1974) della Corte Suprema degli Stati Uniti d'America: in esso si afferma che l'esclusione dal regime assicurativo californiano della maternità non costituisce una violazione del XIV emendamento, sul principio di uguaglianza, in quanto non c'è nessun rischio contro cui sono protetti gli uomini, ma non le donne, così come non c'è nessun rischio contro il quale sono protette le donne, ma non gli uomini. Il regime assicurativo, infatti, ripartisce i beneficiari potenziali in due gruppi, le donne incinte e le persone che non sono incinte e se pure il primo gruppo è composto solo di donne, il secondo è composto sia di

³⁸⁹ Austria, Belgio, Cipro, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Ungheria, Irlanda, Italia, Lettonia, Malta, Olanda, Polonia (bozza), Portogallo, Romania, Slovacchia, Spagna, UK,

³⁹⁰ Danimarca, Germania, Lituania, Slovenia, Svezia. Non è invece regolamentata in Repubblica Ceca, Germania, Bulgaria.

³⁹¹ Romania; ad esempio il caso estone, di una pubblicità di alberghi spa “*children-free*” ha creato un dibattito; posto che né la Direttiva, né la trasposizione nazionale tutelavano espressamente l'essere genitori, ciò può ritenersi una discriminazione indiretta di genere.

³⁹² Cfr. A. MCCOLGAN, *La directive relative aux biens et aux services: oeuf de vicaire ou quasi-bénédiction?*, cit., che, come esempio, richiama il rifiuto alle donne in gravidanza di prendere l'aereo o di praticare il salto sui tappeti elastici.

uomini, sia di donne, per cui non può ritenersi sussistente una violazione della parità di trattamento³⁹³.

Non compreso da nessuno stato invece l'allattamento, rispetto a cui si è segnalato talvolta, un atteggiamento di ostilità nei ristoranti e in generale nei luoghi pubblici³⁹⁴.

Rara è la previsione di una tutela delle persone transessuali³⁹⁵; inoltre a casi in cui essa potrebbe essere intesa implicitamente³⁹⁶, si affiancano stati la cui formulazione si presta ad interpretazioni³⁹⁷. Questa esclusione può essere annoverata fra gli altri limiti che la Direttiva patisce, sebbene la mancata estensione della tutela anche a favore delle persone transessuali, potrebbe essere superata richiamando la granitica giurisprudenza comunitaria³⁹⁸, che ha riconosciuto questa discriminazione rientrante nel fattore di rischio sesso.

4.3. Le azioni positive

L'adozione di azioni positive, in alcuni casi, trova fondamento nelle previsioni costituzionali³⁹⁹, mentre in altri, soccorrono le disposizioni di rango legislativo, in materia di pari opportunità fra uomini e donne o più in generale diritto antidiscriminatorio⁴⁰⁰. Talvolta gli Stati membri hanno approvato leggi *ad hoc*⁴⁰¹, per consentirne l'adozione.

Nella legge olandese per la parità di trattamento, le azioni positive sono misure che, nel rispetto del requisito della proporzionalità dell'obiettivo, devono mirare a diminuire o eliminare gli svantaggi, connessi al sesso, a danno delle sole donne.

Specificamente nell'accesso e nella fornitura di beni e servizi, alcune legislazioni si sono mostrate assai caute, ammettendo azioni positive solo in via

³⁹³ Cfr. A. MCCOLGAN, *La directive relative aux biens et aux services*, cit., che auspica che la Corte di giustizia non percorra mai tale linea interpretativa, che porterebbe ad un sensibile arretramento nella tutela di genere.

³⁹⁴ Polonia, Romania, Irlanda (si segnala il caso, respinto, di una mamma che aveva acquistato un biglietto per uno spettacolo teatrale e alla quale era stato chiesto di pagare anche per il bambino di due anni che stava allattando). Report sul Recepimento del 2009, 87; *Stevens v. The Helix Theatre* (DEC – S2008 – 0033).

³⁹⁵ Belgio (solo in relazione alla discriminazione diretta), Ungheria (che in realtà è ancora più esteso perché riguarda l'identità sessuale, ma a cui non corrisponde una protezione effettiva vista la genericità delle disposizioni), Germania (in cui sesso, può intendersi come ricomprendente anche il transessualismo), Slovacchia, Svezia, UK (che espressamente include la discriminazione connessa ad un mutamento del sesso).

³⁹⁶ Austria, Cipro, Danimarca, Finlandia, Germania, Grecia, Lituania, Lussemburgo, Olanda, Portogallo, Spagna, Slovenia. In Romania la tutela è offerta non dal recepimento della Direttiva 113 ma da un altro strumento legislativo.

³⁹⁷ Bulgaria, Repubblica Ceca, Francia, Irlanda, Italia, Lettonia, Malta, Polonia.

³⁹⁸ Corte di Giustizia, sentenza 30 aprile 1996, causa C-13/94, *P. c. S. Cornwall County Council*, in Racc., 1996, 2143; sentenza 7 gennaio 2004, causa C-117/01, *K. B.*, in Racc., 2004, 541; sentenza 27 aprile 2006, causa C-423/04, *Richiards*, in Racc., 2006, 3585.

³⁹⁹ Malta, Spagna (per cui bisogna fare riferimento a due previsioni della Costituzione, così come interpretate dalla Corte costituzionale). In Grecia e Portogallo, le azioni positive sono qualificate non come deroga al principio della parità di trattamento, ma piuttosto come mezzo per conseguire l'uguaglianza.

⁴⁰⁰ Austria, Danimarca, Finlandia, Germania, Slovenia, Spagna, Svezia.

⁴⁰¹ Lituania.

temporanea⁴⁰², se autorizzate da un successivo decreto (non sempre adottato⁴⁰³), solo in alcuni ambiti⁴⁰⁴. In altri casi, non sono state previste o previste in termini molto sfumati⁴⁰⁵.

Tra le azioni positive previste nell'ambito dell'attuazione alla Direttiva "Servizi", si segnalano ad esempio le università "al femminile" o altri meccanismi volti ad incoraggiare le donne ad avvicinarsi a studi tecnici⁴⁰⁶.

4.4. Nozione di beni e servizi

Anche quanto alla nozione di beni e servizi, si è assistito ad una varietà di approcci⁴⁰⁷, rispetto a cui tuttavia il monitoraggio ha evidenziato l'assenza di chiarezza.

Questo aspetto risulta particolarmente significativo a causa dell'incertezza sulla stessa definizione comunitaria e delle difficoltà di inquadramento di alcune categorie di servizi particolarmente rilevanti, ad esempio i servizi sanitari⁴⁰⁸.

Alcuni Stati non hanno definito le nozioni di beni e servizi relativamente all'applicazione della Direttiva⁴⁰⁹, sebbene spesso nei documenti accompagnatori sia presente un richiamo alle definizioni comunitarie⁴¹⁰ o alla legislazione esistente⁴¹¹.

In alcuni stati membri, si è invece assistito ad un approccio espansivo alla nozione di beni e servizi⁴¹², tale da includervi beni qualunque cosa che possa essere oggetto di proprietà mobile, a prescindere dal valore economico⁴¹³.

4.5. Le eccezioni alla parità di trattamento ammesse nelle trasposizioni nazionali

I varchi lasciati aperti dalla Direttiva nell'ammettere deroghe e eccezioni⁴¹⁴ sono stati utilizzati dagli Stati membri per inserire una serie di ipotesi in cui è consentito un trattamento differenziato⁴¹⁵.

⁴⁰² Romania, Slovenia, Estonia (bozza). Portogallo.

⁴⁰³ Belgio e Lituania.

⁴⁰⁴ Bulgaria e Svezia (istruzione), Uk, che le ammette solo in casi limitati.

⁴⁰⁵ Lettonia, Malta, Danimarca, Slovacchia, Francia (in cui sono previste soltanto alcune disposizioni nel codice del lavoro, senza tuttavia la possibilità di configurare in nessun caso delle quote), Uk.

⁴⁰⁶ Germania, se pure l'istruzione è un ambito di problematico inquadramento, potenzialmente potendo rientrare anche nella Direttiva Rifusione.

⁴⁰⁷ Cfr. Report sul recepimento del 2009, 15 ss.

⁴⁰⁸ Cfr. A. MCCOLGAN, *La directive relative aux biens et aux services: oeuf de vicaire ou quasi-bénédiction?*, cit., 21.

⁴⁰⁹ Austria, Bulgaria, Cipro, Danimarca, Estonia, Finlandia, Francia, Germania, Lussemburgo, Malta, Slovenia, Spagna, Romania.

⁴¹⁰ Austria, Estonia.

⁴¹¹ Bulgaria, Repubblica Ceca (per i soli servizi), Lituania, Olanda, Romania.

⁴¹² Portogallo, Slovacchia, Uk, la cui legge si applica all'accesso a tutti i beni e servizi a prescindere dall'economicità, dalla remunerazione, se siano per uso pubblico.

⁴¹³ Irlanda.

⁴¹⁴ La Direttiva consentiva differenze di trattamento per i casi in cui la fornitura o l'accesso a beni e servizi destinati, esclusivamente o principalmente, a persone di un solo sesso fosse giustificata da una finalità legittima e qualora i mezzi impiegati per il conseguimento di tale finalità rispondessero ai requisiti della appropriatezza e della necessità.

⁴¹⁵ Irlanda, Olanda, Uk.

È interessante, in particolare, il caso dell'Olanda, il cui recepimento nazionale ha ammesso servizi differenziati sulla base del sesso, soltanto in favore delle donne, in particolare se sia necessario per proteggere le donne e la maternità e nei casi in cui l'appartenenza sessuale sia determinante e assuma un rilievo specifico, se, cioè, *sex is decisive* (ad esempio, sauna e palestre, centri benessere)⁴¹⁶.

Rinviando l'approfondimento delle nozioni di "finalità legittime", nonché di "appropriatezza" e "necessità" al successivo capitolo, basti qui ricordare che ipotesi potenzialmente rientranti in quest'ottica, potrebbero, ad esempio, essere rappresentate dai casi di donne vittime di violenze sessuali o domestiche, da agevolazioni sanitarie, da aule destinate a cambiarsi d'abito e a dormire, da ambienti adibiti a sauna, piscine, palestre, nonché dai servizi di scuola guida e taxi riservati alle donne.

Una differenza nell'accesso ad un servizio in queste ipotesi verrebbe ad essere giustificata sulla base della tutela della *privacy*, del senso del pudore, del bisogno di sicurezza, mentre potrebbero apparire discutibili prezzi o condizioni differenti nell'accesso a locali basate sul sesso.

La casistica qui esposta è stata oggetto di numerose pronunce da parte delle autorità nazionali. Il tentativo di delineare un criterio generale utile nella distinzione delle differenze consentite nell'accesso e nella fornitura di beni e servizi, dalle differenze da leggersi, invece, come discriminazioni, sarà oggetto del prossimo capitolo.

4.6. *Fattori attuariali*

Il rilievo dei fattori attuariali basati sul sesso, ammesso, sia pure limitatamente, dalla Direttiva, è presente, ad esempio, nel calcolo delle pensioni di vecchiaia, nelle legislazioni di recepimento di Danimarca e Francia e, parzialmente, in Grecia, Olanda, Svezia.

Fattori attuariali fondati sul genere sono comunque in uso in Germania, Italia, Malta, Uk e per alcuni casi in Austria, Belgio, Bulgaria, Estonia, Olanda, Spagna, Lussemburgo.

Sebbene potrebbe essere riconosciuto che nel settore assicurativo, il sesso costituisce un fattore determinante nella valutazione dei diversi rischi, l'impressione è che talvolta l'utilizzo consentito dagli Stati membri alle compagnie assicuratrici, sia maggiore di quanto strettamente necessario e statisticamente fondato e rappresenti più una comodità nel calcolo che non una reale esigenza.

5. Gli strumenti di tutela

5.1. *Gli organismi di tutela*

All'obbligo della Direttiva di istituire o individuare un organismo di tutela, alcuni Stati hanno risposto creando strutture *ad hoc*, altri assegnando le nuove funzioni a preesistenti soggetti, talvolta creati in risposta all'adesione a trattati internazionali in difesa dei diritti umani.

⁴¹⁶ Cfr. Report su *Sex-segregated Services*, 58 ss.

In quest'ultimo caso, la scelta porta con sé un approccio all'uguaglianza, da parte di tali strutture, fortemente incentrato sulla tutela dei diritti umani che, oltre a determinare la perdita di specificità dei compiti di questi soggetti e relativa conseguente perdita di centralità della tutela del genere⁴¹⁷, ha talvolta determinato una duplicazione di organismi di tutela, con possibile rischio di frammentazione delle competenze⁴¹⁸.

In taluni casi, il soggetto individuato come deputato allo svolgimento dei compiti previsti dalla Direttiva è risultato unico per tutti i *ground*⁴¹⁹.

Se in alcuni Stati membri le strutture individuate sono esterne⁴²⁰, in altri casi risultano incardinate presso il Governo⁴²¹, suscitando alcune perplessità riguardo al rispetto del requisito dell'indipendenza previsto dalla Direttiva⁴²².

Questo aspetto rileva quanto alle procedure per la designazione del vertice e dei componenti della struttura (spesso di nomina governativa), all'autonomia operativa rispetto all'esecutivo, alle competenze, ai poteri di indagine e da ultimo ai finanziamenti di cui dispone l'organismo.

Talvolta l'individuazione dell'organismo è risultata superficiale e appena tratteggiata⁴²³, mentre in altri casi il recepimento ha individuato con estremo dettaglio anche i soggetti deputati al monitoraggio delle previsioni legislative⁴²⁴.

⁴¹⁷ Cfr. su tale aspetto K. NOUSIAINEN, *Unification (or not) of Equality Bodies and Legislation*, *European Gender Equality Law Review*, no. 2/2008 pp. 24-33 (si veda nota 332 del presente lavoro).

⁴¹⁸ È questo il caso di Cipro, in cui il *Commissioner for Administration (Ombudsman)* è individuato come l'organismo competente di seguire e decidere i casi di discriminazione. A Cipro vi sono due diverse autorità, il *Cyprus Anti-Discrimination Body* e l'*Equality Authority*, che insieme compongono l'organismo cipriota per l'uguaglianza. Inoltre, sono individuate delle competenze in capo al Ministero del Lavoro e della sicurezza sociale, per l'ambito occupazionale.

In Slovacchia, le competenze dell'organismo in materia di diritti umani sono state modificate, comprendendo anche l'uguaglianza di genere e la tutela antidiscriminatoria ex art. 13 TCE.

Nel Regno Unito, al contrario, la tutela dei diritti umani è confluita nelle competenze dell'*Equality body*.

⁴¹⁹ La Svezia, con la legge 2008:657, ha introdotto un unico mediatore *Diskrimineringsombudsmannen*, in sigla (DO). Così anche Bulgaria, Germania, Irlanda, Olanda, Lituania, Slovenia, Francia e recentemente Lussemburgo, i cui organismi nazionali si occupano di tutte le forme di discriminazione ex art. 13 TCE.

⁴²⁰ In Portogallo, il monitoraggio della normativa di recepimento è rimesso alla "Commissione per il cittadino e per l'uguaglianza di genere".

⁴²¹ Italia, Germania.

⁴²² La Direttiva, nel declinare i compiti di tali organismi, fa espresso riferimento ad una assistenza *indipendente* alle vittime di discriminazione (art. 12, par. 2, lett. a), alla realizzazione di inchieste *indipendenti* (art. 12, par. 2, lett. b), alla pubblicazione di relazioni *indipendenti* (art. 12, par. 2, lett. c), potendosi ben presupporre che il requisito dell'indipendenza sia in relazione alle autorità governative.

⁴²³ Ad esempio, la Polonia e la Danimarca non prevedono organismi di tutela dell'uguaglianza con le competenze richieste dalla Direttiva, potendo soltanto fornire assistenza alle vittime.

In Grecia, con la trasposizione della Direttiva "Occupazione", al Difensore è riconosciuta una indipendenza costituzionalmente garantita, ma non è chiaro se tale soggetto abbia i poteri da essa riconosciuti.

⁴²⁴ Così Cipro. Il *Registrar of Insurance* verifica e monitora i contratti assicurativi; la *District Court* ha il compito di risolvere le azioni giudiziarie in materia di discriminazione di sesso e stabilirne le sanzioni; questi deve assicurare un risarcimento del danno che risponda ai parametri di equità e adeguatezza e che deve coprire l'entità totale del danno, oltre all'interesse

Come molteplici sono le forme organizzative, così molteplici appaiono di rimando gli obiettivi e i compiti degli organismi di tutela.

A livello generale, ad essi compete il monitoraggio della legislazione nazionale e delle misure adottate, nonché l'adeguatezza dell'implementazione della legislazione comunitaria sulla parità di trattamento e non discriminazione.

Molti di questi organismi assumono anche compiti di promozione dell'uguaglianza di genere e di realizzazione di ricerche in tale ambito.

Alcuni possono offrire assistenza alle vittime della discriminazione garantendo informazioni, aiuto, supporto operativo.

In alcuni casi, sono previsti compiti aggiuntivi rispetto a quelli previsti dalla Direttiva, ad esempio nel fornire opinioni non vincolanti e audizioni⁴²⁵ o nell'assumere decisioni vincolanti⁴²⁶ e imporre sanzioni⁴²⁷.

Le competenze (ma anche l'indipendenza dell'organismo) rappresentano questioni centrali, il cui rispetto e la cui congruenza, rispetto alle indicazioni della Direttiva, rappresentano un importante fattore nella valutazione dell'effettività e della giustiziabilità.

La possibilità di stare in giudizio di questi organismi, aspetto non secondario, vista la "cronica" difficoltà per le vittime di discriminazione di agire in giudizio anche a causa delle ingenti spese che questo comporta, risulta ammessa in alcuni Stati⁴²⁸, pure in assenza di una vittima "reale"⁴²⁹, a difesa quindi, di un interesse generale, che travalica quello del ricorrente, non consentita in altri⁴³⁰.

La regola sulla parziale inversione dell'onere della prova è stata recepita da tutti gli Stati membri, estendendosi in alcuni casi anche in ambito penale⁴³¹, sebbene sia stata segnalata la sua scarsa conoscenza⁴³².

nominale. È stato poi previsto il *Commissioner of Administration*, cui compete la tutela extragiudiziale; il *National Machinery of Women's rights* (l'Organizzazione nazionale per i diritti della donna), che a livello generale si occupa della promozione del principio di uguaglianza e cura l'attività di informazione degli altri organismi coinvolti; infine al Ministero della giustizia e dell'ordine pubblico compete la predisposizione della reportistica richiesta dalla Direttiva.

⁴²⁵ Austria, Estonia, Belgio, Cipro, Francia, Lettonia, Lituania, Malta, Slovacchia, Spagna, Danimarca, Olanda, Portogallo.

⁴²⁶ Bulgaria e Uk. A Cipro, il *Gender Equality Committee* per l'occupazione e la formazione professionale può svolgere audizioni e sottoporle al *Chief Inspector* per successive azioni, ma le decisioni dell'*Ombudsman*, quando agisce come *Equality Body*, sono vincolanti. Anche l'*Equality Authority* irlandese può rendere dei pareri in materia di non discriminazione; si tratta di una sorta di indicazione vincolante circa le tappe che devono essere seguite. Inoltre può anche riferire all'*Equality Tribunal* o alla corte competente.

⁴²⁷ Lituania (sanzioni amministrative).

⁴²⁸ Belgio, Cipro, Danimarca, Francia, Romania, Slovacchia, Spagna,

⁴²⁹ Così ad esempio in Belgio, Bulgaria, Cipro, Danimarca, Francia, Romania, Slovacchia, Ungheria e in assenza di una vittima identificata in Spagna. In Ungheria, l'Autorità per l'uguaglianza può sia rappresentare le vittime in giudizio o avviare una causa in caso di discriminazioni collettive, qualora vi sia una discriminazione contro un numero indefinito di individui. In Uk, l'*Equality and Human Rights Commission* può altresì avviare una revisione dei procedimenti in caso di azioni illegittime da parte degli enti pubblici; non può agire senza l'assenso della vittima, ma può assistere i ricorrenti. In Lettonia, a Malta e in Svezia, gli *Equality Body* possono partecipare in giudizio soltanto con il consenso della vittima.

⁴³⁰ Austria, Repubblica Ceca, Germania, Grecia, Lituania, Polonia, Portogallo, Slovenia,

⁴³¹ Francia, Portogallo.

⁴³² Ad esempio, in Grecia, che però non ha ancora recepito la Direttiva 2004/113, la parziale inversione dell'onere della prova è stata implementata dagli atti nazionali di trasposizione delle

5.2. Sanzioni, risarcimento, indennità

L'analisi delle sanzioni mostra una complessa varietà, sebbene in alcuni casi esse siano limitate alle discriminazioni intenzionali⁴³³ e in ambito civilistico a forme di risarcimento del danno economico e morale⁴³⁴ e di indennità.

Alcuni Stati hanno optato per l'introduzione di sanzioni penali⁴³⁵ che, se talvolta prevedono anche l'arresto⁴³⁶, nella maggior parte dei casi si limitano a pene pecuniarie⁴³⁷.

Circa la volontà di contenere gli effetti delle sanzioni introdotte, va segnalata in termini critici, la previsione di un tetto massimo per il risarcimento e per le indennità, come pure la limitazione delle sanzioni, nei soli casi di dolo dell'autore⁴³⁸, che non sembra in linea con le disposizioni della Direttiva.

6. Le difformità degli atti di recepimento rispetto alla Direttiva

Nonostante l'eterogeneità delle opzioni seguite dai legislatori nazionali, vi sono dei punti specifici sui quali sembrano essersi incagliati gli atti nazionali di recepimento.

Le maggiori distanze rispetto al testo della Direttiva hanno riguardato la mancata o l'imprecisa previsione degli organismi di tutela⁴³⁹ e del requisito dell'indipendenza (rispetto agli esecutivi).

In alcuni Stati, tipicamente in quelli federali, l'incompletezza del recepimento è derivata quale risultato della duplicità di livelli di implementazione, come nel caso del Belgio in cui la comunità di lingua tedesca non ha approvato la legislazione attuativa, risultandone penalizzata.

La poca chiarezza della normativa di trasposizione è stata segnalata dagli esperti di Bulgaria, Irlanda, Lituania, Malta, Slovenia, soprattutto in relazione all'ambito definitorio, all'onere della prova e alla non corrispondenza delle nuove nozioni rispetto a quelle già presenti nell'ordinamento nazionale⁴⁴⁰.

direttive comunitarie, senza però essere inserita nel codice di procedura amministrativa, il che la rende poco conosciuta e applicata.

⁴³³ Belgio.

⁴³⁴ Il recepimento finlandese prevede un minimo di 3.000 euro che può essere eventualmente ridotto nel caso di soggetto privato o piccola impresa. In Irlanda non è stata modificata la legislazione previgente, che fissava il limite massimo per il risarcimento in 6.348 euro. In Austria risarcimento minimo di 720 euro in caso di molestie e molestie sessuali.

⁴³⁵ Italia, Lussemburgo.

⁴³⁶ La legge cipriota prevede una sanzione fino a 7.000 euro e fino a sei mesi di carcere. Il Belgio prevede l'arresto da un mese a un anno (raddoppiato se compiuto da un funzionario pubblico nell'esercizio delle proprie funzioni) e un'ammenda da cinquanta e mille euro.

⁴³⁷ Ad esempio, in Slovenia le sanzioni sono variabili a livello soggettivo: se compiute da un individuo, vanno da 250 a 1200 euro, da una persona giuridica da 2500 a 40000, dal responsabile di un ufficio statale o locale da 250 a 2500.

⁴³⁸ Germania.

⁴³⁹ Danimarca.

⁴⁴⁰ Malta.

La reportistica segnala un basso tasso di effettività: nelle prassi i fattori attuariali differenziati in base al genere vengono, infatti, applicati, nonostante il recepimento della Direttiva, senza alcuna giustificazione⁴⁴¹.

Vi sono, poi, lacune che appaiono non generalizzate. Ad esempio, la reportistica ha segnalato che l'Austria non ha correttamente implementato la previsione per cui, in ogni caso, i costi inerenti alla gravidanza e alla maternità non devono determinare differenze nei premi e nelle prestazioni individuali (art. 5, par. 3, dir. 2004/113) e la Finlandia non prevede sanzioni, né la possibilità di ricorsi per le vittime delle discriminazioni (salvo l'intervento del Mediatore).

7. La tempistica e le procedure di infrazione

Mentre alcuni Stati membri hanno provveduto al recepimento entro la data limite prevista dalla Direttiva (21 dicembre 2007), altri hanno accumulato un forte ritardo nella conclusione del procedimento di trasposizione⁴⁴², ritardo che si è esteso anche alla comunicazione delle misure nazionali alla Commissione.

Al momento della verifica, la Commissione aveva avviato (e positivamente concluso) procedure di infrazione contro dodici Stati Membri per mancata comunicazione delle misure di trasposizione nazionale. Di queste sei (quelle avviate nei confronti di Estonia, Grecia, Lettonia, Polonia, Regno Unito, Repubblica Ceca) erano ancora aperte alla fine dell'anno 2008.

Soltanto in tre casi non si è proceduto all'implementazione: è il caso della Grecia⁴⁴³, della Polonia⁴⁴⁴, della Repubblica Ceca⁴⁴⁵.

Nel Gennaio 2009, sulla base delle procedure ex art. 226 TCE, la Commissione aveva rinviato la Grecia e la Repubblica Ceca alla Corte di Giustizia per difetto di comunicazione delle misure di trasposizione della direttiva 113.

Infine il 14 maggio 2009, la Commissione ha deferito la Polonia alla Corte di Giustizia per mancata trasposizione delle disposizioni che vietano la discriminazione di genere nell'accesso e nella fornitura di beni e servizi, sebbene nel giugno 2008 avesse già inviato una "*Reasoned Opinion*" (secondo livello di avvertimento).

8. Discriminazione nell'accesso ai Servizi, applicazioni pratiche

Nonostante la recente approvazione, sia le Corti nazionali, sia gli organismi di tutela nazionale hanno avuto modo di confrontarsi sull'impatto a livello pratico della Direttiva "Beni e Servizi" e degli atti di recepimento.

⁴⁴¹ Così in Austria, Slovenia

⁴⁴² In alcuni Stati, alla data limite fissata per il recepimento, la trasposizione era ancora *in fieri*, ad esempio, in Austria, Cipro, Malta, Francia, Irlanda, Portogallo, Regno Unito, Romania (conclusa nel 2008) e Finlandia (2009).

⁴⁴³ La Costituzione greca vieta la discriminazione fondata sul sesso. Potendosi applicare verticalmente e orizzontalmente le garanzie in essa previste, la Grecia ha ritenuto di non dover procedere al recepimento.

⁴⁴⁴ Il Governo ha tentato a più riprese di adottare un atto.

⁴⁴⁵ Il Presidente Ceko Klaus ha posto il veto sulla legislazione che avrebbe dovuto trasporre la Direttiva giudicandola inutile, contro produttiva e pessima.

Quanto alla giurisprudenza comunitaria, vi sono due isolate pronunce da parte della Corte di Giustizia, risalenti al periodo precedente all'approvazione della 2004/113, ma che appaiono ugualmente indicative della posizione assunta in relazione all'utilizzo dei fattori attuariali basati sul sesso e che pertanto si ritiene utile ripercorrere.

8.1. Discriminazione nell'accesso e nella fornitura di beni e servizi: la pratica

Una ricostruzione delle pratiche discriminatorie fondate sul genere nell'accesso e nella fornitura di beni e servizi, pur apparendo di scarsa rilevanza a livello quantitativo, aiuta a mettere a fuoco alcuni dei limiti evidenziati nel corso dell'analisi della Direttiva e a comprenderne l'impatto a livello pratico.

Sebbene sia indiscutibile che l'applicazione del divieto di discriminazione in ambito giuslavoristico abbia obiettivi ed effetti più significativi, pure nella materia dell'accesso e della fornitura di beni e servizi ne va rilevata l'importanza, tanto da un punto di vista pratico, quanto di rimando nella ricostruzione del quadro teorico che fa da sfondo alla collocazione del genere nel diritto antidiscriminatorio.

In primo luogo, sono state segnalate alcune prassi quanto all'offerta in termini differenziati fra uomini e donne – anche in relazione alle tariffe praticate – nell'ambito dei servizi bancari⁴⁴⁶, assicurativi⁴⁴⁷, sociali⁴⁴⁸, sanitari⁴⁴⁹ (soprattutto riguardo alle cure riproduttive, ai metodi contraccettivi, alle diagnosi prenatali, all'interruzione della gravidanza⁴⁵⁰), a servizi di trasporto (in particolare, aerei⁴⁵¹) e turistici⁴⁵², di ristorazione⁴⁵³, all'istruzione⁴⁵⁴, all'*housing*⁴⁵⁵.

È interessante segnalare come, in alcuni paesi, l'assenza di servizi offerti separatamente a uomini e donne sia stata ricondotta all'eredità del periodo socialista⁴⁵⁶.

⁴⁴⁶ Danimarca (in relazione alla concessione di prestiti per madri *single*, situazioni riconducibili alla maternità e alla gravidanza), Malta.

⁴⁴⁷ Portogallo e Svezia in relazione a donne in stato di maternità e gravidanza.

⁴⁴⁸ Romania, nei confronti di donne in stato di gravidanza.

⁴⁴⁹ Spagna.

⁴⁵⁰ Polonia, Uk.

⁴⁵¹ Ungheria (circa il rifiuto di ammettere sui voli donne in stato di gravidanza dopo la 36^a settimana e di ammetterle dopo la 28^a soltanto in presenza di un certificato da parte di un medico che è spesso riluttante nel concederlo). Anche la Lettonia e la Polonia hanno ammesso la possibilità di restrizione nei voli per le donne in stato di gravidanza. Cfr. Grecia, Estonia che segnalano le pubblicità di alcuni hotel in cui i bambini non sono ammessi, Uk che segnala le difficoltà di far ammettere bambini al trasporto in taxi.

⁴⁵² Polonia, Finlandia (crociere turistiche per sole donne a metà prezzo); Grecia, Estonia (pubblicità di hotel *free child*).

⁴⁵³ Ad esempio, il Report su *Sex-segregated Services* segnala che in Belgio sia d'uso offrire per il giorno di San Valentino il menu a metà prezzo per la donna (sebbene nessuna reazione sia segnalata contro questa prassi) mentre a Cipro, soprattutto nei villaggi, è usuale che i bar in cui si gioca a carte e backgammon e si discute di politica, siano frequentati soltanto da uomini. Cfr. anche Finlandia, Polonia.

⁴⁵⁴ Romania, nell'esclusione di allieve in stato di gravidanza.

⁴⁵⁵ Ad esempio, nel rifiuto di affittare appartamenti a donne in stato di gravidanza o a famiglie con bambini piccoli (Polonia).

⁴⁵⁶ Cfr. Report su *Sex-segregated Services*, 48, Lettonia.

In generale, le prassi nazionali hanno evidenziato una frequente segregazione sulla base del sesso in relazione a centri benessere e servizi estetici, palestre, saune e impianti termali, piscine⁴⁵⁷, nei cinema⁴⁵⁸ e nei club privati, agli eventi sportivi⁴⁵⁹ e nelle associazioni⁴⁶⁰, nei servizi di taxi⁴⁶¹, di scuola guida⁴⁶² e di parcheggio riservati a persone di sesso femminile o offerti loro in termini agevolati.

La previsione di tariffe differenziate sulla base del sesso riguarda specificamente il caso degli ingressi alle discoteche o in generale ai locali notturni⁴⁶³, in cui le donne sono spesso ammesse senza il pagamento del biglietto, ma anche di altri servizi, ad esempio di parrucchieria, i cui prezzi avvantaggiano gli uomini essendo usualmente più costosi per le donne⁴⁶⁴.

Proprio riguardo alla diversa tariffazione sulla base del sesso è stato segnalato l'ordine di discriminare da parte di alcuni titolari di club o discoteche, che hanno imposto ai propri dipendenti di consentire l'ingresso gratuito alle donne e a pagamento agli uomini⁴⁶⁵.

Altri casi di ordine di discriminare hanno riguardato i servizi di scuole guida⁴⁶⁶ e l'accesso all'alloggio⁴⁶⁷.

Come esempio ulteriore, è interessante segnalare l'ordine di non utilizzare farmaci contraccettivi e di non praticare l'interruzione di gravidanza, rivolto a medici, farmacisti e operatori sanitari, da parte delle comunità religiose⁴⁶⁸.

⁴⁵⁷ In riferimento all'offerta di servizi separati per sauna, palestre, centri benessere ad esempio: Belgio, Cipro, Estonia, Finlandia, Germania, Lettonia, Lituania, Lussemburgo, Olanda, Polonia, Ungheria, Uk; per i servizi di manicure e pedicure, la Lettonia, Finlandia. In Francia, l'offerta differenziata ha assunto la forma di ore riservate per sole donne e bambini nelle piscine. La questione è stata fortemente contestata, in quanto in contrasto con il principio di laicità dello Stato: erano infatti soprattutto le donne musulmane ad aver richiesto ore ad esse riservate, essendo altrimenti loro precluso l'accesso per motivi religiosi. Cfr. Report su *Sex-segregated Services*, 33.

⁴⁵⁸ Germania, Lussemburgo, Polonia.

⁴⁵⁹ Austria, Belgio, Italia, Polonia.

⁴⁶⁰ Grecia, Irlanda

⁴⁶¹ Ungheria, Olanda, Polonia (servizio che si offre di accompagnare a casa le donne e di attendere fino a quando "la luce in casa non si spegne").

⁴⁶² Irlanda, Ungheria.

⁴⁶³ Relativamente alla questione dell'ingresso nelle discoteche: Bulgaria, Danimarca, Estonia, Italia, Lettonia, Lituania, Polonia, Slovacchia, Ungheria, Uk. Sono poi state segnalate pratiche di servizi distinti sulla base del genere o di differenti prezzi nei locali erotici (*nightclub* e locali di *strip tease*) in Bulgaria, Estonia, Repubblica Ceca. In Repubblica Ceca, è stato segnalato il diverso prezzo per le scuole di danza (i ragazzi pagano spesso un prezzo simbolico, vista la loro scarsa presenza, mentre alle ragazze sono richieste cifre considerevoli).

⁴⁶⁴ Austria, Germania, Irlanda, Italia, Lettonia, Polonia, Svezia, Uk.

⁴⁶⁵ Austria, Estonia, Lussemburgo.

⁴⁶⁶ Slovacchia, che segnala il rifiuto di ammettere allieve di sesso femminile.

⁴⁶⁷ Slovenia, relativamente a casi di proprietari di alloggio che danno istruzione alle agenzie di non affittare a donne in gravidanza o con figli piccoli o a studenti maschi ritenuti più rumorosi.

⁴⁶⁸ Ne dà conto il Report sul recepimento del 2009, per la Polonia, che è stata condannata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Tysi c v Poland*, Caso No. 5410/03, sentenza del 20 Marzo 2007. L'assenza di un rimedio effettivo contro il rifiuto di un medico di praticare un aborto per salvaguardare le condizioni di salute della donna è stata ritenuta una violazione dell'art. 13 Carta europea dei diritti fondamentali.

Analogamente, in Italia, si ricorda la posizione della chiesa cattolica nel dibattito circa l'introduzione della cd. pillola abortiva, RU 486. Posta la previsione, nella legge 194/78 di

Relativamente ad alcuni servizi, la discriminazione non passa attraverso la distinzione uomo/donna *tout court*, ma attraverso l'essere genitori⁴⁶⁹, ovvero attraverso la supposta discriminazione di situazioni, quali la maternità o la gravidanza⁴⁷⁰, fortemente connotate sulla base del genere, di cui è esempio la segnalata difficoltà di accesso a mezzi pubblici e a spazi pubblici⁴⁷¹.

I casi di molestie e molestie sessuali, segnalati dalla reportistica, sono isolati⁴⁷². Per quanto riguarda la vittimizzazione, ovvero la tutela richiesta dalla Direttiva, a favore delle vittime di discriminazioni contro trattamenti o conseguenze sfavorevoli posti in essere in reazione ad un reclamo o ad un'azione finalizzati a ottenere il rispetto del principio della parità di trattamento, l'unico esempio restituito dalla reportistica, riguarda le istituzioni che erogano servizi sociali⁴⁷³.

Alcune di tali questioni hanno peraltro dato luogo a controversie di cui si darà conto nella parte relativa all'analisi della giurisprudenza.

8.2. La Direttiva Beni e Servizi alla "prova" della Giurisprudenza

I mediatori e la giurisprudenza di numerosi Stati Membri hanno assunto posizioni assai diverse sulla legittimità dei beni e dei servizi specificamente pensati, indirizzati e riservati ad un solo sesso⁴⁷⁴.

Di queste decisioni è interessante dare conto – sia pure tenendo ben presenti le diversità dei casi concreti e dei contesti nei quali vanno a collocarsi – in quanto possono dare un contributo alla riflessione sulla legittimità delle differenziazioni di beni e servizi sulla base del sesso.

L'analisi delle diverse opzioni nella risoluzione dei casi concreti consente inoltre di approfondire la verifica circa la giustiziabilità e l'effettività della Direttiva.

Un tribunale amministrativo sloveno ha recentemente rigettato un ricorso contro una legge che, nella formazione di una graduatoria per l'assegnazione di alloggi

disciplina dell'interruzione volontaria di gravidanza, dell'obiezione di coscienza, sarebbe interessante approfondire la configurabilità di questo istituto tra le eccezioni che l'art. 4, par. 5 della Direttiva laddove «non preclude differenze di trattamento se la fornitura di beni o servizi esclusivamente o principalmente destinati a persone di un solo sesso è giustificata da una finalità legittima e se i mezzi impiegati per il conseguimento di tale finalità sono appropriati e necessari». L'esercizio dell'obiezione di coscienza, previsto e garantito dalla legge, potrebbe, essere ricompreso fra le finalità legittime? E i mezzi impiegati, ovvero il diniego totale della prestazione, possono essere ritenuti in linea con i requisiti di appropriatezza e necessari età, previsti dalla Direttiva.

⁴⁶⁹ Nel settore degli affitti (Polonia) e dei trasporti e servizi pubblici.

⁴⁷⁰ Nell'ambito dei trasporti e nel settore finanziario, bancario, assicurativo.

⁴⁷¹ Uk che segnala come la facilitazione nell'accesso per i disabili abbia comportato una maggiore facilità di accesso anche per passeggini e carrozzine. Per l'accesso a spazi pubblici, ad esempio, viene segnalato il caso del Liechtenstein, circa la presenza delle strutture per cambiare i bambini presso le sole toilette per le donne.

⁴⁷² In Austria, è stato segnalato il caso di una ragazza che ha sostenuto di essere stata oggetto di molestie sessuali da parte di un elettricista chiamato a casa dei suoi genitori; alcuni casi sono stati segnalati nelle scuole e nelle Università (Grecia, Olanda, Svezia); in ambito sanitario e sociale (Olanda, Polonia, Slovacchia, Uk); nei bar e ristoranti (Polonia, Slovenia, Uk); nell'ambito degli affitti (Slovenia).

⁴⁷³ Polonia.

⁴⁷⁴ Si è ritenuto di trattare contestualmente le risposte offerte dalla giurisprudenza e dagli organismi di parità in quanto, in alcuni ordinamenti, questi ultimi possono "sostituirsi" al giudice o prevenirne l'intervento.

popolari in affitto, prevede criteri difficili da essere rispettati per una famiglia “giovane” e che integrano (a parere della ricorrente) una discriminazione indiretta fondata sul genere, svantaggiando maggiormente le donne⁴⁷⁵.

In Romania, il Consiglio Nazionale per il contrasto alle discriminazioni ha riconosciuto che il rifiuto da parte di una struttura ospedaliera di ammettere i padri insieme ai figli in degenza, in luogo delle madri, integri una discriminazione fondata sul genere.

Numerosi ricorsi hanno riguardato le saune. In Slovenia, il Difensore per le pari opportunità tra uomini e donne ha rigettato il ricorso di un uomo cui era stato rifiutato l'accesso nell'unico giorno della settimana in cui la struttura era riservata alle donne⁴⁷⁶. Nei Paesi Bassi, la Commissione per la parità di trattamento ha rigettato un ricorso contro l'offerta di un centro benessere di riservare una giornata alle sole donne, in assenza di analoga possibilità per i soli uomini. Nel contemperamento con le esigenze economiche del gestore, la motivazione era incentrata sul fatto che la domanda di un analogo servizio riservato agli uomini non era sufficientemente ampia da garantire l'apertura esclusiva in alcuni giorni della settimana⁴⁷⁷.

Di contro, in Ungheria, l'organismo per la parità ha accolto un reclamo contro la preclusione, per le donne, di accedere ad alcuni bagni turchi. Riconoscendo che la separazione fra uomini e donne era giustificata sulla base della tutela del senso del pudore (dal momento che per essere benefico il bagno turco deve essere praticato senza abiti), ha ordinato che in alcuni momenti della settimana le strutture fossero aperte alle sole donne⁴⁷⁸.

Da rilevare poi alcuni casi riguardanti servizi taxi riservati alle donne, regole di ingresso alle discoteche per garantire una pari presenza di uomini e donne, servizi di avvocatura riservati alle donne, tutti decisi in termini di non ammissibilità⁴⁷⁹.

Alcune palestre riservate alle sole donne sono state considerate legittime in Ungheria, mentre in Irlanda, una sezione riservata alla donne, in una palestra a frequentazione mista, è stata considerata illegittima in quanto la motivazione, ovvero il disagio, l'imbarazzo (eventualmente) provato dalle donne nel fare ginnastica con gli uomini non appariva giustificato: l'area destinata a tale attività era, infatti, comunque pienamente visibile da parte degli uomini⁴⁸⁰.

L'organismo per la parità portoghese ha ritenuto contraria al principio della parità la previsione di “parcheggi rosa”, individuati presso centri commerciali e in zone più facilmente accessibili, in quanto ciò contribuirebbe a perpetrare gli

⁴⁷⁵ Judgment No U947/2007-12 del 20/3/2008. Posta l'impossibilità di impugnare questa decisione, su cui il Difensore si è espresso per la conformità al principio della parità di trattamento, la legge di riferimento è stata impugnata di fronte alla Corte costituzionale.

⁴⁷⁶ Cfr. Report su *Sex-segregated Services*, 71 ss.

⁴⁷⁷ Cfr. Report su *Sex-segregated Services*, 60, che riporta un caso olandese deciso dalla Commissione per la parità di trattamento.

⁴⁷⁸ Cfr. Report su *Sex-segregated Services*, 41 ss.

⁴⁷⁹ Cfr. Report su *Sex-segregated Services*, 60.

⁴⁸⁰ Cfr. Report su *Sex-segregated Services*, 45 e 46. Analogamente nei Paesi Bassi in cui sembra essere considerata illegittima (p. 60). Approcci di tipo opposto sono stati pure osservati in Danimarca, in cui la segregazione in tale contesto è stata ritenuta ammissibile.

stereotipi per cui le donne sono meno capaci alla guida e vanno più frequentemente a fare *shopping*⁴⁸¹.

Motivi “sociali” sono stati ritenuti ammissibili per giustificare, in Irlanda, una segregazione fondata sul sesso in merito all’affiliazione ad uno dei più prestigiosi golf club del paese che non ammetteva donne fra i propri soci⁴⁸². La Corte Suprema ha ritenuto che non vi sia nulla di riprovevole nel fatto che alcune persone ricerchino, in un determinato contesto sociale, l’esclusiva compagnia di persone dello stesso sesso⁴⁸³.

Pur riconoscendo come vigente il divieto di discriminazione nell’accesso ai servizi e applicandosi questo anche ai club e alle associazioni private, la Corte Suprema ha infatti negato che il comportamento di una associazione, che abbia come scopo quello di rispondere principalmente ai bisogni di persone di un solo sesso, possa integrare gli estremi di una discriminazione⁴⁸⁴.

Seguendo una interpretazione estensiva dell’eccezione prevista dalla Direttiva e dalla normativa di recepimento, la *High Court* ha infatti ricordato come non potrebbe parlarsi di una discriminazione, in quanto alle donne non viene impedito di utilizzare i servizi del golf club ma soltanto di associarsi.

Di questa decisione viene offerta una lettura in termini critici, in quanto piuttosto che comprendere il caso tra le eccezioni ammesse dalla Direttiva, sembra invece ridurre la portata del principio, che, attraverso di essa, si intendeva affermare, determinando la collocazione delle donne in una sorta di cittadinanza “di secondo piano” (nel caso in questione, le donne possono frequentare il circolo ma non associarsi).

In Polonia, una giurisdizione ha ritenuto validi i “motivi sociali” – identificati nei bisogni e nelle aspettative del *target* di clientela – adottati per giustificare il divieto per gli uomini di frequentare i locali appartenenti ad una catena di bar e club (*Babie Lato*): ciò in quanto la caratteristica principale era incentrata sull’atmosfera “femminile” e sulla messa a disposizione di poltrone abbastanza larghe per accogliere donne “rotonde”, con le loro borsette e dei tavoli

⁴⁸¹ Cfr. Report su *Sex-segregated Services*, 68.

⁴⁸² Cfr. Report su *Sex-segregated Services*, 59.

⁴⁸³ Si tratta del caso riguardante il Portmarnock Golf Club. *The Equality Authority v Portmarnock Golf Club and Others* [2004 no. 1456SS] and *Cuddy and Keane v The Equality Authority, Ireland e Attorney General* [2003 7015P], unreported High Court, O’Higgins, J., 10 June 2005. La *District Court* aveva riconosciuto il carattere discriminatorio del Golf club che ammetteva solo uomini. La *High Court* ribaltando tale decisione aveva invece ritenuto insussistente la discriminazione nel significato stabilito dall’*Equal Status Act 2000*. O’Higgins aveva sostenuto come «*The promotion of equality and the prohibition of types of discrimination – the express purposes of the Act are legitimate and laudable goals of the legislation. The interpretation of (...) The Act as contended for by the golf club does not in my view in any way undermine those aims, but rather recognises the fact that there is nothing inherently undesirable with persons seeking – in a social context – the society of persons of the same gender or the same nationality or the same religion. In a tolerant and free and increasingly diverse society, it is not surprising that the type of exemptions envisaged (...) were enacted – as a result of which – in terms of registered clubs – it is permissible to have – exclusively – a bridge club for Bulgarians, a chess club for Catholics, a wine club for women and a golf club for gentlemen (...)*».

⁴⁸⁴ Cfr. Legge del 2000 sull’uguaglianza, art. 9, par.1, e).

abbastanza alti da consentire uno spazio sufficiente per le gambe, anche con tacchi alti⁴⁸⁵.

In Olanda, la Commissione per la parità di trattamento ha ritenuto non ammissibile il subordinare l'ammissione ad una società di tiro ad un meccanismo di cooptazione, sottoponendo l'istanza ad una votazione dei membri. Posto che i servizi offerti riguardano la messa a disposizione di installazioni pubbliche di tiro e la possibilità di partecipazione a concorsi ufficiali, non è legittimo precludere l'accesso sulla base di una votazione, assolutamente discrezionale, dei membri⁴⁸⁶.

Alcuni casi hanno poi riguardato la discriminazione sulla base dello stato familiare⁴⁸⁷.

Frequente è la violazione della Direttiva in relazione alla fornitura e alla tariffazione distinta per genere/sexo.

In Austria, l'organismo per la parità è intervenuto sulla previsione di prezzi differenti per servizi di parrucchieria e di differenti età per ottenere gli sconti nei trasporti pubblici, questione connessa alla diversa età pensionabile prevista per uomini e donne.

In Belgio, un uomo ha segnalato una disparità di tariffazione nell'accesso ad una partita di calcio in cui al biglietto (pari a 20 euro) per gli spettatori di sesso maschile, corrispondeva invece una entrata a prezzo ridotto per le donne⁴⁸⁸.

In Finlandia, l'*Equality Ombudsman* ha risolto negativamente la questione sorta in merito all'offerta di uno sconto nelle crociere per sole donne (nella formula "2x1"), come per le differenze di prezzo nei locali di ristorazione⁴⁸⁹.

Sono poi state oggetto di pronunce anche alcune prassi riguardanti la previsione di una diversa tariffa per uomini e donne nell'utilizzo della piscina⁴⁹⁰.

In Estonia, il Commissario per l'uguaglianza fra i sessi ha ricevuto alcune segnalazioni circa i differenti prezzi di ingresso nei locali notturni ed ha sottolineato come questo sia contrario al principio della parità di trattamento sulla base del sesso nell'accesso a beni e servizi, costituendo una potenziale discriminazione indiretta nei confronti degli uomini. Posto che l'Estonia non ha ancora approvato la legislazione attuativa della Direttiva "Servizi", il Commissario ha richiesto la modifica della legge esistente, che non consente il ricorso al tribunale per la cessazione del comportamento pregiudizievole e la previsione di un risarcimento o di una indennità⁴⁹¹.

⁴⁸⁵ Non avendo la Polonia recepito la Direttiva, la legislazione non è ad essa conforme, sebbene imponga alcune restrizioni alla discriminazione in materia di accesso ai beni. Cfr. Report su *Sex-segregated Services*, 63 ss.

⁴⁸⁶ Cfr. *avis* 2001-27 della Commissione per l'uguaglianza di trattamento; la fondatezza del ricorso non è ancora stata accertata in via giudiziaria. Peraltro, in questo caso, il bene su cui si è fondato il ricorso non è stato individuato.

⁴⁸⁷ Irlanda in Report su *Sex-segregated Services*, 46: il diniego di ingresso in un ufficio pubblico e in un ristorante ad una madre con passeggino e con neonato è stato riconosciuto discriminatorio, con conseguente richiesta di predisporre un codice di condotta; la richiesta di pagare il biglietto per uno spettacolo teatrale anche per il bambino che una madre doveva allattare, non è invece stata ritenuta quale discriminazione.

⁴⁸⁸ Si tratta di un caso ancora pendente.

⁴⁸⁹ Cfr. Report su *Sex-segregated Services*, 31 ss.

⁴⁹⁰ Uk. Cfr. Report su *Sex-segregated Services*, 77 ss.

⁴⁹¹ Cfr. Report su *Sex-segregated Services*, 29.

Nel gennaio 2009, la Commissione per la parità di trattamento austriaca ha deciso un caso riguardante la legittimità della previsione dell'accesso gratuito a locali notturni per le donne, ma non per gli uomini. La Commissione ha ritenuto questa opzione discriminatoria nei confronti degli uomini, integrando anche la fattispecie dell'ordine di discriminare dal momento che il titolare del locale, aveva espressamente dato indicazioni ai propri dipendenti in servizio alle casse.

Come si approfondirà successivamente, questa differenziazione è da ricondurre ad una discriminazione non soltanto in quanto produce un trattamento svantaggioso nei confronti degli uomini, ma perché rinforza gli stereotipi sessuali e la mercificazione delle donne, piuttosto che contrastare una discriminazione fondata sul genere.

Sul tema, è interessante riportare anche una decisione in materia di accesso a beni e servizi del soggetto incaricato della promozione e della tutela dell'uguaglianza sloveno (cd. Difensore del principio di uguaglianza), che risulta incardinato presso l'Ufficio per le pari opportunità. Nel novembre 2008, in risposta al ricorso di un soggetto di sesso maschile che assumeva di essere vittima di una discriminazione dovendo pagare l'ingresso ad una discoteca, mentre invece lo stesso era gratuito per le donne, il difensore ha riconosciuto il carattere discriminatorio di questa distinzione⁴⁹².

In Germania, la giurisprudenza non è stata uniforme nel valutare la sufficienza dei dati statistici a costituire una prova di discriminazione.

I casi sopra riportati, pur rappresentando, per la limitatezza dei contenuti e la perimetrazione territoriale, esempi di relativa importanza, inducono a riflettere su quali possano essere le ragioni alla base di una diversità di risposte offerte dai mediatori e dalla giurisprudenza nazionale, nell'individuazione del criterio guida che consenta di riconoscere la legittimità dei servizi specificamente pensati, indirizzati e riservati ad un solo sesso, da prassi discriminatorie.

Rinviando per un approfondimento di questo profilo, in sede di conclusioni, si segnalano alcuni ricorsi per la mancata implementazione della Direttiva 2004/113.

Se pure non possa essere negata la scarsa effettività della Direttiva e degli atti di recepimento, va comunque riconosciuto come il limitato utilizzo possa essere imputato sia ad una scarsa conoscenza e utilizzabilità delle normative nazionali, anche a causa delle lacune sopra brevemente riportate⁴⁹³, sia ai costi onerosi di un'azione in giudizio, rispetto ai risarcimenti e alle indennità, oltre tutto non sempre previsti (in Svezia ad esempio).

Criticabile, in questa ottica, il fatto che in alcuni Stati membri gli organismi di promozione non abbiano capacità di agire in giudizio⁴⁹⁴ o non possano avviare un'azione in assenza di una vittima identificata, il che ha significato che il non rispetto delle disposizioni nazionali in materia di parità di trattamento, non sia mai stato oggetto di alcuna decisione giudiziaria, né di sanzioni.

⁴⁹² Nota scritta n° 0920-9/2008-4.

⁴⁹³ Report sul recepimento del 2009, 21.

⁴⁹⁴ Austria, Germania, Grecia, Lituania, Polonia, Portogallo, Repubblica Ceca, Slovenia.

8.3. Giurisprudenza comunitaria

La Giurisprudenza comunitaria se pure non ha ancora avuto modo (e tempo) di intervenire a proposito della Direttiva 2004/113, aveva già affermato che l'uso di fattori attuariali, variabili sulla base del sesso, costituisce una discriminazione fra uomini e donne.

La Corte di Giustizia aveva riconosciuto come la direttiva sulla sicurezza sociale (86/378 poi emendata dalla 96/97) integrava una discriminazione fra uomini e donne, prevedendo una differente età pensionabile.

Nel caso *Barber*⁴⁹⁵, aveva chiarito che i regimi pensionistici devono essere considerati parte della retribuzione e quindi ad essi va applicato il principio della parità di trattamento. Una delle conseguenze principali di tale decisione è che la direttiva sui regimi professionali di sicurezza sociale (86/378), era divenuta contraria all'art. 119 e necessitava, quindi, di essere modificata.

Analogamente, quanto all'utilizzo dei fattori attuariali basati sul genere, in relazione alle differenti aspettative di vita fra uomini e donne, che svantaggiano le donne: vivendo mediamente più degli uomini, esse necessitano di una pensione di vecchiaia per un periodo maggiore e sono svantaggiate dai fattori attuariali in uso.

Di fatto con questa pronuncia la Corte di Giustizia "corresse" la direttiva 86/378, poi formalmente emendata con la direttiva 96/97.

Va richiamata la pronuncia del Tribunale di Primo grado che ha respinto il ricorso della signora *Lindorfer* cittadina austriaca, dipendente di ruolo della Commissione, contro una presunta discriminazione nel calcolo delle pensioni, a causa dell'uso di fattori attuariali connessi all'età e al sesso. Il caso *Lindorfer v. Council* era stato risolto con un rigetto dell'istanza della ricorrente, in quanto, a giudizio del tribunale, non sussisteva discriminazione sulla base del sesso⁴⁹⁶.

In appello, la Corte di Giustizia aveva ribaltato il risultato della decisione di primo grado, ritenendo come il Consiglio, nel tener conto dei fattori attuariali che svantaggiavano la dipendente di sesso femminile, avesse di fatto avallato una pratica discriminatoria e violato pertanto il principio di non discriminazione, in relazione alla parità di trattamento tra uomo e donna. A parere della CGCE, il Tribunale di primo grado avrebbe legittimato l'applicazione di un fattore che opera una distinzione in base al sesso del lavoratore tale da determinare un trattamento sfavorevole nei confronti della lavoratrice.

Secondo la Corte le motivazioni di ordine finanziario addotte dal Tribunale di Primo grado non possono giustificare il mancato rispetto principio di non discriminazione fra lavoratori di sesso maschile e lavoratrici di sesso femminile⁴⁹⁷.

⁴⁹⁵ Corte di giustizia, sentenza 17 maggio 1990, Caso C-262/88, *Douglas Harvey Barber v Guardian Royal Exchange Assurance Group*, in Racc. I-1889.

⁴⁹⁶ Cfr. Tribunale di Primo grado, sentenza del 18 marzo 2004, caso T-204/01, *Lindorfer v Council*, Racc., 2004.

⁴⁹⁷ C-227/04 P del 11 settembre 2007: «*The use of factors which vary according to sex ... constitutes sex discrimination which is not justified by the need to ensure sound management of the Community pension scheme*».

9. Conclusioni

Da quanto sopra detto, è possibile affermare che a prescindere dalle modalità concretamente seguite, il recepimento della Direttiva 2004/113 sia stato un processo spesso incompleto e poco incisivo rispetto agli obiettivi che il legislatore comunitario si proponeva.

Questo aspetto potrebbe essere letto come una delle conseguenze seguite ai molti limiti e compromessi di questo atto⁴⁹⁸.

In alcuni casi, la trasposizione ha dato luogo a norme astratte e confuse, risultato della mera trascrizione degli articoli della Direttiva “Servizi”, senza alcun riferimento al contesto nazionale, né sforzo di concretizzare alcune disposizioni necessariamente generiche e vaghe: si prenda, come esempio, l’assenza di dettaglio nella declinazione della nozione di beni e servizi, nella perimetrazione dell’ambito oggettivo (discriminazione per associazione, stato di maternità o di gravidanza) e soggettivo (ad esempio, circa l’inclusione o meno delle persone *transgender*).

In molti Stati membri, la legislazione introdotta dal recepimento delle direttive di seconda generazione ha rappresentato l’occasione per costruire o riformare il diritto antidiscriminatorio, avviando un lento e progressivo processo di uniformità di concetti e di nozioni a livello europeo.

Questo giustifica la riflessione sul quadro europeo in materia di uguaglianza (di genere) e sulla sua coerenza complessiva.

In tal senso, il fatto che molti Stati abbiano ecceduto i requisiti minimi richiesti dalla Direttiva, ad esempio individuando un ambito di applicazione analogo a quello della Direttiva “Razza” e comprendendovi i settori dei media e della pubblicità la cui inclusione, come visto, era stata molto controversa, dà conferma di come i timori manifestati in sede di definizione degli stessi, siano stati più influenzati dalle *lobby*, che non dalla paura di una contrarietà da parte degli Stati membri.

L’apparentemente ovvia affermazione per cui le misure di trasposizione rifletterebero l’eterogeneità delle tradizioni legali, andrebbe ridiscussa anche nei termini dei differenti *gender regime*⁴⁹⁹ esistenti in tale ambito fra gli stati europei, che offrono spunti di riflessione a cui in questa sede è solo possibile fare un breve richiamo⁵⁰⁰.

La diversità di approccio e di esiti offerti dalla giurisprudenza e dalle prassi nazionali impone infine una analisi che conduca all’individuazione di un criterio-guida di supporto nel discernere quali siano le distinzioni ammesse e quali le

⁴⁹⁸ Cfr. paragrafo 5.3 del Capitolo secondo.

⁴⁹⁹ L’ordine di genere, le relazioni di genere così come risultano strutturate in particolari e limitati contesti. Nel caso specifico il riferimento che si intende proporre è al contesto istituzionale, alla presenza di donne nei luoghi decisionali, nei luoghi in cui vengono definiti i contenuti degli atti, nelle vari fasi di redazione e di “contrattazione”. Sul tema cfr. R. W. CONNELL, *Gender and the power*, Stanford University Press, Stanford, California, 119 ss. e N. NAFFINE, R. J. OWENS, *Sexing the subject of law*, Lbc, 1997.

⁵⁰⁰ K. ZIPPEL, *The politics of sexual harassment: A Comparative Study of the United States, the European Union, and Germany*, cit., 112: «When EU measures are transposed through national law, which means that member states adopt national laws to comply with EU laws, different historical and legal traditions, preexisting laws on gender equality and workplace regulations, gender ideologies, and gender regime shape the legal and policy approaches».

distinzioni che determinino discriminazioni. Di questo aspetto, che offre l'opportunità di una riflessione attraverso la categoria del genere, si darà conto nel prossimo capitolo.

CAPITOLO SESTO

LE DIREZIONI DEL DIRITTO ANTIDISCRIMINATORIO, LA CENTRALITÀ DEL GENERE, IL PRINCIPIO ANTISUBORDINAZIONE

1. Cenni introduttivi

Questo capitolo mira a ricongiungere i diversi fronti di riflessione aperti nel corso della precedente esposizione, ponendosi, al tempo stesso, come loro punto di arrivo e come punto di partenza di successive indagini.

Se con questo lavoro – attraverso l'analisi della Direttiva “Beni e servizi” e degli atti di recepimento – si è tentato di ricostruire e individuare il quadro evolutivo del diritto antidiscriminatorio, non soltanto di genere, è altresì vero che per la complessità delle questioni anche soltanto evocate, esso si pone come una piattaforma dalla quale avviare riflessioni in altri ambiti.

Posto che la discriminazione di genere appare, a prima vista, di minore impatto e rilevanza nell'accesso e nella fornitura di beni e servizi, rispetto alla materia giuslavoristica, tuttavia non può negarsi che anch'essa ponga interessanti questioni di principio, talvolta prospettando un impatto potenzialmente più lesivo della parità.

Gli esempi più frequenti di discriminazione sono incentrati sulla fornitura e sulla tariffazione distinta per genere/sexo. Dal momento che a questi casi la giurisprudenza e i mediatori nazionali hanno dato risposte differenti, ritenendoli talvolta conformi, talaltra contrari al principio di non discriminazione, si rende innanzi tutto necessario indagare se e in che termini sia possibile tracciare il confine fra un trattamento non consentito in quanto discriminatorio e una distinzione consentita, in deroga al principio della parità di trattamento.

Per provare ad ipotizzare una risposta a questo interrogativo, la riflessione va inquadrata a partire dai beni e dai servizi pensati e previsti, prevalentemente o esclusivamente, per un solo genere, considerando gli esempi emersi negli Stati membri.

2. Quali beni e servizi per un solo sesso? Differenziazioni come discriminazioni o in chiave antisubordinazione.

Se per il fattore razza non sono riconoscibili ragioni tali da giustificare una fruizione differenziata, il che determina una presunzione, per così dire, *iuris et de iure*, di discriminazione, prevedere beni o servizi distinti sulla base del sesso, non si pone, sempre e automaticamente, in contrasto con il principio della parità di genere.

La Direttiva consente espressamente le differenze di trattamento se la fornitura o l'accesso al bene o al servizio, esclusivamente o prevalentemente, destinati a persone di un solo sesso siano giustificati da una finalità legittima e i mezzi utilizzati per conseguirla siano appropriati e necessari (art. 4, par. 5).

Inoltre, essa autorizza l'adozione o il mantenimento di misure specifiche destinate ad evitare o a compensare gli svantaggi legati al sesso (art. 6).

Posta l'ontologica differenza che separa le azioni positive, dalle differenze di trattamento ammesse⁵⁰¹, in tale quadro normativo, è importante tentare di chiarire quando una differenza si traduca in una discriminazione, non tollerabile alla luce delle disposizioni della 2004/113 e dei principi generali dell'ordinamento comunitario, e quando questa sia giustificata da una finalità legittima.

Nei termini di una discriminazione, anche soltanto potenziale, vanno ricondotti i casi nei quali l'offerta di un bene o di un servizio a persone di un solo sesso determini o rischi di determinare un approccio alla differenza uomini/donne, come sfere distinte: influenzando le giovani generazioni, questo potrebbe contribuire a rinforzare gli stereotipi legati al genere (ad esempio, incoraggiando le ragazze a scegliere attività sedentarie o studi non tecnici e i ragazzi verso attività in cui l'esercizio fisico fa crescere la forza muscolare o verso studi tecnici). Questo approccio svela il rischio di rafforzare le ineguaglianze, le disparità esistenti, facilitando i *network* maschili, favorendo la denigrazione e la reificazione delle donne e incoraggiando, negli uomini, comportamenti ritenuti tipicamente "maschili", da *macho*.

Sebbene apparentemente astratta ed evanescente, la distinzione sulla base della diversa finalità perseguita dall'offerta di beni o servizi indirizzati (esclusivamente o prevalentemente) a persone di un sesso, consente di marcare il confine fra discriminazione e non discriminazione.

L'interrogativo da percorrere va allora strutturato su che cosa distingua una finalità legittima da una finalità illegittima, che integra una discriminazione.

2.1. Finalità legittime

Nonostante non sia immediato tracciare, in termini certi e incontrovertibili, quando le finalità alla base di una fruizione differenziata sulla base del sesso siano legittime, è tuttavia possibile ipotizzarne alcune tipologie, tra cui la promozione di scopi socialmente utili, la tutela del senso del pudore, il contrasto alla segregazione fondata sul genere/sesso⁵⁰². Di queste distinzioni – in parte sovrapponibili o comunque riconducibili ad analoghi obiettivi – appare utile fornire una trattazione separata.

2.2. Promozione di scopi socialmente utili

Vi sono dei casi in cui la rigida segregazione fra uomini e donne è finalizzata a promuovere uno scopo socialmente utile, nel tentativo di includere, in determinate attività, persone che diversamente non vi parteciperebbero (si pensi alla forma fisica, nel caso delle palestre o delle piscine, in cui sono ammessi soltanto membri di un solo sesso). In questa prospettiva è indifferente è che la mancata partecipazione della persona ad una attività sia dovuta a

⁵⁰¹ Va rimarcato che nei report (sul recepimento del 2009 e sui *Sex segregated services*) le azioni positive e le differenziazioni legittime nell'accesso e nella fornitura dei beni e servizi, vengono spesso sovrapposte.

⁵⁰² Questa suddivisione è prospettata dal Report su *Sex segregated services*.

motivi culturali, religiosi, connessi al senso del pudore o al timore di molestie sessuali.

L'importanza di rispondere ai bisogni della persona (e in particolare delle donne), a cui sarebbe preclusa la partecipazione ad alcune attività, a meno che non si praticino in un contesto di separazione, non può patire differenze sulla base dei diversi livelli di sensibilità, profondamente variabili a seconda dei gruppi etnici e religiosi considerati, nel valutare alcuni fattori (opportunità di un contatto tra uomini e donne, senso del pudore etc.).

La divisione fra uomini e donne può, così, mirare ad incentivare la partecipazione ad attività che implicino una nudità in pubblico (le saune, ad esempio), a riconoscere la vulnerabilità delle donne di fronte ad alcuni tipi di aggressione (come nei casi di parcheggi o servizi taxi riservati alle donne), o a controbilanciare gli effetti e i risultati degli stereotipi legati al genere (si pensi ai corsi di *bricolage* riservati alle donne o a corsi di puericultura riservati agli uomini)⁵⁰³.

La promozione di obiettivi socialmente utili rappresenta una sorta di "ombrello", sotto cui possono essere fatte rientrare le ulteriori ipotesi di finalità legittime.

L'ammissibilità di pratiche destinate a promuovere obiettivi di utilità sociale può, infatti, rappresentare una risposta a preoccupazioni legate al pudore, al timore di molestie, allo scardinamento di stereotipi di genere. Seppure ciò implichi una separazione fra uomini e donne, non può certo esserne rilevato un contrasto né con lo specifico obiettivo della Direttiva "Servizi", né in generale con il principio di non discriminazione di genere.

Al contrario in quest'ottica, la separazione nell'offerta di un servizio mira a favorire l'accesso delle donne alla sfera pubblica, sia direttamente, sia indirettamente, e quindi al raggiungimento della piena parità, azionando il principio di uguaglianza, in funzione antisubordinazione.

Va marcato il limite della proporzionalità, soprattutto qualora un servizio non sia pensato principalmente per un sesso, ma sia ad esso esclusivamente riservato, con la conseguente preclusione della fruizione per alcuni individui in ragione della loro appartenenza sessuale.

Da questa prospettiva, l'individuazione del contatto fra uomini e donne come non "appropriato" da parte di alcune pratiche culturali e religiose farà sì che la parità consista nell'esigere l'accesso a un bene o a un servizio equivalente, piuttosto che uniforme, non potendosi imporre che il bene o il servizio sia reso, in via esclusiva, ad un sesso, in termini perfettamente identici a quanto reso all'altro.

Punto di partenza consiste nell'interrogarsi su quale sia il livello della domanda per un servizio o un bene che venga offerto in termini differenziati a donne e uomini e in che maniera sia possibile rispondervi adeguatamente.

⁵⁰³ Il caso di parcheggi riservati alle donne, richiamato in chiave di ammissibilità, si ritiene particolarmente utile a chiarire l'importanza di valutare la finalità che si persegue, attraverso l'offerta differenziata sulla base del sesso. Non potrebbe, infatti, essere ugualmente valutata la creazione di "parcheggi rosa", al fine di ridurre il rischio di aggressioni o per incentivare lo shopping e le donne, in quanto "meno capaci degli uomini alla guida", dovendosi propendere, soltanto nel primo caso, per l'ammissibilità. Infatti, mentre la prima ipotesi è indubbiamente funzionale ad uno scopo socialmente utile, la seconda tende ad assecondare gli stereotipi legati al genere.

In secondo luogo, andrebbero indagate le ragioni per le quali tali beni e servizi sono richiesti più da un sesso che da un altro, facendo eccezione i casi in cui alcuni beni o servizi sono esclusivamente destinati a donne o uomini, in quanto connessi al fattore biologico.

2.3. Il senso del pudore

In relazione alle attività che implicino una nudità in pubblico (ad esempio, la sauna), non può certamente condividersi l'idea di una violazione alla parità fra uomini e donne se il servizio venga offerto in un contesto di separazione fra uomini e donne, benché ciò possa determinare una disparità nell'accesso ad un servizio.

In questa ipotesi infatti, la previsione di servizi riservati ad un solo sesso può essere necessaria per evitare il rischio di molestie sessuali o più semplicemente che alcune attività siano precluse a causa del proprio senso del pudore o di "regole" culturali o religiose⁵⁰⁴.

Sotto il profilo della proporzionalità, non appare condivisibile negare la legittimità di strutture riservate a persone di un solo sesso, senza interrogarsi sul loro ruolo e finalità, sul carattere eventuale delle stesse, sulle conseguenze di una limitazione nei termini di mancata partecipazione di alcune donne a determinate attività.

Strutture separate sulla base del sesso possono essere l'occasione di creare delle reti destinate a sostenere le donne nel praticare attività a forte predominanza maschile o a consentire alcune attività anche a chi difficilmente le potrebbe praticare in un contesto differente da quello di segregazione fra i sessi e che, perciò, rischierebbe l'esclusione (anche sociale) e l'emarginazione all'interno del proprio gruppo culturale e/o religioso.

Allo stesso modo va inteso l'obiettivo di tutela per ragioni di sicurezza personale⁵⁰⁵, in contesti particolarmente esposti al rischio di molestie e violenze sessuali, ricordando come sono le donne ad essere le vittime principali delle aggressioni poste in essere dagli uomini, mentre rarissimi sono i casi contrari.

2.4. Segregazione sociale: le associazioni riservate ad un solo sesso

La questione delle associazioni riservate a individui di un solo sesso, con la quale la giurisprudenza degli Stati membri si è dovuta confrontare, va affrontata tenendo a mente che è lo scopo a tracciare il discrimine fra una differenziazione legittima e una discriminazione vietata dalla Direttiva.

Va preliminarmente distinto il caso in cui ad essere esclusi siano gli uomini, in quanto ciò potrebbe essere finalizzato a due obiettivi, entrambi giustificabili alla luce delle considerazioni sopra proposte.

In primis, un'associazione riservata alle donne può rappresentare il tentativo di sottrarsi a uno spazio sociale a predominanza maschile, come al rischio di subire molestie sessuali o altre forme di violenza sessuale.

⁵⁰⁴ Si segnala che nei *report*, questa opzione viene ricondotta tra le azioni positive consentite ex art. 6 della direttiva, piuttosto che essere inquadrata tra le discriminazioni, sebbene l'istituto delle azioni positive e delle eccezioni in virtù del perseguimento di finalità legittime siano due istituti profondamente differenti.

⁵⁰⁵ Ad esempio, nei casi di servizi taxi e parcheggi per sole donne.

In secondo luogo, essa può rappresentare un efficace contrappeso al prevalente potere sociale maschile nella società, nei termini di creazione di reti “al femminile”, soprattutto in alcuni ambienti (culturali, imprenditoriali, universitari).

Diversamente deve concludersi qualora l'esclusione di un sesso, e in particolare di quello femminile, si configuri quale perimetrazione di una sorta di “riserva di caccia”, tale da consentire agli uomini il mantenimento di alcuni disequilibri, in termini di potere, proprio attraverso l'inclusione in queste reti.

Ad esempio, il caso dell'esclusione delle donne da un prestigioso golf club che consente numerose opportunità di *résautage* per liberi professionisti e uomini d'affari, difficilmente potrebbe essere fatta rientrare tra le finalità legittime perseguite con mezzi opportuni e necessari, consentite dalla Direttiva, sebbene la giurisprudenza si sia espressa per l'ammissibilità⁵⁰⁶.

2.5. Tariffe differenziate

È interessante la questione delle tariffe applicate differentemente, a seconda che il servizio o il bene venga offerto agli uomini o alle donne.

Se ciò derivi da una generalizzazione o da prassi, senza una reale rispondenza nella diversità del bene o del servizio offerto, si deve senz'altro propendere per la non ammissibilità⁵⁰⁷.

In senso contrario si dovrebbe concludere se la determinazione di una tariffa differenziata o di servizi agevolati sia finalizzata ad incoraggiare la partecipazione degli individui di un sesso, in attività che appaiono fortemente connotate sulla base del genere.

In questo caso, occorre nuovamente fare riferimento alla motivazione che è alla base della differenza nei prezzi: nel “classico” esempio dell'accesso alle discoteche o a locali notturni, la contrarietà, ai sensi della Direttiva, sembra emergere in quanto il differente prezzo sottintende, e allo stesso tempo contribuisce a determinare, una reificazione delle donne (e del loro corpo), considerandole alla stregua di “esche”, di prede, per attirare coloro che sono considerati i veri clienti, ovvero gli uomini.

Ancora una volta, è la finalità a determinare l'inquadramento di una differenza fra le discriminazioni vietate ovvero fra le ipotesi finalizzate al perseguimento di legittime finalità. Nel caso delle discoteche, infatti, la volontà non è di attirare le donne, per attirare le donne stesse, essendo al contrario il vero destinatario dell'offerta l'uomo, pronto a spendere per “fruire” delle donne; ciò che va sottolineato, e che contribuisce in maniera determinante nel negare l'ammissibilità di queste distinzioni nei prezzi, è che l'offerta è strutturata utilizzando come “arma”, il sesso, e come “merce”, il corpo della donna.

Simile opzione va tenuta distinta dai casi nei quali, ad esempio, si fissino prezzi più bassi per le donne nelle attività che, di norma, coinvolgono prevalentemente uomini (classico è il caso dell'accesso allo stadio) o viceversa (così nel caso di corsi più di puericultura più economici per gli uomini); posto che la finalità è di

⁵⁰⁶ Cfr. nota 484 del presente lavoro.

⁵⁰⁷ Cfr Report su *Sex segregated Services* che fa riferimento ai diversi prezzi praticati nelle parrucchiere, non basati su altri elementi utilizzabili per fissare il prezzo, come la lunghezza dei capelli, servizi supplementari, lo sforzo che richiede il trattamento richiesto.

scardinare una segregazione su base sessuale, queste distinzioni sono, tendenzialmente, da ritenersi ammissibili.

Concludendo, la distinzione di prezzi e tariffe fondata sul sesso andrebbe ritenuta non ammissibile qualora perpetui l'immagine della donna-preda, che sembrerebbe contribuire alla diffusione delle molestie e delle violenze sessuali; al contrario essa andrebbe inquadrata nell'ottica del perseguimento delle finalità legittime, quindi ammissibili, se contribuisca alla partecipazione delle donne in attività a predominanza maschile e allo scardinamento o all'ammorbidente dei ruoli di genere.

Come visto, il problema posto dalla demarcazione di un confine certo fra le differenziazioni ammissibili e quelle che determinano una discriminazione è stato risolto in via interpretativa, analizzando il caso concreto.

È interessante tuttavia interrogarsi circa una diversa opzione percorribile a livello legislativo, ovvero se sia possibile fornire una elencazione delle finalità che vanno inquadrare nell'una o nell'altra ipotesi, ponendosi in seconda battuta, il problema del tipo di dichiarazione che viene resa, se sia esemplificativa ovvero esclusiva e tassativa⁵⁰⁸.

3. Il divieto di discriminazione nei rapporti tra privati

Il divieto di discriminazione nell'ambito dei rapporti fra privati pone una limitazione all'autonomia del singolo nella scelta della controparte contrattuale, chiamando in causa il tema del potenziale conflitto fra uguaglianza e autonomia privata, che la dottrina tradizionale ha risolto nei termini di una irrisolvibile inconciliabilità⁵⁰⁹. In senso contrario, alcuni autori hanno sostenuto che, distanziandosi da una lettura meramente formale di questo principio e prediligendo piuttosto un approccio sostanziale, il principio di non discriminazione dovrebbe essere senza esitazioni incluso fra i principi generali del diritto contrattuale, applicandosi *tout court* anche in ambito mercantile⁵¹⁰.

Per fornire un inquadramento delle analoghe istanze negli altri atti antidiscriminatori che interessavano i rapporti fra privati, va ricordato che la necessità di riaffermare la pienezza dell'autonomia contrattuale non era stata contemplata dalla Direttiva "Razza", la quale vantava un ambito di operatività ben più ampio: questo aspetto sembra segnalare la diversa sensibilità del legislatore comunitario sulle questioni inerenti l'accesso diseguale a beni e servizi, che non riguardano allo stesso modo tutte le tipologie di soggetti a

⁵⁰⁸ Si tratta di una scelta percorsa ad esempio dal legislatore belga che ha previsto un *arrête* deliberato dal Re in Consiglio dei ministri, a seguito di una consultazione con l'organismo di tutela dalle discriminazioni fra uomini e donne, per determinare, in senso restrittivo, i beni e i servizi che possono essere considerati come esclusivamente o principalmente destinati a persone di un solo sesso. Tuttavia questa deliberazione non è ancora intervenuta (Cfr. Report su *Sex-segregated Services*, 22).

⁵⁰⁹ Contra D. MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, cit.

⁵¹⁰ D. SCHIEK, *Freedom of Contract and a Non-Discrimination Principle – Irreconcilable Antonyms?*, in *Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives*, (eds T. Loenen, P. R. Rodrigues), Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 1999, 77; S. BAER, *"The End of Private Autonomy" or Rights-Based Legislation? The Anti-Discrimination Law Debate in Germany*, cit., 323-333.

rischio di discriminazione, riconoscendo che soltanto per alcune di queste (al momento la razza e l'origine etnica e, a breve, gli altri fattori, eccetto il genere⁵¹¹) vale la pena di mettere in discussione l'autonomia contrattuale.

La questione dell'antinomia fra autonomia negoziale e non discriminazione, peraltro, non rappresenta una novità introdotta dal diritto antidiscriminatorio di matrice comunitaria, essendo risalente e consolidata, quanto meno nell'ambito giuslavoristico, che pure tratta di rapporti intersoggettivi.

Sarebbe allora interessante indagare l'interrogativo circa le ragioni di una differente applicazione del divieto, che non appare giustificata dalla diversità di ambiti. In primo luogo, in alcuni casi, vi è comunque una sproporzione fra le parti contrattuali, analogamente a quanto presente in ambito giuslavoristico. Inoltre, l'opportunità di ricondurre entrambi i casi nell'alveo della tutela della dignità non sembra consentire distinzioni nella tutela, ma viceversa suggerisce di riconoscere un parallelismo.

La dottrina si è interrogata sull'applicabilità, anche nei rapporti fra privati, del principio di non discriminazione secondo il canone della ragionevolezza, analogamente a come esso opera, informando l'attività del legislatore.

Posto che «la discriminazione viene identificata con una differenza di trattamento normativo che presenta caratteri di arbitrarietà e irragionevolezza»⁵¹², fondare la nozione di discriminazione nei rapporti fra privati sulla irragionevolezza e arbitrarietà della scelta compiuta potrebbe essere ingannevole, essendo talvolta la distinzione basata non sull'arbitrarietà, ma piuttosto sulla convenienza⁵¹³.

Uno snodo problematico riguarda la constatazione di come il rispetto di valori costituzionali, tra cui la parità di trattamento e la dignità dell'uomo, non possono essere utilizzati come parametro dell'agire del privato, potendosene egli distanziare. La fonte di legittimazione del divieto di discriminazione in ambito privato andrebbe piuttosto rinvenuta nella legge che iscrive la parità di trattamento tra i valori ispiranti anche l'operato del privato⁵¹⁴.

Il divieto di discriminazione tra privati può, così, tradursi in un obbligo di irrilevanza dei *ground* tutelati, nel processo decisionale del soggetto agente.

Ancorare il fondamento della discriminazione nei rapporti tra privati alla irragionevolezza della scelta appare scivoloso, rimanendo non dimostrabile che una distinzione basata su una caratteristica personale sia, secondo i paradigmi valoriali del soggetto privato, necessariamente irrazionale.

⁵¹¹ La previsione di una tutela dell'autonomia contrattuale, infatti, non è stata inserita nella proposta di direttiva "Altri fattori-*bis*", ma collocata soltanto in sede di *considerando* laddove si legge che «ogni persona gode della libertà contrattuale, inclusa la libertà di scegliere un contraente per una transazione» e che la direttiva «non è applicabile alle operazioni economiche tra individui per i quali tali operazioni non costituiscono un'attività commerciale o professionale» (Considerando 16). Ma si veda pure il considerando 17: «Oltre a vietare la discriminazione, è importante che al tempo stesso vengano rispettati gli altri diritti e libertà fondamentali, tra cui la tutela della vita privata e familiare e delle transazioni effettuate in questo ambito, nonché la libertà di religione e di associazione».

⁵¹² D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto*, cit., 39 ss.

⁵¹³ D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto*, cit., 52-53, che parla di modello statistico di discriminazione.

⁵¹⁴ D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto*, cit., 53-54

Se invece sia la legge, quindi un atto esterno, ad imporre al privato una scala assiologica differente, così che l'esercizio del potere sia conformato a un modello di razionalità, che include il rispetto della libertà e della dignità delle persone e la lotta a fenomeni specifici di discriminazione sociale, la dimostrazione dell'irrazionalità di una scelta del privato apparirebbe maggiormente percorribile e il divieto di discriminazione potrebbe dispiegare i propri effetti anche nei rapporti interpersonali⁵¹⁵.

4. Quale “direzione” per il diritto antidiscriminatorio di nuova generazione?

Questo lavoro ambisce a porsi, allo stesso tempo, come punto di arrivo della presente ricerca e come avvio di successive indagini.

Un primo approdo è rappresentato dall'ipotesi sulla futura direzione evolutiva del diritto antidiscriminatorio di nuova generazione.

Il principio di non discriminazione, nato, nel contesto europeo, come parità retributiva fra lavoratori di sesso maschile e lavoratrici di sesso femminile per uno stesso lavoro, con obiettivi esclusivamente economici, ha subito una profonda trasformazione, acquisendo un valore sociale di tutela della dignità dell'individuo a prescindere dalle proprie caratteristiche personali.

Le direttive antidiscriminatorie, approvate sulla base dell'art. 13 TCE, hanno determinato un ampliamento della tutela contro le discriminazioni e l'espansione del diritto antidiscriminatorio, al di fuori di quello che era stato l'ambito tradizionale ovvero la parità di genere nella materia giuslavoristica.

La questione relativa alla tendenza generale del diritto antidiscriminatorio europeo verso una ricomposizione dei singoli divieti o al contrario verso una frammentazione trova risposta nella scelta del legislatore comunitario di introdurre diversi strumenti normativi, sulla base dei differenti fattori di rischio: ciò induce a concludere come l'opzione sembri essere quella di una tripartizione del diritto antidiscriminatorio, sui binari di “razza” (Direttiva “Razza”), sesso/genere (Direttive “Occupazione”, “Servizi”, “Rifusione”) e altri fattori, ovvero religione o convinzioni personali, disabilità, età, orientamento sessuale (Direttive “Altri fattori” e “Altri fattori-bis”).

Piuttosto che di una singola “direzione” percorsa dal diritto antidiscriminatorio, sembra pertanto più corretto parlare di “direzioni” evolutive, sia pure nell'ambito di un nucleo “duro” di concetti e nozioni che si ripetono in maniera analoga e costante in tutti gli atti di diritto antidiscriminatorio (così come negli atti di

⁵¹⁵ D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto*, cit., 56: «La circostanza che la discriminazione indiretta rifletta l'adesione a un modello di giustizia redistributiva e che ciò implichi una particolare tensione rispetto alla libertà di autonomia negoziale si riverbera sulla nozione stessa di discriminazione indiretta. Quest'ultima, infatti, riconosce che le scelte compiute dall'imprenditore possano essere giustificate in nome di specifiche esigenze di carattere economico aziendale anche allorché tali scelte determinino conseguenze *prima facie* discriminatorie. Ciò testimonia – da un lato, che ad essere in gioco è un obiettivo di giustizia distributiva e non tanto la lesione di un bene della vita – infatti, la discriminazione diretta non conosce giustificazioni, ma al più deroghe assai circoscritte – e, dall'altro, che un temperamento con altri interessi della società, quale appunto quello della libertà negoziale, è necessario». (p. 66)

recepimento nazionale), e dei quali è utile ripercorrere brevemente le linee essenziali.

5. Le nozioni e i concetti del nuovo diritto antidiscriminatorio

Una delle caratteristiche del diritto antidiscriminatorio di seconda generazione è l'aver coniato nozioni e concetti che si ripetono in maniera costante nei diversi atti.

5.1. Discriminazione diretta

Il divieto di discriminazione diretta è l'unica fattispecie presente nell'art. 119 TCE, che imponeva la parità di trattamento fra lavoratori di sesso maschile e lavoratrici di sesso femminile per uno stesso lavoro.

Riconosciuta dalla Direttiva 76/207 e successivamente "plasmata" ed estesa dalla giurisprudenza comunitaria, riguarda la situazione in cui una persona, a causa di uno dei fattori di discriminazione coperti dalle direttive antidiscriminatorie e negli ambiti da queste regolati, è trattata meno favorevolmente di quanto un'altra persona sia, sia stata o sarebbe trattata, in una situazione analoga.

La differenza di trattamento deve essere immediatamente riconducibile, secondo un nesso di natura causale, al possesso, da parte della vittima della discriminazione, di alcune qualità soggettive, previste e tutelate dal legislatore, senza che necessariamente la discriminazione sia manifesta.

La "forza" della nozione di discriminazione diretta si estende fino a comprendere comportamenti passati ("sia stata") e anche ipotetici; non necessariamente deve verificarsi un comportamento concreto ed attuale, potendo ammettersi la discriminazione anche in presenza di un trattamento sfavorevole meramente ipotetico. Ammettere la comparazione della vittima della discriminazione rispetto a come un'altra persona «*sarebbe stata*» trattata, significa, infatti, prescindere dalla concretezza che il trattamento più favorevole, nei confronti di un soggetto che incarna la "normalità" (cioè non è portatore delle caratteristiche personali che determinano la discriminazione), si sia effettivamente verificato.

La discriminazione diretta non ammette eccezioni o deroghe, benché nella Direttiva "Servizi" sia stata introdotta, per la prima volta, una incisione a questo principio, riconoscendo che i fattori attuariali variabili in base al sesso, possono *direttamente* determinare differenze di trattamento.

5.2. Discriminazione indiretta

La nozione di discriminazione indiretta, assente nell'art. 119 (ri-numerato in 141 TCE e ora 157 TFUE) e nella Direttiva 75/117, compare con la Direttiva 76/207 (art. 2, che genericamente la vieta).

La discriminazione indiretta, che rappresenta una sorta di "ponte" fra la discriminazione diretta e il trattamento preferenziale, è una nozione di matrice giurisprudenziale.

Con la direttiva in materia di onere della prova, questa nozione viene riformulata (art. 2, co. 2 dir. 97/80), percorrendo i binari tracciati dalla giurisprudenza comunitaria: «sussiste discriminazione indiretta quando una posizione, un

criterio o una prassi apparentemente neutri colpiscono una quota nettamente più elevata di 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».

Nelle direttive di seconda generazione, la discriminazione indiretta viene identificata con la situazione in cui una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in una situazione di particolare svantaggio le persone con le caratteristiche soggettive protette, rispetto ad altre persone, a meno che la disposizione, il criterio o la prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari⁵¹⁶.

La nozione di discriminazione indiretta porta con sé la doverosa analisi degli effetti dei trattamenti differenziati e delle diverse realtà sociali, in quanto solo attraverso l'osservazione di questi è possibile individuare quando un trattamento differenziato si traduca in una discriminazione.

La discriminazione indiretta ammette un ampio spettro di giustificazioni, eccezioni, limitazioni.

5.3. Molestie e Molestie sessuali

A partire dalle *Article 13-Directives* anche le molestie e (dalla Direttiva "Occupazione") le molestie sessuali sono equiparate alle discriminazioni e quindi vietate. Peraltro nessuna di queste fattispecie patisce eccezioni o limitazioni, né può essere giustificata.

Le molestie si concretizzano in un comportamento indesiderato, connesso ad uno dei fattori di rischio tutelati, che abbia lo scopo o l'effetto di violare la dignità della vittima e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante o offensivo.

Le molestie sessuali (presenti nelle sole direttive di genere) si differenziano per il concretizzarsi in un comportamento indesiderato a connotazione sessuale, che può essere espresso in forma verbale, non verbale o fisica, e che ha lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona, in particolare attraverso la creazione di un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante o offensivo.

La differenza fra le molestie e le molestie sessuali, passa attraverso la connotazione sessuale del comportamento posto in essere. Sebbene si tratti di una distinzione apparentemente sfumata e di difficile individuazione, in termini pratici, questo non ha alcuna conseguenza: essendo entrambe le fattispecie parificate alle discriminazioni e quindi vietate, non rileva, infatti, in quale delle due vada inquadrato il comportamento.

Le nozioni di molestia e di molestia sessuale, come quella di discriminazione indiretta, conducono a sottolineare la progressiva astrazione dal giudizio di comparazione, potendo il soggetto della comparazione essere reale o ipotetico.

Secondo parte della dottrina, le molestie orientano la discriminazione nei termini di una lesione della dignità dell'individuo⁵¹⁷, come diritto fondamentale della

⁵¹⁶ C. TOBLER, *Indirect Discrimination*, Intersentia, Antwerpen, Oxford, 2005.

⁵¹⁷ M. BARBERA, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità*, cit.

persona umana, sebbene questa ricostruzione non sia univoca, affiancandosi ad essa la ricostruzione come violazione dell'uguaglianza⁵¹⁸.

Questa duplicità di prospettive ha origine dall'evoluzione della parallela concettualizzazione delle molestie sessuali negli Stati Uniti e negli Stati europei, la prima approdata all'inquadramento nei termini di uguaglianza, la seconda che ha percorso una ricostruzione delle molestie sessuali come violazione della dignità, di un diritto fondamentale degli uomini e delle donne inciso da queste condotte, con la potenziale inclusione, fra le vittime, anche degli uomini⁵¹⁹.

In un primo tempo, a livello comunitario, la richiesta proveniente dai gruppi di pressione femministi per una qualificazione delle molestie sessuali come discriminazioni, così da avere una nozione *gender specific*, specificamente connotata dal genere, non avevano trovato risposta, essendo stata preferita una definizione nei termini di violazione della dignità.

Negli Stati Uniti, parte della dottrina propendeva per l'adozione di un modello europeo delle molestie sessuali, mentre la dottrina femminista⁵²⁰ si oppose con fermezza, posto che intendere le molestie sessuali come violazione di un diritto umano e come crimine (*under tort law*) avrebbe finito con l'individualizzazione del problema.

Per queste ragioni, parte della dottrina femminista europea⁵²¹ ha percorso l'interrogativo circa la concettualizzazione delle molestie sessuali sul luogo di lavoro, giungendo ad una soluzione interessante.

L'uguaglianza, come diritto a non essere discriminati, è stato interpretato come garanzia costituzionale di pari libertà per tutti, per cui la dignità sarebbe una interpretazione dell'uguaglianza, come diritto asimmetrico, in funzione antisubordinazione.

Recentemente, la versione forte, asimmetrica e sostanziale dell'uguaglianza, nota come antisubordinazione, antigierarchia o semplicemente come l'ineguale interpretazione del diritto all'uguaglianza, è stata fortemente criticata, in primo luogo, richiamando la funzione del diritto di preservare lo *status quo* e non di porsi come elemento di avvio di un cambiamento.

Un'altra critica all'approccio in termini di uguaglianza è articolata a partire da uno studio comparativo delle leggi di contrasto alle molestie sessuali, in particolare sul luogo di lavoro, in cui il riferimento alla dignità appare più ampio rispetto a quello basato sull'uguaglianza.

I punti deboli di questa ricostruzione appaiono la minore chiarezza e specificità dei confini delle molestie sessuali, una prospettiva *gender blind* e una

⁵¹⁸ Questo paragrafo è stato redatto sulla base degli spunti offerti dalla lettura di K. ZIPPEL, *The politics of sexual harassment: A Comparative Study of the United States, the European Union, and Germany*, cit. e S. BAER, *Dignity or Equality? Responses to Workplace Harassment in European, German and US Law*, in MacKinnon, Catharine A./Siegel, Reva (eds.), *Directions in Sexual Harassment Law*, New Haven 2003.

⁵¹⁹ Cfr. K. ZIPPEL, *The politics of sexual harassment: A Comparative Study of the United States, the European Union, and Germany*, cit., 110 ss. che richiama il riferimento alla dignità negli accordi collettivi e nelle legislazioni dei paesi membri.

⁵²⁰ Tra cui MacKinnon.

⁵²¹ S. BAER, *Dignity or Equality? Responses to Workplace Harassment in European, German and US Law*, cit., 588, che ne ricostruisce le cause storiche.

sostanziale ineffettività delle disposizioni, che sembrano derivare da un approccio in termini di dignità.

A parere di alcuni, connotare in termini “più ampi” significa determinare una perdita di specificità nella tutela delle donne, posto che le molestie sessuali sono vietate dalla legge a prescindere dal sesso della vittima⁵²².

L’attenzione va spostata sulla inadeguatezza nel contrasto alle discriminazioni di un approccio alle molestie sessuali come violazione del diritto alla dignità⁵²³.

Portando con sé gli elementi della *gender neutrality*, individualità, *free will*, queste legislazioni tendono a nascondere la realtà delle gerarchie di genere; il riferimento all’individualità tende a offuscare i privilegi connessi all’appartenere al genere maschile, come gruppo definito dal genere; la *free will* è stata riconosciuta come una “finzione legale”, che spesso, ad esempio nel mercato del lavoro, legittima lo sfruttamento.

Appare, quindi, come le leggi basate su uno schema dell’individuo non riescono a cogliere la complessità della realtà sociale, dovendosi affiancare a una visione relativa al gruppo oggetto della discriminazione.

La violazione della dignità, intesa come violazione di un diritto individuale, si attua con la degradazione della vittima e finisce con l’attribuire rilievo all’intento di chi la commetta. Diversamente un approccio nei termini di uguaglianza, non consentirebbe di riconoscere rilievo all’elemento soggettivo dell’autore della discriminazione, sembrando, questo aspetto, assumere un’importanza peculiare, in quanto spesso le discriminazioni sessuali appaiono agli autori “normali” e sono perpetrate sistematicamente.

Il riferimento alla connotazione sessuale delle molestie, potrebbe creare un problema di percezione individuale delle stesse, non sempre coinvolgendo il genere della vittima ma piuttosto chiamando in causa le gerarchie di genere. Le definizioni comunitarie sembrano enfatizzare non soltanto la sessualità ma anche i comportamenti a connotazione sessuale, coinvolgendo la morale, necessariamente individuale, e la dignità⁵²⁴.

L’approccio basato sulla dignità trova un limite in quanto tende a individualizzare il comportamento, privilegiando la prospettiva dell’autore della molestia e concettualizza l’essere umano come soggetto autonomo, senza considerazione delle gerarchie sociali e della funzione della sessualità nelle discriminazioni di genere.

Al contrario, una lettura sistematicamente incentrata sull’uguaglianza riconoscerebbe la discriminazione per come agisce nel contesto sociale, accettando la sessualizzazione in quanto mezzo della discriminazione basata sul sesso, e usando parametri e obiettivi della vittima, piuttosto che dell’autore della molestia.

La concettualizzazione dell’uguaglianza stessa come un diritto sostanziale contro la gerarchia rappresenta uno snodo fondamentale, senza che ciò porti a

⁵²² Cfr. S. BAER, *Dignity or Equality? Responses to Workplace Harassment in European, German and US Law*, cit., che ripercorre le posizioni di Cornell e McKinnon.

⁵²³ Più ampiamente S. BAER, *Dignity or Equality? Responses to Workplace Harassment in European, German and US Law*, cit., 586.

⁵²⁴ S. BAER, *Dignity or Equality? Responses to Workplace Harassment in European, German and US Law*, cit., 592.

discostarsi dalla dignità, che viene recuperata nelle interrelazioni con l'uguaglianza, non emergendo ostacoli a questa interpretazione: l'uguaglianza si pone come un diritto asimmetrico e sostanziale, di contrasto alle gerarchie sessuali, mentre la dignità rappresenta il punto di riferimento, che garantisce uguale rispetto, non soltanto per le donne ma per tutti gli individui.

Questo approccio richiede al diritto di riconoscere l'essere umano come soggetto socialmente collocato; richiede una risposta alla tensione fra l'attribuzione di un'autonomia (che può derivare dal diritto alla dignità individuale di ogni essere umano) e le disparità sociali, introdotte in attuazione del principio di uguaglianza.

Al contrario, l'uso della dignità come violazione di un diritto di entrambi i sessi finirebbe con il decontestualizzare le molestie sessuali, traducendole come una questione di diritti umani, piuttosto che riconoscerne la natura di "*gendered issue of workplace structure*".

A fronte di questo dibattito dottrinale, si è registrato un profondo cambiamento nei documenti comunitari, già a partire dagli anni '80, in cui il richiamo alla dignità, è stato rimodulato nei termini di dignità delle donne, senza tuttavia una riconduzione diretta delle molestie sessuali all'uguaglianza di genere.

Il mutamento di prospettiva del diritto comunitario, con un contestuale avvicinamento al "modello statunitense", si è avuto a partire dall'anno 2000, con l'approvazione delle Direttive "Razza" e "Altri fattori" che hanno inquadrato le molestie come discriminazione e della Direttiva "Occupazione", in cui seppure le molestie sessuali sono indicate come violazione della dignità, emerge chiaramente la connotazione di genere. Le disposizioni, infatti, proibiscono le molestie di genere sia sessuali, sia non sessuali, qualificandole come una discriminazione, e introducono una nozione che traccia una connessione fra le molestie sessuali e la disuguaglianza di genere.

5.4. Ordine di discriminare

L'ordine di discriminare, previsto a partire dalla Direttiva "Razza", rappresenta una delle modalità attraverso cui può atteggiarsi la discriminazione. Questa previsione consente di considerare autore della discriminazione anche chi emetta l'ordine di discriminare, pure se non ne sia il materiale esecutore.

L'ordine di discriminare (così nelle Direttive "Razza", "Altri fattori", "Beni e Servizi", "Rifusione") diviene "istruzione" di discriminare nella proposta di Direttiva "Altri fattori-bis", sfumatura peraltro non presente nelle altre versioni degli atti⁵²⁵.

La diversa formulazione potrebbe non avere un reale significato ovvero essere un'opzione legislativa che mira a richiedere una maggiore specificità rispetto al generico "ordine". Al contrario, al termine "istruzione" potrebbe anche essere assegnata una portata più ampia e generale, e più adatta alle direttive nei rapporti fra privati, mentre "ordine" pare più idoneo ad un contesto

⁵²⁵ Da segnalare che l'istruzione di discriminare (art. 2, co. 4, COM(0426)2008) nella versione inglese è riportata come *instruction to discriminate*, nella versione francese diviene *Tout comportement consistant à enjoindre à quiconque de pratiquer une discrimination*, nella versione tedesca *Die Anweisung zur Diskriminierung*, senza variazioni rispetto all'ordine di discriminare della Direttiva "Servizi".

caratterizzato da un potere di comando in senso proprio, quindi all'ambito giuslavoristico. Questa diversità non pare tuttavia giustificata sulla base degli ambiti oggettivi di applicazione, essendo il termine "ordine" utilizzato sia nelle direttive in ambito giuslavoristico ("Razza" e "Rifusione"), sia al di fuori ("Razza" e "Beni e Servizi").

5.5. Azioni positive

Le azioni positive, strumento preferenziale, temporaneo, di origini statunitensi (*affirmative actions*) mirano al raggiungimento di una parità effettiva fra i sessi (o dei gruppi minoritari) e possono essere definite come misure di "diritto diseguale", ammissibili nel rispetto dei principi di flessibilità (che conduce al divieto di quote automatiche), temporaneità (ammissibili fino a quando la parità non è raggiunta), proporzionalità (va preferito lo strumento meno invasivo), sussidiarietà (le azioni positive agiscono come *extrema ratio*, quando tutto il resto si è rivelato inefficace)⁵²⁶.

L'evoluzione delle azioni positive può essere ricostruita in quattro fasi temporali, la prima delle quali, sulla base giuridica del co. 4, art. 2, Direttiva 76/207 che le introduce come "eccezioni" alla regola della parità di trattamento, vede l'esclusivo riferimento all'ambito giuslavoristico e alle donne, come destinatarie. Con il Trattato di Amsterdam (art. 141, co. 4 TCE) e l'evoluzione della giurisprudenza comunitaria⁵²⁷, la tendenza è verso una neutralizzazione dei destinatari (il riferimento è, infatti, a uomini e donne), operandosi un riferimento al sesso sottorappresentato.

A partire dal 2000, l'espansione del diritto antidiscriminatorio al di fuori della dimensione giuslavoristica e per discriminazioni basate su caratteristiche personali diverse dal sesso, vede la costante previsione di azioni positive.

Le direttive non forniscono una nozione di azione positiva, affermando tuttavia che, allo scopo di assicurare nella pratica la piena parità (tra uomini e donne, ma anche tra individui appartenenti a gruppi minoritari e individui che incarnano la "normalità"), agli Stati membri è riconosciuta la facoltà di mantenere o adottare azioni positive, volte ad evitare o compensare svantaggi negli ambiti di disciplina.

Così come la discriminazione indiretta, anche le azioni positive necessitano di una osservazione della realtà sociale, per sua essenza mutevole, richiedendo di perseguire la reale parità.

Le misure che possono essere ricondotte sotto la nozione di azioni positive ammesse dalle direttive, devono avere l'obiettivo di eliminare o contrastare gli effetti negativi cui i soggetti a rischio di discriminazione vanno incontro, a causa

⁵²⁶ Tra la vasta letteratura in materia cfr. A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale*, cit.; M. CAIELLI, *Le azioni positive nel costituzionalismo contemporaneo*, Jovene, Napoli, 2008; O. POLLICINO, *Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario*, cit.; M. V. BALLESTRERO, *Le azioni positive fra eguaglianza e diritto diseguale*, in *Nuove Leggi Civili e Commentate*, 1994, p. 11; S. SCARPONI e E. STENICO, *Le azioni positive: le disposizioni comunitarie, le luci e le ombre della legislazione italiana*, in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, (a cura di M. Barbera), Milano, Giuffrè, 2007, 423 ss.

⁵²⁷ Cfr. i casi C-450/93, *Kalanke c/Freie Hansestadt Bremen*; C-409/95, *Hellmut Marschall c. Land Nordrhein-Westfalia*; C-158/97, *Badeck*; C-407/98, *Abrahamsson*; causa 43/75, *Defrenne*, che hanno contribuito a definire i confini della legittimità delle azioni positive.

di pregiudizi, comportamenti o strutture basate su immagini stereotipate, ad esempio, nel caso del genere, fondate sulla tradizionale divisione dei ruoli fra uomini e donne nella società.

5.6. Organismi di tutela

Come visto, le Direttive “Razza”, “Beni e servizi” e “Rifusione” prevedono la creazione o l’individuazione di organismi di tutela nazionali cui sono assegnate funzioni di assistenza, formazione, tutela, promozione.

Nessun organismo di tutela è invece previsto nella Direttiva “Altri fattori”, sembrando volersi marcare una distinzione nella disciplina, fra i *ground* razza e genere e i fattori età, disabilità, religione e convinzioni personali, orientamento sessuale.

Ad ogni modo, la distinzione fra i vari *ground* sembra presupporre anche il riconoscimento delle specificità nel contrasto alle discriminazioni sulla base del fattore considerato⁵²⁸.

In occasione della Direttiva “Rifusione” è stato introdotto un nuovo organismo di livello comunitario e dunque unico per tutti gli Stati membri, l’Istituto europeo sul genere, sembrando volersi attribuire al genere, una specificità ulteriore.

6. La «gerarchia» dei fattori di rischio da discriminazione

In diversi punti del lavoro di ricerca è stata evocata la “gerarchia” dei fattori di rischio, affermata dalla dottrina, sulla base della diversa tutela, che risultava forte e consolidata per il sesso e debole e frastagliata per gli altri fattori⁵²⁹. Un filone di riflessione da indagare è se e in che modo questa sia stata modificata dalla Direttiva 2004/113 e dalle Direttive antidiscriminatorie di seconda generazione.

Secondo la dottrina, gli interventi normativi comunitari introdotti a partire dall’anno 2000, avrebbero contribuito a decostruire una gerarchia data per immutabile, antepoendo il fattore razza e origine etnica, al genere e agli altri fattori⁵³⁰, tra i quali comunque è emersa una sorta di “gerarchia interna”, derivata dalla disparità nella tutela dei diversi fattori di rischio⁵³¹.

⁵²⁸ F. GUARIELLO, *Il ruolo delle istituzioni e della società civile*, in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, (a cura di M. Barbera), Milano, Giuffrè, 2007, 475.

⁵²⁹ M. BELL, *Anti-discrimination law and the European Union*, cit., 32, che richiama Hegarty e Keown. Cfr. ancora 42, che riprendendo le parole di Wedderburn richiama il diritto sull’uguaglianza di genere come una “cittadella separata” nella fortezza del diritto comunitario. L’autore ricorda come in generale in materia di diritti sociali, a settori in cui si è assistito ad un veloce raggiungimento di standard minimi di tutela, se ne sono affiancati altri in cui il superamento delle barriere discriminatorie sta faticando ad imporsi. Il diritto antidiscriminatorio incarna appieno questa ambivalenza, contemplando la contemporanea presenza accanto ad un corpus normativo oramai consolidato in materia di genere e nazionalità, un percorso relativamente recente e (allora) limitato per gli altri *ground* di discriminazione. Cfr. D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto*, cit., 250.

⁵³⁰ M. SARGEANT, *The Law on Age Discrimination in the EU*, Kluwer Law International, Zuidpooslingel, 2008, 13, 18.

⁵³¹ *Special Eurobarometer, Discrimination in the European Union Summary*, OPEEC, 2007 secondo cui il fanalino di coda sarebbe l’età. In realtà a livello di Stati membri alcuni studi hanno

Con l'approvazione delle direttive "Razza" e "Altri fattori", nel quadro generale della tutela antidiscriminatoria si assiste ad un significativo scossone che colloca al vertice della gerarchia, impostata sull'ampiezza dell'ambito applicativo, la razza, per cui la protezione è estesa ben oltre la materia giuslavoristica, riguardando anche la protezione sociale, l'assistenza sociale, l'istruzione, seguita dal genere, che viene ad essere affiancato dagli altri fattori di rischio, quanto a occupazione e lavoro.

Con l'introduzione della Direttiva "Occupazione" (confluita nella Direttiva "Rifusione") e soprattutto, due anni più tardi, della Direttiva "Beni e servizi", il genere vede in parte riallineato il proprio ambito di tutela oggettivo rispetto al fattore razza, restando tuttavia ancora preclusi i settori della protezione sociale, dell'assistenza sociale, dell'istruzione.

L'approvazione della nuova Proposta di direttiva "Altri fattori-bis" – che estenderà la protezione dalle discriminazioni per i *ground* orientamento sessuale, età, disabilità, religione, convinzioni personali, ai settori dell'accesso e della fornitura di beni e servizi, all'istruzione, alla protezione sociale – trasformerà ulteriormente la gerarchia tra i diversi fattori di rischio, restando il genere il fattore di rischio meno protetto, quanto all'ambito oggettivo.

7. Segue. Il genere nella «gerarchia» dei diversi fattori di rischio

La riflessione sul progressivo modificarsi della gerarchia di tutela comunitaria dei diversi *ground* non può arrestarsi con l'affermazione per cui al genere è riconosciuto un minore ambito di tutela oggettiva.

Questa posizione, infatti, non riconoscerebbe che il genere ha rappresentato l'archetipo, il metamodello⁵³², il precedente storico sulla base del quale sono state coniate le discipline e la tutela degli altri fattori di rischio. Invero, è stata proprio la creazione, a livello europeo, di un solido *corpus* normativo in materia di discriminazione di genere, ad aver condotto verso la costruzione e l'introduzione di analoghe previsioni per gli altri *ground*, determinando così un ampliamento della tutela dell'individuo. Allo stesso modo, l'apertura di nuovi fronti di protezione per le discriminazioni dovute ad alcune caratteristiche soggettive ha condotto ad una corrispondente tutela anche per il genere.

Da altra prospettiva, grazie al processo osmotico fra diritto comunitario e diritti nazionali, l'ampliamento della tutela ha ridonato i propri effetti sui sistemi nazionali, che hanno dovuto conformarsi alla legislazione comunitaria, contribuendo *a contrario* ad una costruzione del diritto europeo antidiscriminatorio⁵³³.

Per il genere, il legislatore europeo ha sempre mantenuto distinta la normativa rispetto a quella degli altri fattori di rischio, riconoscendone valore trasversale e specificità, pure se *de facto*, a livello normativo, si è assistito ad un

evidenziato come religione e convinzioni personali e sesso, siano più protetti e al di là delle tutele imposte dall'UE.

⁵³² G. DE SIMONE, *Dai principi alle regole – Eguaglianza e divieti di discriminazione nella disciplina dei rapporti di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2001, 45.

⁵³³ Cfr. D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto*, cit., 23 ss. sulla circolarità di questo processo.

sovertimento della “gerarchia” nella protezione accordata, in cui la razza è subentrata al genere come *ground* maggiormente tutelato, quanto ad ambito oggettivo di applicazione.

Alla luce di queste considerazioni, l’interrogativo da percorrere è se possa ancora essere condivisa l’affermazione circa la supremazia del genere rispetto agli altri fattori.

La gerarchia fra i diversi *ground*, osservata attraverso la “lente” della Direttiva 2004/113, da un lato, ne esce rafforzata, dall’altro, indebolita: se infatti questa ha, in parte, riallineato la tutela per il genere e ridotto il *gap* rispetto alle previsioni per i fattori razza e origine etnica⁵³⁴, questi restano comunque i fattori di rischio più ampiamente protetti, quanto a *ratione materiae*⁵³⁵.

Un ulteriore interrogativo è relativo alla persistenza o meno della specificità del genere in relazione agli altri fattori di rischio. In particolare la questione è se l’aver traslato principi verso gli altri *ground* possa aver determinato un appiattimento, o addirittura uno snaturamento, della specificità del genere, se possa cioè aver fatto perdere la sua centralità e il ruolo da sempre assunto, come metamodello, rispetto agli altri fattori di rischio⁵³⁶, ciò anche alla luce dell’espansione della protezione dalle discriminazioni e dell’omogeneità di alcune nozioni e concetti introdotti dalle direttive di seconda generazione, che presentano una analoga struttura.

La perdita di autoreferenzialità del fattore genere, archetipo degli altri *ground*, non necessariamente va tradotta come annullamento della sua centralità e specificità⁵³⁷.

L’omogeneizzazione di nozioni e concetti, pure innegabile, non può infatti essere addotta quale controprova dell’assimilazione di tutte le fattispecie, facendosi altrimenti derivare la perdita di centralità del genere dalle tecniche redazionali del legislatore comunitario.

Ma anche si volesse condividere questa conclusione, andrebbe comunque riconosciuto come il genere, proprio per l’efficacia del percorso compiuto, che ha condotto ad una tutela universalistica della persona, sia stato preso a modello per plasmare la tutela delle altre forme di discriminazione e ciò non può che ribadire ruolo e forza.

Il genere dovrebbe continuare a costituire un ambito con una sua specificità che ne impone una separazione rispetto agli altri fattori, caratterizzata da previsioni appositamente pensate⁵³⁸. Infatti, alla perdita di centralità del genere ha fatto da

⁵³⁴ S. BURRI, A. MCCOLGAN, *Sex Discrimination in the Access to and Supply of Goods and Services and the Transposition of Directive 2004/113/EC*, European Network of legal experts in the field of gender equality, European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, Unit EMPL/G/2, in <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=641&langId=it&moreDocuments=yes>, 2009.

⁵³⁵ S. BURRI, A. MCCOLGAN, *Sex Discrimination in the Access to and Supply of Goods and Services and the Transposition of Directive 2004/113/EC*.

⁵³⁶ Cfr. L. GUAGLIONE, *Le discriminazioni basate sul genere*, cit., 284. Cfr. F. AMATO, M. BARBERA, L. CALAFÀ, *Codificazioni mancate: riflessioni critiche sul codice delle pari opportunità*, cit., 229. Secondo gli autori i differenti strumenti di tutela riflettono la specificità degli obiettivi che il contrasto alle discriminazioni di genere ha rispetto alla lotta contro le altre disuguaglianze sociali.

⁵³⁷ L. GUAGLIONE, *Le discriminazioni basate sul genere*, cit., 284.

⁵³⁸ L. GUAGLIONE, *Le discriminazioni basate sul genere*, cit., 284.

contraltare la rivendicazione di un suo ruolo nuovo e specifico rispetto a tutti gli altri fattori di discriminazione.

A supporto di questa ipotesi è interessante considerare, oltre che il regime delle eccezioni previsto per le discriminazioni di genere, rispetto a quello introdotto per l'altro *ground* considerato trasversale, ovvero quello dell'età⁵³⁹, la volontà di introdurre le discriminazioni multiple (cioè dovute a più fattori di rischio), quale fattore di rischio autonomo. Proprio tramite questa ipotesi, il genere, componente aggiuntiva, insieme all'età, di tutte le forme di discriminazione, verrebbe a recuperare una dimensione di specialità rispetto agli altri *ground*, compensando, in qualche modo, la "perdita" di forza in relazione all'ambito oggettivo di applicazione della tutela.

Parimenti il principio del *gender mainstreaming* impone di riaffermare la rilevanza del genere non soltanto nella tutela antidiscriminatoria ma altresì in ogni ambito delle politiche pubbliche.

A questo proposito è curioso analizzare sinotticamente l'utilizzo dei termini sesso e genere nelle direttive di seconda generazione, che dà conferma di tale conclusione.

Anche gli atti che forniscono una tutela al di fuori dell'ambito delle discriminazioni di genere ricordano la prospettiva del *gender mainstreaming*: tanto nella Direttiva "Razza", quanto nella Direttiva "Altri fattori", così come nella Proposta di direttiva "Altri fattori-bis", il genere compare laddove si esplicita che, conformemente al principio dell'integrazione di genere, la relazione stilata dalla Commissione sulla base dei *report* degli Stati membri fornisce «una valutazione dell'impatto delle disposizioni adottate su donne e uomini»⁵⁴⁰.

Nella Direttiva "Altri fattori" si fa riferimento anche al sesso⁵⁴¹, a proposito delle giustificazioni ammissibili in relazione all'età, laddove, riconoscendo agli Stati membri la facoltà di fissare età diverse per lavoratori o gruppi o categorie di lavoratori, in relazione all'accesso alle prestazioni pensionistiche o all'invalidità, nonché di utilizzare criteri di età nei calcoli attuariali, si rimarca che ciò non debba dare luogo a discriminazioni fondate sul sesso⁵⁴².

Il quadro ovviamente cambia se si analizzano le direttive in materia di sesso/genere in cui, pur in presenza di uno sbilanciamento a favore del sesso nell'utilizzo dei due termini⁵⁴³, il genere riveste un'importanza di primo piano.

⁵³⁹ L. GUAGLIONE, *Le discriminazioni basate sul genere*, cit., 285.

⁵⁴⁰ Cfr. art. 17, co. 2, Direttiva "Razza"; art. 19, co. 2, Direttiva "Altri fattori"; art. 16, co. 2, proposta "Altri fattori-bis", tutti rubricati «Relazione».

⁵⁴¹ A differenza di quanto presente nella dir. 2000/43 e nella proposta di direttiva COM(2008)0426 (in quest'ultimo caso è presente soltanto nel richiamo all'art. 13, considerando 8).

⁵⁴² Cfr. art. 6, co. 2, Direttiva "Altri fattori", rubricato «Giustificazione delle disparità di trattamento collegate all'età».

⁵⁴³ Nella Direttiva "Occupazione" la parola sesso viene richiamata 21 volte, mentre è unico il riferimento al genere: cfr. Considerando 6, laddove, dopo aver richiamato le direttive 76/207, "Razza" e "Altri fattori", considera «appropriato inserire definizioni coerenti con le suddette direttive in materia di genere».

Analogamente nella Direttiva "Beni e Servizi" la parola sesso viene richiamata 41 volte, mentre è assente il riferimento al genere. Infine nella Direttiva "Rifusione" la parola sesso viene richiamata 35 volte, mentre due sono i riferimenti al genere.

In aggiunta a ciò, l'ultimo atto in materia di discriminazione di genere ovvero la Direttiva "Rifusione" introduce, fra gli organismi per la parità, l'Istituto europeo per l'eguaglianza di genere⁵⁴⁴, che, nella prospettiva del presente lavoro, dà conferma del riconoscimento della primazia del genere per la cui tutela e promozione viene individuato una struttura *ad hoc*, sconosciuta per gli altri fattori di rischio⁵⁴⁵.

Sempre la Direttiva "Rifusione" dedica un intero articolo alla «Integrazione della dimensione di genere» che impone agli Stati membri di tener conto dell'obiettivo della parità tra gli uomini e le donne nella formulazione e attuazione di leggi, regolamenti, atti amministrativi, politiche e attività nei settori dell'impiego e occupazione⁵⁴⁶.

In termini negativi, va segnalata la mancata estensione della tutela dalle discriminazioni sulla base del sesso, alle discriminazioni derivanti dall'orientamento sessuale, a fronte di un'inclusione delle discriminazioni basate sul cambiamento di sesso⁵⁴⁷: ciò sembra segnare un punto di arresto nel passaggio della tutela delle discriminazioni sulla base del sesso a quelle fondate sul genere.

In primo luogo, comprendere, nella nozione di sesso, il solo cambiamento del sesso esprime la volontà di dividere il dato biologico, naturale (sesso), dal dato culturale e sociale (genere). Il cambiamento di sesso è, infatti, la riconduzione di una ipotesi "intermedia" alla dicotomia uomo/donna, ad una delle due ipotesi che rappresentano la "normalità", restando esclusi tutti gli altri casi di transgenderismo (transessualismo, intersessualismo, travestitismo, ermafroditismo). La questione lascia emergere uno dei limiti della legislazione antidiscriminatoria, che sembra fortemente orientata nel ribadire la divisione fra "normalità" e "non normalità" e nel tutelare le minoranze (per uno qualunque dei *ground*), proprio in quanto non rientranti in quella che viene indicata come "normalità".

In secondo luogo, anche la scelta di accorpare la tutela dell'orientamento sessuale ai *ground* disabilità, età, religione e convinzioni personali, marca un arretramento nella progressiva evoluzione della tutela del sesso, verso il genere.

⁵⁴⁴ Cfr. Capo 2 «Promozione della parità di trattamento — Dialogo», lett. d), co. 2, art. 20, «Organismi per la parità».

⁵⁴⁵ Agli organismi nazionali previsti dalle direttive antidiscriminatorie, infatti, non può essere riconosciuto analogo valore, potendo essi sostanzarsi in uffici o strutture già esistenti, anche incardinati presso enti che si occupano della tutela dei diritti umani.

⁵⁴⁶ Cfr. art. 29, «Integrazione della dimensione di genere»: «Gli Stati membri tengono conto dell'obiettivo della parità tra gli uomini e le donne nel formulare ed attuare leggi, regolamenti, atti amministrativi, politiche e attività nei settori di cui alla presente direttiva».

⁵⁴⁷ Considerando 3: «La Corte di giustizia ha ritenuto che il campo d'applicazione del principio della parità di trattamento tra uomini e donne non possa essere limitato al divieto delle discriminazioni basate sul fatto che una persona appartenga all'uno o all'altro sesso. Tale principio, considerato il suo scopo e data la natura dei diritti che è inteso a salvaguardare, si applica anche alle discriminazioni derivanti da un cambiamento di sesso».

Questo introduce un ulteriore interrogativo circa l'immutabilità o meno dell'appartenenza a un genere. Tale aspetto rileva nei termini in cui il genere possa essere ricondotto alle differenze scelte o a quelle ascritte agli individui che mostra profili di interessi quanto agli strumenti di tutela e alla riconduzione degli stessi all'uguaglianza o alla dignità.

La mancata inclusione delle scelte sessuali nella nozione di genere, conseguenza della cautela costantemente espressa dalla Corte di giustizia in materia di *same-sex partnership*⁵⁴⁸, non può che destare perplessità, confermando la forte resistenza del diritto antidiscriminatorio all'utilizzo del genere come categoria analitica.

In conclusione, va riconosciuto valore determinante all'argomentazione fondata sul dato normativo che riconosce un diverso "peso" ai vari fattori di rischio. Soltanto in riferimento al genere il fondamento normativo è rinvenibile in un atto primario, oltre che nelle direttive antidiscriminatorie (art. 119, poi 141, ora 157 TFUE), non potendosi a questa assimilare la base normativa riconducibile all'art. 13 TCE (ora art. 19 TFUE). Infatti, mentre l'art. 141 TCE afferma il principio della parità di trattamento fra uomini e donne nell'ambito dell'occupazione e del lavoro, l'art. 13 TCE non formula un generale divieto di discriminazione, soltanto riconoscendo al Consiglio i poteri per adottare gli atti opportuni.

Alla luce di quanto detto, si ritiene di poter riaffermare la centralità del genere nella tutela europea antidiscriminatoria, pure se a ciò non corrisponda una gerarchia rigidamente impostata sull'ampiezza dell'ambito oggettivo di protezione, risultando diversamente svilito tanto il ruolo del *gender mainstreaming* e quello delle discriminazioni multiple, quanto il dato normativo.

8. La Direttiva Servizi in funzione antisubordinazione

La riflessione conclusiva che si intende proporre è relativa ad una lettura della Direttiva 2004/113 in funzione dell'uguaglianza, intesa non soltanto nei termini di principio antidiscriminatorio, ma come principio antisubordinazione⁵⁴⁹.

Alla Direttiva "Servizi" viene riconosciuto l'obiettivo di rimuovere le discriminazioni in relazione al sesso (o al genere), assicurando la parità di trattamento fra uomini e donne, nell'accesso e nella fornitura di beni e servizi.

Tuttavia questo obiettivo non sembra poter esaurire le potenzialità di un atto che, pure con i limiti e le carenze segnalate, potrebbe essere misurato in funzione del principio antisubordinazione, «che riconosce l'esigenza fondativa e fondante di rimuovere la subordinazione del genere femminile al maschile, leggendo le condizioni di genere come un *assetto di potere*»⁵⁵⁰.

⁵⁴⁸ Come sostiene O. POLLICINO, *Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario*, cit., 236: «proprio per il fatto che l'orientamento sessuale di un individuo non può non essere definito se non in riferimento al sesso di appartenenza, una distinzione che assuma come punto di riferimento comparativo l'inclinazione sessuale della persona interessata, per forza di cose implica, alla base una distinzione (leggasi: discriminazione) fondata sul sesso della persona stessa».

⁵⁴⁹ Pezzini che richiama M.A. BARRÈRE UNZUETA, *Diritto antidiscriminatorio, femminismo e multiculturalismo, Il principio di uguaglianza di donne e uomini come strategia per una rilettura giuridica*, in *Diritti delle donne tra particolarismo e universalismo, Ragion pratica*, n. 23, 2004, p. 364; C.R. SUNSTEIN, *A cosa servono le Costituzioni, Dissenso politico e democrazia deliberativa*, Mulino, Bologna, 2009, p. 215; M. BARBERA, nell'Introduzione del volume da lei curato, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, Milano 2007, p. XXV. Cfr. paragrafo 9.4 del Capitolo secondo.

⁵⁵⁰ B. PEZZINI, *L'uguaglianza uomo-donna come principio anti-discriminatorio e come principio anti-subordinazione*, cit., 1150.

Con questo cambio di prospettiva non si intende porre in secondo piano la dimensione antidiscriminatoria, che, «costituendo una delle modalità attraverso le quali vengono modificate le condizioni della gerarchia di genere», sarebbe comunque inclusa. La regola antidiscriminatoria della parità di trattamento, al contrario, non sembra in grado di soddisfare anche il principio antisubordinazione, non comportando «la discussione delle condizioni di definizione del trattamento, ma solo la verifica dei requisiti per la sua applicazione (legittimando e confermando una operazione comparativa che identifica un *universale maschile* pre-definito come parametro e marca il *femminile come differenza e come particolare* con il segno del disvalore)»⁵⁵¹.

Il principio antisubordinazione appare fondante del riconoscimento di una legittima differenza, fondata sul genere, nell'accesso e nella fornitura di beni e servizi, in particolare nell'individuazione di un criterio che guidi la delimitazione tra la legittimità e la non legittimità di beni e servizi offerti, a uomini e donne, su base separata⁵⁵².

Le finalità legittime, in grado di giustificare un'offerta distinta sulla base del sesso, erano riconducibili alla rottura degli stereotipi di genere, ad una ridefinizione dell'assetto di potere, ad una nuova dimensione degli spazi. La "codificazione" degli scopi socialmente utili sembra adattarsi più alla direzione antisubordinazione che non meramente in funzione antidiscriminatoria.

Mentre, infatti, la regola antidiscriminatoria agisce l'uguaglianza in un processo ascensionale di inclusione, che apre al soggetto discriminato l'accesso ad uno spazio prima o altrimenti precluso, la regola antisubordinazione agisce l'uguaglianza come superamento di un assetto di potere, nel processo circolare di ri-definizione di tutti i soggetti coinvolti. Se nel primo caso, lo spazio, pur risultando diversamente abitato, non viene ridefinito dal processo di inclusione, nel secondo esso viene trasformato, ridefinito, per essere reso abitabile da tutti e da tutte⁵⁵³.

Nella prospettiva dell'accesso e della fornitura a beni servizi, offerti su base separata a uomini e donne, appare essenziale rivolgere l'attenzione alle strutture sociali che producono le differenze tra i sessi, misurabili e rilevanti in termini di differenze di potere, di asimmetrie di accesso e di requisiti di possibilità; essenziale appare anche interrogare la differenza di genere, senza che la focalizzazione sulla differenza in sé la possa naturalizzare o ipostatizzare ed impedisca di leggerne la costante evoluzione e la intrinseca mobilità⁵⁵⁴.

⁵⁵¹ B. PEZZINI, *L'uguaglianza uomo-donna come principio anti-discriminatorio e come principio anti-subordinazione*, cit., 1150.

M.A. BARRÈRE UNZUETA, *Diritto antidiscriminatorio*, cit., p. 371. «La concezione antisubordinazione consente di pensare alla differenza di genere in modo *originario o costitutivo*, facendo sì che non sia la differenza di sesso (ed in particolare, la differenza del sesso femminile) ad essere invocata davanti alla norma per aspirare – in quanto *particolare* – all'inclusione nella norma assunta come *universale*, ma sia la norma stessa ad essere posta in discussione «*in quanto generalità solo apparente (perché protegge e difende soltanto il potere d'uno dei due sessi)*».

⁵⁵² Cfr. paragrafo 8 del Capitolo quinto e paragrafo 2 del Capitolo sesto.

⁵⁵³ B. PEZZINI, *L'uguaglianza uomo-donna come principio anti-discriminatorio e come principio anti-subordinazione*, cit., 1150.

⁵⁵⁴ B. PEZZINI, *L'uguaglianza uomo-donna come principio anti-discriminatorio e come principio anti-subordinazione*, cit., 1151.

Nella ridefinizione degli spazi e nella mobilità degli assetti di potere comunque emerge la prospettiva antidiscriminatoria, in quanto «la declinazione del contenuto in termini di norma antisubordinazione prescrive la costruzione della relazione di genere in modo da eliminare ogni forma di subordinazione e ogni manifestazione della gerarchizzazione e dell'asimmetria che stigmatizzi e discrimini il femminile come inferiore; nel contempo, incorpora la qualità relazionale del genere come categoria analitica, cioè la capacità della norma di definire il maschile in relazione al femminile e viceversa»⁵⁵⁵.

9. Conclusione

Posto che della Direttiva “Beni e Servizi” sono riconosciute (poche) luci e (molte) ombre, essa rappresenta un punto di osservazione di grande interesse, in relazione a numerose questioni.

In primis, quanto alla configurabilità di alcuni beni e servizi come pensati, strutturati e offerti, esclusivamente o prevalentemente, a persone di un solo sesso, e al significato che questo assume, in relazione ad una lettura dell'uguaglianza non soltanto come non discriminazione.

Dall'analisi dei recepimenti nazionali, oltre all'impatto normativo e giurisprudenziale, è emersa l'importanza di tenere conto delle prassi correnti negli Stati membri ed è stato interessante vedere progressivamente emergere una prospettiva inattesa al momento della stesura del progetto di ricerca.

Quanto meno nella dimensione nazionale, la Direttiva 2004/113 è stata presentata e “sentita” come un atto principalmente volto a contrastare l'utilizzo dei fattori attuariali nel calcolo dei prodotti e delle rendite assicurative. Ne era emerso il timore che, dalla sua approvazione, potesse derivare una influenza del mercato finanziario e assicurativo, incidendo sulle prassi delle *lobby* del settore.

La completa assenza di dibattito e partecipazione nel procedimento di implementazione della Direttiva “Servizi”, in Italia, ha contribuito a non veicolare e stimolare riflessioni circa le ampie potenzialità che questo atto viene ad assumere, al di fuori del mercato assicurativo e finanziario.

In realtà, la Direttiva 113 impatta su beni e servizi di vario genere, offerti in ambito sanitario, turistico, scolastico, sportivo, nei trasporti, nel tempo libero, innescando dinamiche connesse alla parità di genere, ai ruoli di genere, ad una lettura del principio di uguaglianza non soltanto come antidiscriminazione.

In secondo luogo, la Direttiva “Beni e servizi” chiama in causa il rapporto fra uguaglianza (come non discriminazione) e autonomia privata, andando ad incidere anche sui rapporti inter-privati.

In terzo luogo, la Direttiva si presta ad un'indagine sul rapporto fra il diritto antidiscriminatorio comunitario e il diritto antidiscriminatorio “europeo” come risultante dal processo di implementazione delle direttive di seconda generazione dei singoli Stati membri e sulle reciproche influenze, rapporto che appare delinearci come circolare, piuttosto che meramente discendente.

⁵⁵⁵ B. PEZZINI, *L'uguaglianza uomo-donna come principio anti-discriminatorio e come principio anti-subordinazione*, cit., 1158.

Attraverso il raffronto con i contenuti delle altre direttive antidiscriminatorie e al percorso che ad esse ha condotto, la Direttiva 2004/113 offre inoltre la possibilità di ipotizzare la “direzione” del diritto antidiscriminatorio, verso una ricomposizione delle discipline dei singoli divieti, attualmente suddivise in atti normativi differenti, ovvero verso una frammentazione.

Un secondo risultato di quest’ultima riflessione è dato da una piattaforma definitoria del diritto antidiscriminatorio di seconda generazione, costituito sulla base di una omologazione di nozioni e concetti fra gli atti adottati per i diversi fattori di rischio.

Ulteriore punto di riflessione è costituito dall’indagine circa la persistenza della gerarchia esistente fra i diversi fattori di rischio, al cui vertice era tradizionalmente collocato il genere. Questa gerarchia, messa in discussione dall’evoluzione del diritto antidiscriminatorio, che ha spinto la tutela del fattore razza e origine etnica al di là di quanto previsto per il genere, viene confermata, anche in virtù della sua specificità, rispetto agli altri *ground*.

Pur con l’insoddisfazione propria di ogni lavoro di ricerca, necessariamente incompleto e in continua evoluzione, alcuni punti fermi possono essere fissati.

In primis, il processo osmotico fra diritti nazionali e diritto comunitario particolarmente fecondo per la materia antidiscriminatoria, impone un’analisi integrata delle reciproche influenze e consente di proporre interessanti prospettive.

In secondo luogo, l’espansione del diritto antidiscriminatorio di seconda generazione ad ambiti estranei alla materia giuslavoristica, impone un approccio differente, che si interrelazioni con la materia del diritto privato, amministrativo, comunitario, con la sociologia e la *gender analysis*, derivandone differentemente una visione monoculare.

La materia privatistica viene in questione quanto alla configurabilità di un principio di non discriminazione fra i principi generali in materia di contratti; il diritto amministrativo viene evocato laddove si tratti di legittimazione ad agire, giurisdizione, nell’inquadramento della nozione stessa di servizi; il diritto comunitario assume rilievo trattandosi di atti comunitari.

Infine, la sociologia e i *Gender Studies* rivendicano un ruolo di primo piano nella comprensione dei processi decisionali, ma anche dei contenuti e dei confini di alcune nozioni apparentemente estranee all’ottica giuridica.

L’esempio delle molestie può aiutare a chiarire in che modo si concretizza l’influenza esercitata, in ambito giuridico, da prospettive non giuridiche.

Come le molestie sessuali, anche le molestie vengono incluse nella nozione di discriminazione coniata dalle direttive di seconda generazione e traslata nei diritti interni.

Tuttavia a rigore, nella prospettiva strettamente giuridica, questo impone un allentamento dalla sfera tecnico-giuridica.

Nella prospettiva tradizionale (nazionale), discriminazione è l’incisione del principio di uguaglianza, nella dimensione formale, del diritto, cioè, a non essere discriminati per una delle caratteristiche personali indicate.

Inquadrare come discriminazione la fattispecie delle molestie, impone una rottura della rigidità delle qualifiche, delle definizioni, della dimensione strettamente giuridica, nel suo insieme.

Prima dell'avvento della legislazione che ha recepito le direttive antidiscriminatorie, la molestia e la molestia sessuale erano fattispecie considerate nell'ordinamento in quanto fatti di reato, contravvenzioni (art. 660 c.p.⁵⁵⁶) o delitti (art. 612-*bis*⁵⁵⁷) e soggiacevano alla disciplina penalistica, quanto all'elemento soggettivo (dolo o colpa)⁵⁵⁸.

L'introduzione, ad opera della legislazione di recepimento delle direttive di seconda generazione, dell'istituto delle molestie e delle molestie sessuali che è punito (penalmente) anche a prescindere dall'intento, soltanto sulla base dell'effetto discriminatorio prodotto, appare difficilmente riconducibile alle categorie giuridiche tradizionali.

Ciò su cui si vuole riflettere è l'imprescindibilità di una *Gender analysis* e di un confronto con materia extragiuridiche, quando si discute di diritto antidiscriminatorio.

Questo aspetto che inizia ad affiorare nella riflessione interna, è già consolidato in alcuni stati europei. La diversità di approccio su base "geografica" emerge con evidenza dai risultati dei *report* sul recepimento della Direttiva "Servizi". Gli esperti nazionali segnalano, in alcuni casi, l'improbabile assenza di qualsiasi bene o servizio offerto su base separata (Grecia); in altri, nella consapevolezza della loro esistenza, viene riconosciuta a questa forma di discriminazione una minore dimensione problematica rispetto ad altre questioni, quali la rappresentanza politica o l'ambito dell'occupazione (Italia); in altri ancora la materia assume dimensioni "nuove" e inedite per il panorama interno: la differenza nell'offerta di beni e servizi, sportivi ma anche culturali, viene letta, piuttosto che nei termini di una segregazione basata sul genere, da cui deriva una discriminazione, ai fini di una pianificazione (*gender impact assessment* e

⁵⁵⁶ Art. 660 c.p. «Molestia o disturbo alle persone». «Chiunque, in un luogo pubblico o aperto al pubblico, ovvero col mezzo del telefono, per petulanza o per altro biasimevole motivo, reca a taluno molestia o disturbo è punito con l'arresto fino a sei mesi o con l'ammenda fino a euro 516».

Art. 612-*bis*. Atti persecutori. «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito con la reclusione da sei mesi a quattro anni chiunque, con condotte reiterate, minaccia o molesta taluno in modo da cagionare un perdurante e grave stato di ansia o di paura ovvero da ingenerare un fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto o di persona al medesimo legata da relazione affettiva ovvero da costringere lo stesso ad alterare le proprie abitudini di vita.

La pena è aumentata se il fatto è commesso dal coniuge legalmente separato o divorziato o da persona che sia stata legata da relazione affettiva alla persona offesa.

La pena è aumentata fino alla metà se il fatto è commesso a danno di un minore, di una donna in stato di gravidanza o di una persona con disabilità di cui all'articolo 3 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, ovvero con armi o da persona travisata.

Il delitto è punito a querela della persona offesa. Il termine per la proposizione della querela è di sei mesi. Si procede tuttavia d'ufficio se il fatto è commesso nei confronti di un minore o di una persona con disabilità di cui all'articolo 3 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, nonché quando il fatto è connesso con altro delitto per il quale si deve procedere d'ufficio».

Cfr. anche le fattispecie della violenza carnale, ex art. 519 c.p., atti osceni, ex art. 527 c.p., atti di libidine violenta, ex art. 521 c.p., violenza sessuale, ex art. 609-*bis* c.p.

⁵⁵⁸ Su molestie, *mobbing* e fattispecie delittuose cfr. L. LAZZERONI, *Molestie e molestie sessuali: nozioni, regole, confini*, cit., 405 ss.

gender budgeting)⁵⁵⁹, “ribaltando” il ruolo assegnato alla normativa antidiscriminatoria.

Questa discrasia mette in evidenza le potenzialità di un approccio integrato alle questioni di genere che non si arresta alla dimensione antidiscriminatoria “classica”, ovvero quella giuslavoristica, “utilizzando” al contrario la legislazione, come leva, in funzione antisubordinazione.

La lettura della Direttiva “Beni e Servizi” in un’ottica antisubordinazione rappresenta l’ultimo approdo del lavoro di ricerca.

Posto che questo atto ammette delle eccezioni al principio generale della parità di trattamento, in presenza di una finalità legittima (perseguita con mezzi appropriati e necessari), la riflessione avvia dall’approfondimento circa l’ammissibilità di beni e servizi previsti esclusivamente o prevalentemente a favore di uno dei due sessi.

L’emersione della dimensione di genere trova riscontro ammettendosi la legittimità di eccezioni laddove siano riconoscibili obiettivi che scardinano o comunque allentano i ruoli di genere.

Il risultato che ne deriva è la riconduzione della Direttiva ad una lettura del principio di uguaglianza, al di là della dimensione antidiscriminatoria, come antisubordinazione.

Proprio il principio antisubordinazione avvia due riflessioni complementari fra loro e conclusive al presente lavoro.

La prima prende spunto dall’interpretazione della Direttiva in funzione antisubordinazione, la seconda dalla reinterpretazione del principio antisubordinazione, alla luce delle riflessioni prodotte dalla Direttiva 2004/113.

La coerenza della prima lettura appare nella conclusione per cui la legittimità di beni e servizi offerti separatamente a uomini e donne passa attraverso la rottura o comunque l’allentamento dei ruoli e delle gerarchie di genere, e degli stereotipi ad essi connessi.

Quanto ad una lettura del principio antisubordinazione, alla luce della Direttiva 2004/113, questo appare aver acquisito una nuova dimensione.

Nell’ottica di una progressiva espansione e di un progressivo ampliamento della pervasività del principio antisubordinazione, appare interessante compiere un ulteriore passo avanti, nell’indagare se tutto il diritto antidiscriminatorio di genere, di matrice giuslavoristica, possa contribuire ad una sua reinterpretazione.

Tuttavia, questa dimensione, che appare ad una prima lettura compatibile, necessiterebbe di un adeguato approfondimento, non potendosi esaurire nelle sopra citate suggestioni.

⁵⁵⁹ Cfr. Report su *Sex segregated services*, 31, Finlandia.

Allegato 1:

Tavola di corrispondenza fra le disposizioni della Direttiva 2004/113 e le disposizioni del recepimento italiano, attuato con modifiche al D. Lgs. 198/2006, Codice delle pari opportunità.

Disposizioni della Direttiva		Recepimento Italiano
Art. 1 (Scopo)		
Art. 2 (Definizioni)	Art. 2, lett. a)	Art. 55- <i>bis</i> , co. 1
	Art. 2, lett. b)	Art. 55- <i>bis</i> , co. 2
	Art. 2, lett. c)	Art. 55- <i>bis</i> , co. 4
	Art. 2, lett. d)	Art. 55- <i>bis</i> , co. 5
Art. 3 (Campo d'applicazione)	Art. 3, par. 1	Art. 55- <i>ter</i> , co. 2
	Art. 3, par. 2	Art. 55- <i>ter</i> , co. 4
	Art. 3, par. 3	Art. 55- <i>ter</i> , co. 3
	Art. 3, par. 4	Art. 55- <i>ter</i> , co. 3
Art. 4 (Principio della parità di trattamento)	Art. 4, par. 1, lett. a)	Art. 55- <i>bis</i> , co. 3
	Art. 4, par. 1, lett. a)	Art. 55- <i>ter</i> , co. 1
	Art. 4, par. 2	Art. 55- <i>ter</i> , co. 5
	Art. 4, par. 3	Art. 55- <i>bis</i> , co. 4 e 5 Art. 55- <i>ter</i> , co. 6
	Art. 4, par. 4	Art. 55- <i>bis</i> , co. 6
	Art. 4, par. 5	Art. 55- <i>bis</i> , co. 7
Art. 5 (Fattori Attuariali)	Art. 5, par. 1	Art. 55- <i>quater</i> , co. 5
	Art. 5, par. 2	Art. 55- <i>quater</i> , co. 2, primo inciso e co. 3-5
	Art. 5, par. 3	Art. 55- <i>quater</i> , co. 2, secondo inciso
Art. 6 (Azione positiva)		Art. 55- <i>novies</i> , co. 2
Art. 7 (Prescrizioni minime)	Art. 7, par. 1	
	Art. 7, par. 2	
Art. 8 (Difesa dei diritti)	Art. 8, par. 1	Art. 55- <i>quinques</i> , co. 1-6
	Art. 8, par. 2	Art. 55- <i>quinques</i> , co. 7, 9
	Art. 8, par. 3	Art. 55- <i>septies</i>
	Art. 8, par. 4	
Art. 9 (Onere della prova)	Art. 9, par. 1	Art. 55- <i>sexies</i>
	Art. 9, par. 2	
	Art. 9, par. 3	
	Art. 9, par. 4	
	Art. 9, par. 5	
Art. 10 (Protezione delle vittime)		Art. 55- <i>ter</i> , co. 7
Art. 11 (Dialogo con le parti interessate)		Art. 55- <i>octies</i>
Art. 12		Art. 55- <i>novies</i>
Art. 13 (Conformità alla Direttiva)		
Art. 14 (Sanzioni)		Art. 55- <i>quinques</i> , co. 9
Art. 15 (Diffusione di		Art. 55- <i>novies</i> , co.

informazioni)		2, lett. d)
Art. 16 (Relazioni)		Art. 55- <i>decies</i>
Art. 17 (Recepimento)		
Art. 18 (Entrata in vigore)		
Art. 19 (Destinatari)		

Allegato 2:

Tavola sinottica degli atti di recepimento nazionale

Stato	Atti di implementazione
Austria	<p>- Circa le assicurazioni private: <i>VersicherungsrechtsÄnderungsgesetz</i> 2006, OJ I 95/2006 (Legge di emendamento della Legge sulle Assicurazioni del 2006 di emendamento della Legge sui contratti assicurativi del 1958 (<i>Versicherungsvertragsgesetz</i> 1958) <i>Versicherungsaufsichtsgesetz</i> (Legge sul monitoraggio assicurativo).</p> <p>- Sull'uguaglianza: <i>Bundesgesetz, mit dem das Gleichbehandlungsgesetz und das Bundesgesetz über die Gleichbehandlungskommission und die Gleichbehandlungsanwaltschaft geändert werden</i>, OJ I 98/2008</p> <p>In relazione agli atti di livello sub-statale, cfr: 66/2004: <i>Gesetz vom 6. Juli 2004, mit dem ein Gesetz über die Gleichbehandlung im Bereich des Landes, der Gemeinden und Gemeindeverbände (Landes-Gleichbehandlungsgesetz L-GBG) erlassen und das Landes-Dienstrecht und Besoldungsrecht geändert wird</i> 13/2008: <i>Gesetz, mit dem das Gesetz zur Bekämpfung von Diskriminierung (Wiener Antidiskriminierungsgesetz) geändert wird</i> 5/2008: <i>Gesetz, mit dem die Dienstordnung 1994 (24. Novelle zur Dienstordnung 1994), die Vertragsbedienstetenordnung 1995 (27. Novelle zur Vertragsbedienstetenordnung 1995), die Besoldungsordnung 1994 (30. Novelle zur Besoldungsordnung 1994), die Pensionsordnung 1995 (16. Novelle zur Pensionsordnung 1995), das Wiener Verwaltungssenat-Dienstrechtsgesetz 1995 (9. Novelle zum Wiener Verwaltungssenat-Dienstrechtsgesetz 1995), das Wiener MitarbeiterInnenvorsorgegesetz (2. Novelle zum Wiener MitarbeiterInnenvorsorgegesetz) und das Gesetz über die fachlichen Anstellungserfordernisse für die von der Stadt Wien anzustellenden Kindergartenpädagoginnen und Hortpädagoginnen geändert werden</i> (19/02/2008) 9290-1: <i>NÖ Antidiskriminierungsgesetz (NÖ ADG)</i> (22/02/2008) 31/2006: <i>Gesetz vom 1. Februar 2006 über die Gleichbehandlung im Bereich des Landes, der Gemeinden und Gemeindeverbände (Salzburger Gleichbehandlungsgesetz – S.GBG)</i> 63/2004: <i>Kärntner Antidiskriminierungsgesetz</i> (28/12/2004) 50/2005: <i>OÖ. Antidiskriminierungsgesetz</i> (6/05/2005)</p>
Belgio	<p>- <i>Loi 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes</i>, modificata il 21 Dicembre 2007 (<i>Wet tot wijziging van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen wat betreft het geslacht in verzekeringsaangelegenheden</i>).</p> <p>In relazione agli atti di livello sub-statale, cfr: <i>Decreet del 10/7/2008 della Comunità e Regione Fiamminga;</i></p>

	<p><i>Décret</i> del 12/12/2008 della Comunità Francofona; <i>Décret</i> del 6/11/2008, così come modificato dal <i>décret del 19/3/2009</i> della Regione della Vallonia; <i>Ordonnance/ordonnantie</i> del 17/7/2007 così come modificato dalla <i>ordonnance/ordonnantie</i> del 10/3/2009 della Regione Brussels-Capitale.</p>
Bulgaria	<ul style="list-style-type: none"> - Modifiche alla legge sulla protezione contro le discriminazioni (LPAD), 1/1/2004, nel 2007, SG No. 100/2007 (art.7, p.17, TFP, para.2). - Modifiche al Codice delle Assicurazioni (art.65c, art.104a, TFP, para. 11a); - Modifiche al Codice della sicurezza sociale (art.246, TFP, para. 11c); - Modifiche alla legge sulla assicurazione sanitaria (art.88a, TFP, para. 19h iv).
Cipro	<ul style="list-style-type: none"> - Law No. 18(I)/2008 pubblicata nella <i>Official Gazette of the Republic of Cyprus</i> No. 4162, dated 2 May 2008, Appendix I(I).
Danimarca	<ul style="list-style-type: none"> - Legge generale sull'uguaglianza (<i>Lov om ændring af Lov om ligestilling af kvinder og mænd</i> vigente dal 2000) modificata con la legge n. 434 del 15/05/2007.
Estonia	<ul style="list-style-type: none"> - Gender Equality Act (GEA), del 2004. Non traspone specificamente la dir. 2004/113 ma si applica in ogni ambito della vita sociale; - Emendamento alla Legge sul <i>Civil Service</i>; - Emendamento al Codice del Lavoro (RTI, 19.12.2007, 68, 421 Soolise võrdõiguslikkuse seadus; RTI, 21.04.2004, 27, 181), che però solo in parte recepisce la direttiva.
Finlandia	<ul style="list-style-type: none"> - Legge sull'uguaglianza fra uomini e donne (609/1986), modificata nel Dicembre 2008, con l'aggiunta di una nuova Sezione 8a, Sottosezione 2, Sezione 8e e emendando le Sezioni 7, 11. - In materia assicurativa: sono state modificate tre leggi concernenti differenti tipi di forniture assicurative (1062/1979, 1250/1987, 398/1995).
Francia	<ul style="list-style-type: none"> - Art. 117-1 del Codice delle Assicurazioni, art. 12 della <i>Loi n°2007-1774 du 17 décembre 2007, portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine économique et financière.</i> - <i>Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008, portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.</i> <p>Si vedano pure: <i>Arrêté du 19 décembre 2007 relatif aux conditions dans lesquelles des données actuarielles et statistiques sont collectées ou répertoriées, transmises et publiées et modifiant le code des assurances (JORF 20/12/2007)</i> <i>Arrêté du 19 décembre 2007 autorisant, dans les branches 20, 22, 23 et 26 mentionnées à l'article R. 321-1 du code des assurances, des différences en matière de primes et de prestations fondées sur la prise en compte du sexe (JORF 20/12/2007)</i> <i>Arrêté du 19 décembre 2007 autorisant, dans les branches 3 et 10 mentionnées à l'article R. 321-1 du code des assurances, des différences en matière de primes et de prestations fondées sur la prise en compte du sexe (JORF 20/12/2007)</i> <i>Arrêté du 19 décembre 2007 autorisant, dans la branche 2</i></p>

	<p>mentionnée à l'article R. 321-1 du code des assurances, des différences en matière de primes et de prestations fondées sur la prise en compte du sexe (JORF 20/12/2007)</p> <p>Arrêté du 19 décembre 2007 autorisant, dans la branche 1 mentionnée à l'article R. 321-1 du code des assurances, des différences en matière de primes et de prestations fondées sur la prise en compte du sexe (JORF 20/12/2007)</p>
Germania	<p>- Gesetz zur Umsetzung Europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung - Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (in sigla AGG) del 14 Agosto 2006, modificato il 2/12/2006 (Legge tedesca per la trasposizione delle direttive europee in materia di uguaglianza)</p>
Grecia	<p>Nessun recepimento, in quanto la Costituzione già prevede il principio di non discriminazione, che è pertanto applicabile direttamente e in ogni settore.</p>
Irlanda	<p>- Modifiche all'Equal Status Act 2000 con l'Equality Act 2004 e al Civil Law (Miscellaneous Provisions) Act 2008</p>
Italia	<p>- D. lgs. 196/2007, di modifica al D.Lgs. 198/2006, «Codice delle pari opportunità tra uomo e donna» con l'introduzione di un Titolo II-bis (Parità di trattamento tra uomini e donne nell'accesso a beni e servizi e loro fornitura), ora collocato successivamente al Titolo II (Pari opportunità nell'esercizio dell'attività d'impresa), nel Libro III dedicato alle «Pari opportunità tra uomo e donna nei rapporti economici»</p>
Lettonia	<p>- Official Gazette No. 104, 9.7.2008, 1 April 1999, related amendments OG No. 104, 9 July 2008 (Legge sulla protezione dei consumatori)</p> <p>- OG No. 144, 21 September 1995, related amendments OG No.205, 22 December 2005 and OG No. 47, 26 March 2008 (Legge sulla sicurezza sociale - Latvijas Vēstnesis)</p> <p>- Modifiche alla legge sul divieto di discriminazione delle persone che svolgono attività economiche autonome (Tiesībsarga likums)</p> <p>- Latvijas Vēstnesis, N° 65 del 25/04/2006)</p> <p>- Modifiche alla legge sulle compagnie assicurative e i supervisori (2008)</p> <p>- JO n° 35 du 4 mars 2009 (modifiche della legge sulle assicurazioni e i supervisori, il cui art. 5 traspone l'art. 5 della direttiva).</p> <p>- Progetto di legge adottato il 12/3/2009 che vieta le discriminazioni contro le persone fisiche che svolgano una attività indipendente.</p>
Lituania	<p>- Modifiche alla EOAWM (Legge sulle pari opportunità fra uomini e donne del 1/12/1999) (State Gazette, 1998, no. 112-3100) del 18/6/2002 con l'aggiunta della Sezione 5-1 (State Gazette, 2002, no. 68-2761); del 5/7/2005 (State Gazette, 2005, no. 88-3281), con l'aggiunta della Sezione 2(4)</p> <p>- Modifiche alla legge sulle Assicurazioni (State Gazette, 2003, no. 94-4246) del 19/7/2006 con l'introduzione della Sezione 231 (State Gazette, 2006, no. 87-3409)</p> <p>- Adozione di una nuova Legge sulle pari opportunità il 17/7/2008 (State Gazette, 2008, no. 76-2998).</p>
Lussemburgo	<p>- Loi du 21 décembre 2007 portant 1. transposition de la directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en oeuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et</p>

	<p><i>services et la fourniture de biens et services; 2. modification du Code pénal; 3. modification de la loi modifiée du 27 juillet 1997 sur le contrat d'assurance (Mém. A – 232 du 21 décembre 2007).</i></p> <p>- <i>Loi nr. 5739/2007.</i></p>
Malta	<p>- <i>Legal Notice 181 of 2008 of 1 August 2008, that is after the deadline of 21 December 2007. The Legal Notice therefore incorporates the Access to Goods and Services and their Supply (Equal Treatment) Regulations, of 2008.</i></p>
Olanda	<p>- <i>Legge generale olandese sull'uguaglianza (Wet van 21 juli 2007 tot wijziging van de Algemene Wet gelijke behandeling ter uitvoering van Richtlijn nr. 2004/113/EG van de Raad van de Europese Unie van 13 december 2004 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten, Staatsblad (Bulletin des Lois et des Décrets royaux), n° 321, du 13/09/2007 – Algemene Wet Gelijke Behandeling, cd 'GETA')</i></p>
Polonia	
Portogallo	<p>- <i>Legge No. 14/2008 «Assembleia da República-Proíbe e sanciona a discriminação em função do sexo no acesso a bens e serviços e seu fornecimento, transpondo para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 2004/113/CE, do Conselho, de 13 de Dezembro», in Diaro da Republica DR. n.º 51 of 12/03/2008.</i></p> <p>- <i>Nell'aprile 2008 il decreto legge n. 72/2008 del 16 April 2008 ha introdotto una modifica legislativa in materia di contratti di assicurazione</i></p>
Regno Unito di Gran Bretagna	<p>- <i>Sex Discrimination Act 1975</i></p> <p>- <i>Sex Discrimination (Amendment of Legislation) Regulation 2008 (SI 2008 No. 963).</i></p>
Repubblica Ceca	<p>- <i>Art. 6, legge No. 634/1992 Coll. sulla protezione dei consumatori;</i></p> <p>- <i>Art. 2, legge No. 257/2001 Coll. sulle librerie e operazioni delle biblioteche e dei servizi di informazione</i></p> <p>- <i>Art. 2a, legge No. 42/1994 Coll. sulle pensioni private</i></p> <p>- <i>Legge No. 561/2004 Coll. sull'istruzione negli asili, scuole primarie, secondarie e altro;</i></p> <p>- <i>Art. 21, legge No.111/1998 Coll. sulle Università.</i></p>
Romania	<p>- <i>Ordinanza di emergenza No. 61 of 2008; «Ordonanță de urgență privind implementarea principiului egalității de tratament între femei și bărbați în ceea ce privește accesul la bunuri și servicii și furnizarea de bunuri și servicii», in Journal Officiel de Roumanie, N° 385, du 21/05/2008;</i></p> <p>- <i>Ordinanza 137/2000.</i></p>
Slovacchia	<p>- <i>Modifiche alla Legge di contrasto alle discriminazioni (Antidiskriminačný zákon) (No. 365/2004 Coll. sulla parità di trattamento in alcuni ambiti e sulla protezione contro le discriminazioni e emendamenti ad altre leggi) inclusa nella legge no. 85/2008 Coll;</i></p> <p>- <i>Modifiche alla legge sulle Assicurazioni (Zákon o poisťovníctve) (Act No. 8/2008 Coll. Insurance Act) e sulla protezione dei consumatori (Zákon o ochrane spotrebiteľ'a). (Act No. 250/2007 Coll. Consumer Protection Act).</i></p>
Slovenia	<p>- <i>Modifiche alla Legge di implementazione del principio di parità di trattamento (Zakon o uresničevanju načela enakega obravnavanja, Official Gazette RS, No. 93, cd</i></p>

	<p>AIPET-UPB1)</p> <ul style="list-style-type: none"> - art. 25, legge sulla protezione dei consumatori (<i>Zakon o varstvu potrošnikov</i>, Official Gazette RS, Nos. 98/2004, 126/2007, cd CPA)
Spagna	<ul style="list-style-type: none"> - <i>Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres</i>, che traspone anche la Direttiva 2002/73 con il TÍTULO VI. <i>Igualdad de trato en el acceso a bienes y servicios y su su ministro</i>)
Svezia	<ul style="list-style-type: none"> - Legge sulle discriminazioni (2008:567), di modifica alla legge 2003:307 – (<i>Lagen om förbud mot diskriminering, SFS – Svensk författningssamling</i>) e al Swedish Code of Statutes 2005:480.
Ungheria	<ul style="list-style-type: none"> - <i>Law No. CXXV of del 2003 «Equal Treatment and Equal Opportunity»</i> - <i>Law No. CXXXVII del 2003, “Modifiche ad alcune leggi sui servizi finanziari, nell’ottica della loro armonizzazione al diritto comunitario”;</i> - <i>Law No. CXXXV del 2003, “State Inspection of Financial Institutions”;</i> - <i>Law No. CLXII del 2007 che ha modificato il codice penale introducendo il reato della molestia.</i>

Allegato 3:

Dir. 13 dicembre 2004, n. 2004/113/CE⁵⁶⁰.

Direttiva del Consiglio che attua il principio della parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura⁵⁶¹.

Il Consiglio dell'Unione europea,

visto il trattato che istituisce la Comunità europea, in particolare l'articolo 13, paragrafo 1,

vista la proposta della Commissione,

visto il parere del Parlamento europeo⁵⁶²,

visto il parere del Comitato economico e sociale europeo⁵⁶³,

visto il parere del Comitato delle regioni⁵⁶⁴,

considerando quanto segue:

(1) Conformemente all'articolo 6 del trattato sull'Unione europea, l'Unione europea si fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dello stato di diritto, principi che sono comuni agli Stati membri, e rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario.

(2) Il diritto all'uguaglianza dinanzi alla legge e alla tutela contro la discriminazione per tutti gli individui costituisce un diritto universale riconosciuto dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, dalla Convenzione delle Nazioni Unite sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna, dalla Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, dai Patti delle Nazioni Unite relativi rispettivamente ai diritti civili e politici e ai diritti economici, sociali e culturali e dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, di cui tutti gli Stati membri sono firmatari.

(3) Oltre a vietare la discriminazione, è importante che al tempo stesso vengano rispettati gli altri diritti e libertà fondamentali, tra cui la tutela della vita privata e familiare e delle transazioni effettuate in questo ambito, nonché la libertà di religione.

⁵⁶⁰ Pubblicata nella G.U.U.E. 21 dicembre 2004, n. L 373.

⁵⁶¹ Entrata in vigore il 21 dicembre 2004.

⁵⁶² Parere reso il 30 marzo 2004.

⁵⁶³ Pubblicato nella G.U.U.E. 28 settembre 2004, n. C 241.

⁵⁶⁴ Pubblicato nella G.U.U.E. 30 aprile 2004, n. C 121.

(4) La parità tra gli uomini e le donne è un principio fondamentale dell'Unione europea. La Carta dei diritti fondamentali, agli articoli 21 e 23, vieta ogni discriminazione fondata sul sesso e prescrive che sia garantita la parità tra gli uomini e le donne in tutti i settori.

(5) La parità fra uomini e donne è un principio fondamentale ai sensi dell'articolo 2 del trattato che istituisce la Comunità europea. L'articolo 3, paragrafo 2, del trattato esige parimenti che la Comunità miri ad eliminare le ineguaglianze, nonché a promuovere la parità tra gli uomini e le donne in ogni campo d'azione.

(6) La Commissione ha annunciato la sua intenzione di proporre una direttiva sulla discriminazione basata sul sesso al di fuori del mercato del lavoro, nella comunicazione sull'Agenda per la politica sociale. Tale proposta è del tutto coerente con la *decisione 2001/51/CE* del Consiglio, del 20 dicembre 2000, relativa al programma concernente la strategia comunitaria in materia di parità tra donne e uomini (2001-2005) che investe tutte le politiche comunitarie ed è intesa a promuovere la parità di trattamento tra uomini e donne adeguando tali politiche e attuando misure concrete per migliorare la condizione delle donne e degli uomini nella società.

(7) Il Consiglio europeo, nel vertice di Nizza del 7 e 9 dicembre 2000, ha invitato la Commissione a rafforzare i diritti in materia di parità adottando una proposta di direttiva per promuovere la parità di trattamento tra uomini e donne in settori diversi dall'occupazione e dall'attività professionale.

(8) La Comunità ha adottato una serie di strumenti giuridici per prevenire e combattere la discriminazione basata sul sesso nel mercato del lavoro. Tali strumenti hanno dimostrato l'utilità della normativa nella lotta contro la discriminazione.

(9) Anche in settori al di fuori del mercato del lavoro hanno luogo discriminazioni basate sul sesso comprese molestie e molestie sessuali. Tali discriminazioni possono essere altrettanto nocive, in quanto ostacolano la piena integrazione degli uomini e delle donne nella vita economica e sociale.

(10) I problemi sono particolarmente evidenti per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi. Occorre pertanto prevenire ed eliminare la discriminazione fondata sul sesso in questo settore. Come per la *direttiva 2000/43/CE* del Consiglio, del 29 giugno 2000, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, questo obiettivo può essere raggiunto più efficacemente mediante una normativa comunitaria.

(11) Tale normativa dovrebbe vietare la discriminazione fondata sul sesso per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura. Per beni si dovrebbero intendere quelli disciplinati dalle disposizioni del trattato che istituisce la Comunità europea riguardanti la libera circolazione delle merci. Per servizi si dovrebbero intendere quelli disciplinati dall'articolo 50 di tale trattato.

(12) Per evitare la discriminazione basata sul sesso, la presente direttiva dovrebbe applicarsi sia nei confronti della discriminazione diretta che di quella indiretta. Sussiste discriminazione diretta unicamente quando, a causa del suo sesso, una persona è trattata meno favorevolmente di un'altra persona in una situazione paragonabile. Pertanto, ad esempio, le differenze tra uomini e donne nella prestazione di servizi sanitari, risultanti dalle differenze fisiche tra gli stessi, non riguardano situazioni paragonabili e non costituiscono pertanto una discriminazione.

(13) Il divieto di discriminazione dovrebbe applicarsi alle persone che forniscono beni e servizi che sono disponibili al pubblico e che sono offerti al di fuori dell'area della vita privata e familiare e delle transazioni effettuate in questo ambito. Non dovrebbe applicarsi al contenuto dei mezzi di comunicazione e della pubblicità, né all'istruzione pubblica o privata.

(14) Ogni persona gode della libertà contrattuale, inclusa la libertà di scegliere un contraente per una transazione. La persona che fornisce beni o servizi può avere vari motivi soggettivi per la scelta del contraente. Nella misura in cui la scelta del contraente non si basa sul sesso della persona, la presente direttiva non pregiudica la libertà di scelta del contraente.

(15) Sono già in vigore una serie di strumenti giuridici ai fini dell'attuazione del principio della parità di trattamento tra donne e uomini nelle questioni riguardanti l'impiego e l'occupazione. La presente direttiva non si applica a questioni riguardanti tali settori. Lo stesso criterio si applica alle attività di lavoro autonomo se sono contemplate dai vigenti strumenti giuridici. La presente direttiva dovrebbe applicarsi soltanto alle assicurazioni e pensioni private, volontarie e non collegate a un rapporto di lavoro.

(16) Le differenze di trattamento possono essere accettate solo se giustificate da una finalità legittima. Una finalità legittima può essere, ad esempio, la protezione delle vittime di violenza a carattere sessuale (in casi quali la creazione di strutture di accoglienza per persone dello stesso sesso), motivi connessi con l'intimità della vita privata e il senso del decoro (come nel caso di una persona che fornisca alloggio in una parte della sua abitazione) la promozione della parità dei sessi o degli interessi degli uomini o delle donne (ad esempio, organismi di volontariato per persone dello stesso sesso), la libertà d'associazione (nel quadro dell'appartenenza a circoli privati aperti a persone dello stesso sesso) e l'organizzazione di attività sportive (ad esempio eventi sportivi limitati a partecipanti dello stesso sesso). Eventuali limitazioni dovrebbero tuttavia essere appropriate e necessarie, conformemente ai criteri derivanti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee.

(17) Il principio della parità di trattamento nell'accesso a beni e servizi non implica che essi debbano essere sempre forniti a uomini e donne su base comune, purché la fornitura non sia più favorevole alle persone di un sesso.

(18) Nella fornitura dei servizi assicurativi e altri servizi finanziari connessi si utilizzano comunemente fattori attuariali diversi a seconda del sesso. Per garantire la parità di trattamento tra uomini e donne, il fatto di tenere conto del sesso quale fattore attuariale non dovrebbe comportare differenze nei premi e nelle prestazioni individuali. Per evitare un brusco adeguamento del mercato questa norma dovrebbe applicarsi solo ai nuovi contratti stipulati dopo la data di recepimento della presente direttiva.

(19) Talune categorie di rischi possono variare in funzione del sesso. In alcuni casi il sesso è un fattore determinante, ma non necessariamente l'unico, nella valutazione dei rischi assicurati. Per quanto concerne i contratti di assicurazione di questo tipo di rischi gli Stati membri possono decidere di autorizzare deroghe alla norma dei premi e delle prestazioni unisex, a condizione che possano garantire che i dati attuariali e statistici su cui si basa il calcolo sono affidabili, regolarmente aggiornati e a disposizione del pubblico. Sono consentite deroghe solo se la legislazione nazionale non ha già applicato la norma unisex. Cinque anni dopo il recepimento della presente direttiva gli Stati membri dovrebbero riesaminare la motivazione delle deroghe, tenendo conto dei

più recenti dati attuariali e statistici e della relazione presentata dalla Commissione tre anni dopo la data di recepimento della presente direttiva.

(20) Un trattamento meno favorevole delle donne a motivo della gravidanza e della maternità dovrebbe essere considerato una forma di discriminazione diretta fondata sul sesso ed è pertanto vietato nel settore assicurativo e dei servizi finanziari connessi. I costi inerenti ai rischi collegati alla gravidanza e alla maternità non sono pertanto addossati ai membri di un solo sesso.

(21) Le vittime di discriminazioni a causa del sesso dovrebbero disporre di mezzi adeguati di tutela giuridica. Per assicurare un livello più efficace di tutela, anche le associazioni, le organizzazioni e altre persone giuridiche dovrebbero avere la facoltà di avviare una procedura, secondo le modalità stabilite dagli Stati membri, per conto o a sostegno delle vittime, fatte salve le norme procedurali nazionali relative alla rappresentanza e alla difesa in giudizio.

(22) Le norme in materia di onere della prova dovrebbero essere adeguate quando vi sia una presunzione di discriminazione e per l'effettiva applicazione del principio della parità di trattamento; l'onere della prova dovrebbe essere posto a carico della parte convenuta nel caso in cui siffatta discriminazione sia dimostrata.

(23) Un'attuazione efficace del principio di parità di trattamento richiede un'adeguata tutela giuridica contro le ritorsioni.

(24) Al fine di promuovere il principio della parità di trattamento, gli Stati membri, dovrebbero incoraggiare il dialogo con le parti interessate che, conformemente alle prassi e alle legislazioni nazionali, hanno un legittimo interesse a contribuire alla lotta alla discriminazione fondata sul sesso per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura.

(25) La protezione dalle discriminazioni fondate sul sesso dovrebbe essere di per sé rafforzata dall'esistenza in ciascuno Stato membro di un organismo o di più organismi incaricati di analizzare i problemi in questione, studiare possibili soluzioni e fornire assistenza concreta alle vittime. L'organismo o gli organismi possono essere gli stessi responsabili a livello nazionale della difesa dei diritti umani e della salvaguardia dei diritti individuali o dell'attuazione del principio della parità di trattamento.

(26) La presente direttiva definisce prescrizioni minime e offre quindi agli Stati membri la possibilità di adottare o mantenere disposizioni più favorevoli. L'attuazione della presente direttiva non dovrebbe servire da giustificazione per un regresso rispetto alla situazione preesistente in ciascuno Stato membro.

(27) Gli Stati membri dovrebbero prevedere sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive applicabili in caso di violazione degli obblighi risultanti dalla presente direttiva.

(28) Poiché lo scopo della presente direttiva, cioè garantire un elevato livello comune di protezione contro la discriminazione in tutti gli Stati membri, non può essere realizzato in misura sufficiente dagli Stati membri e può dunque, a motivo delle dimensioni o degli effetti dell'azione, essere realizzato meglio a livello comunitario istituendo un quadro giuridico comune, la Comunità può intervenire, in base al principio di sussidiarietà sancito dall'articolo 5 del trattato. La presente direttiva si limita a quanto è necessario

per conseguire tale scopo in ottemperanza al principio di proporzionalità enunciato nello stesso articolo.

(29) Conformemente all'articolo 34 dell'Accordo interistituzionale «Legiferare meglio»⁵⁶⁵ gli Stati membri sono incoraggiati a redigere e rendere pubblici, nell'interesse proprio e della Comunità, prospetti indicanti, per quanto possibile, la concordanza tra le direttive e i provvedimenti di recepimento,

ha adottato la presente direttiva:

Capo I

Disposizioni generali

Articolo 1

Scopo.

Scopo della presente direttiva è quello di istituire un quadro per la lotta alla discriminazione fondata sul sesso per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura, al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento tra uomini e donne.

Articolo 2

Definizioni.

Ai fini della presente direttiva, si applicano le seguenti definizioni:

- a) sussiste discriminazione diretta quando, a causa del suo sesso, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra persona in una situazione paragonabile;
- b) sussiste discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere persone di un determinato sesso in una posizione di particolare svantaggio rispetto a persone dell'altro sesso, a meno che tale disposizione, criterio o prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il conseguimento di tale finalità siano appropriati e necessari;
- c) le molestie sussistono quando si manifesta un comportamento non desiderato e determinato dal sesso di una persona, comportamento che ha come oggetto o conseguenza la lesione della dignità di una persona e la creazione di un ambiente intimidatorio, ostile, degradante, umiliante o offensivo;
- d) la molestia sessuale sussiste quando si manifesta un comportamento non desiderato con connotazioni sessuali, che si esprime a livello fisico, verbale o non verbale, e ha come oggetto o conseguenza la lesione della dignità di una persona, in

⁵⁶⁵ Pubblicato nella G.U.U.E. 31 dicembre 2003, n. C 321.

particolare con la creazione di un ambiente intimidatorio, ostile, degradante, umiliante o offensivo.

Articolo 3

Campo d'applicazione.

1. Nei limiti delle competenze attribuite alla Comunità, la presente direttiva si applica a tutte le persone che forniscono beni e servizi che sono a disposizione del pubblico, indipendentemente dalla persona interessata per quanto riguarda sia il settore pubblico che quello privato, compresi gli organismi pubblici e che sono offerti al di fuori dell'area della vita privata e familiare e delle transazioni effettuate in questo ambito.
 2. La presente direttiva non pregiudica la libertà di scelta del contraente, nella misura in cui la scelta del contraente non si basa sul sesso della persona.
 3. La presente direttiva non si applica al contenuto dei mezzi di comunicazione e della pubblicità né all'istruzione.
 4. La presente direttiva non si applica a questioni riguardanti l'impiego e l'occupazione. La presente direttiva non si applica a questioni riguardanti il lavoro autonomo, nella misura in cui esse sono disciplinate da altri atti legislativi comunitari.
-

Articolo 4

Principio della parità di trattamento.

1. Ai fini della presente direttiva, il principio della parità di trattamento tra uomini e donne significa che:
 - a) è proibita ogni discriminazione diretta fondata sul sesso, compreso un trattamento meno favorevole della donna in ragione della gravidanza e della maternità;
 - b) è proibita ogni discriminazione indiretta fondata sul sesso.
2. La presente direttiva lascia impregiudicate le disposizioni più favorevoli sulla protezione della donna in relazione alla gravidanza e alla maternità.
3. Le molestie e le molestie sessuali ai sensi della presente direttiva sono considerate come discriminazioni fondate sul sesso e sono pertanto vietate. Il rifiuto di tale comportamento da parte della persona interessata o la sua sottomissione non possono costituire il fondamento per una decisione che interessi la persona in questione.
4. L'ordine di discriminare persone direttamente o indirettamente a motivo del sesso è considerato una discriminazione ai sensi della presente direttiva.
5. La presente direttiva non preclude differenze di trattamento se la fornitura di beni o servizi esclusivamente o principalmente destinati a persone di un solo sesso è giustificata da una finalità legittima e se i mezzi impiegati per il conseguimento di tale finalità sono appropriati e necessari.

Articolo 5
Fattori attuariali.

1. Gli Stati membri provvedono affinché al più tardi in tutti i nuovi contratti stipulati dopo il 21 dicembre 2007, il fatto di tenere conto del sesso quale fattore di calcolo dei premi e delle prestazioni a fini assicurativi e di altri servizi finanziari non determini differenze nei premi e nelle prestazioni.

2. Fatto salvo il paragrafo 1, gli Stati membri possono decidere anteriormente al 21 dicembre 2007 di consentire differenze proporzionate nei premi e nelle prestazioni individuali ove il fattore sesso sia determinante nella valutazione dei rischi, in base a pertinenti e accurati dati attuariali e statistici. Gli Stati membri interessati informano la Commissione e provvedono affinché siano compilati, pubblicati e regolarmente aggiornati dati accurati relativi all'utilizzo del sesso quale fattore attuariale determinante. Tali Stati membri riesaminano la loro decisione cinque anni dopo il 21 dicembre 2007 tenendo conto della relazione della Commissione di cui all'articolo 16 e trasmettono i risultati del riesame alla Commissione.

3. In ogni caso i costi inerenti alla gravidanza e alla maternità non determinano differenze nei premi e nelle prestazioni individuali. Gli Stati membri possono rinviare l'attuazione delle misure necessarie per conformarsi al presente paragrafo al più tardi fino a due anni a decorrere dal 21 dicembre 2007. In tal caso, gli Stati membri interessati ne informano immediatamente la Commissione.

Articolo 6
Azione positiva.

Allo scopo di assicurare l'effettiva e completa parità tra uomini e donne, il principio della parità di trattamento non impedisce ad alcuno Stato membro di mantenere o adottare misure specifiche destinate ad evitare o a compensare gli svantaggi legati al sesso.

Articolo 7
Prescrizioni minime.

1. Gli Stati membri possono introdurre o mantenere disposizioni più favorevoli alla tutela del principio della parità di trattamento tra uomini e donne rispetto a quelle contenute nella presente direttiva.

2. L'attuazione della presente direttiva non può in alcun caso costituire motivo di riduzione del livello di protezione contro le discriminazioni già previsto dagli Stati membri nei settori di applicazione della presente direttiva.

Capo II

Mezzi di ricorso ed esecuzione

Articolo 8

Difesa dei diritti.

1. Gli Stati membri provvedono affinché tutte le persone che si ritengono lese, in seguito alla mancata applicazione nei loro confronti del principio della parità di trattamento, possano accedere, anche dopo la cessazione del rapporto nel quale si ritiene si sia verificata la discriminazione, a procedure giudiziarie e/o amministrative, comprese, ove lo ritengano opportuno, le procedure di conciliazione, finalizzate al rispetto degli obblighi derivanti dalla presente direttiva.
2. Gli Stati membri introducono nel loro ordinamento giuridico interno le misure necessarie affinché il danno subito dalla persona lesa a causa di una discriminazione ai sensi della presente direttiva sia realmente ed effettivamente indennizzato o risarcito secondo modalità da essi fissate, in modo dissuasivo e proporzionato rispetto al danno subito. Detto indennizzo o risarcimento non può essere a priori limitato da un tetto massimo.
3. Gli Stati membri provvedono affinché le associazioni, le organizzazioni o altre persone giuridiche aventi, conformemente ai criteri stabiliti dalle legislazioni nazionali, un interesse legittimo a garantire che le disposizioni della presente direttiva siano rispettate, possano, per conto o a sostegno della persona lesa, con la sua approvazione, avviare tutte le procedure giudiziarie e/o amministrative finalizzate al rispetto degli obblighi derivanti dalla presente direttiva.
4. I paragrafi 1 e 3 lasciano impregiudicate le norme nazionali relative ai termini temporali stabiliti per la presentazione di un ricorso per quanto riguarda il principio della parità di trattamento.

Articolo 9

Onere della prova.

1. Gli Stati membri adottano le misure necessarie, conformemente ai loro sistemi giudiziari nazionali, per assicurare che, allorché le persone che si ritengono lese dalla mancata applicazione nei loro riguardi del principio della parità di trattamento espongono, dinanzi a un tribunale o a un'altra autorità competente, fatti dai quali si può presumere che vi sia stata una discriminazione diretta o indiretta, incomba alla parte convenuta provare che non vi è stata violazione del principio della parità di trattamento.
2. Il paragrafo 1 si applica fatto salvo il diritto degli Stati membri di prevedere disposizioni in materia di onere della prova più favorevoli all'attore.
3. Il paragrafo 1 non si applica alle procedure penali.
4. I paragrafi 1, 2 e 3 si applicano altresì alle procedure promosse a norma dell'articolo 8, paragrafo 3.

5. Gli Stati membri non sono tenuti ad applicare il paragrafo 1 a procedure in cui l'istruzione dei fatti incombe alla giurisdizione o ad altra istanza competente.

Articolo 10

Protezione delle vittime.

Gli Stati membri introducono nei rispettivi ordinamenti giuridici le disposizioni necessarie per proteggere le persone da trattamenti o conseguenze sfavorevoli quale reazione a un reclamo o a un'azione volta a ottenere il rispetto del principio della parità di trattamento.

Articolo 11

Dialogo con le parti interessate.

Al fine di promuovere il principio della parità di trattamento, gli Stati membri incoraggiano il dialogo con le parti interessate che, conformemente alle prassi e alle legislazioni nazionali, hanno un legittimo interesse a contribuire alla lotta alla discriminazione fondata sul sesso per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura.

Capo III

Organismi per la promozione della parità di trattamento

Articolo 12

1. Gli Stati membri designano uno o più organismi per la promozione, l'analisi, il controllo ed il sostegno alla parità di trattamento di tutte le persone senza discriminazioni fondate sul sesso e adottano le disposizioni necessarie. Tali organismi possono far parte di organi incaricati di difendere, a livello nazionale, i diritti dell'uomo o di tutelare i diritti delle persone, ovvero di attuare il principio della parità di trattamento.

2. Gli Stati membri provvedono affinché gli organismi di cui al paragrafo 1 abbiano le seguenti competenze:

a) fatto salvo il diritto delle vittime e delle associazioni, delle organizzazioni o di altre persone giuridiche di cui all'articolo 8, paragrafo 3, fornire alle vittime di discriminazione un'assistenza indipendente per avviare una procedura per discriminazione;

b) condurre inchieste indipendenti in materia di discriminazione;

c) pubblicare relazioni indipendenti e formulare raccomandazioni su tutte le questioni connesse a tale discriminazione.

Capo IV

Disposizioni finali

Articolo 13

Conformità alla direttiva.

Gli Stati membri adottano le misure necessarie per garantire che il principio della parità di trattamento sia rispettato per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura nell'ambito d'applicazione della presente direttiva, e in particolare fanno sì che:

a) tutte le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative contrarie al principio della parità di trattamento siano abrogate;

b) le disposizioni contrattuali, i regolamenti interni delle aziende nonché le norme che disciplinano le associazioni con o senza scopo di lucro, contrari al principio della parità di trattamento siano, o possano essere dichiarate, nulle oppure siano modificate.

Articolo 14

Sanzioni.

Gli Stati membri definiscono le norme sulle sanzioni applicabili alle infrazioni delle disposizioni nazionali adottate a norma della presente direttiva e adottano tutte le misure necessarie per garantirne l'attuazione. Le sanzioni, che possono includere il pagamento di indennizzi alle vittime, sono efficaci, proporzionate e dissuasive. Gli Stati membri notificano tali disposizioni alla Commissione entro il 21 dicembre 2007 e ne comunicano immediatamente ogni ulteriore modifica.

Articolo 15

Diffusione di informazioni.

Gli Stati membri provvedono affinché le disposizioni adottate in applicazione della presente direttiva, nonché quelle già in vigore in questo settore, siano portate a conoscenza delle persone interessate con tutti i mezzi opportuni e in tutto il territorio nazionale.

Articolo 16

Relazioni.

1. Gli Stati membri comunicano alla Commissione tutte le informazioni disponibili sull'applicazione della presente direttiva entro il 21 dicembre 2009 e successivamente ogni cinque anni.

La Commissione redige una relazione di sintesi che include un esame delle prassi correnti degli Stati membri in relazione all'articolo 4 per quanto riguarda il sesso quale fattore nel calcolo dei premi e delle prestazioni. Essa trasmette la relazione al

Parlamento europeo e al Consiglio entro il 21 dicembre 2010. Se del caso, la Commissione acclude alla relazione proposte di modifica della direttiva.

2. La relazione della Commissione tiene conto delle posizioni delle parti interessate.

Articolo 17
Recepimento.

1. Gli Stati membri mettono in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla presente direttiva entro e non oltre il 21 dicembre 2007. Essi ne informano immediatamente la Commissione.

Quando gli Stati membri adottano tali disposizioni, queste contengono un riferimento alla presente direttiva o essere corredate di un siffatto riferimento all'atto della pubblicazione ufficiale. Le modalità di tale riferimento sono decise dagli Stati membri.

2. Gli Stati membri comunicano alla Commissione il testo delle disposizioni essenziali di diritto interno che essi adottano nel settore disciplinato dalla presente direttiva.

Articolo 18
Entrata in vigore.

La presente direttiva entra in vigore il giorno della pubblicazione nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea.

Articolo 19
Destinatari.

Gli Stati membri sono destinatari della presente direttiva.

Fatto a Bruxelles, il 13 dicembre 2004.

Per il Consiglio

Il presidente

B. R. BOT

BIBLIOGRAFIA

- R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2009.
- K. ADOMEIT, J. MOHR, *KommAGG, Kommentar zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz*, Richard Boorbergverlagsgesellschaft, Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden, 2007.
- A.S. AGRÒ, Art. 3, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione italiana*, Bologna-Roma, 1975.
- M. AIMO, *Le discriminazioni basate sulla religione e sulle convinzioni personali*, in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, (a cura di M. Barbera) Milano, Giuffrè, 2007.
- M. ALENFELDER, *Diskriminierung im Arbeitsrecht: Das neue Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz*, Deubner Recht & Praxis, Köln, 2006.
- F. AMATO, *Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione. Riflessioni e prospettive per la realizzazione di una società multietnica*, in *LD*, 1, 2003.
- F. AMATO, *L'azione individuale e l'azione collettiva*, in M. Barbera (a cura di), *La riforma delle istituzioni e degli strumenti delle politiche di pari opportunità*, in *NLCC*, 2003, 757.
- F. AMATO, M. BARBERA, L. CALAFÀ, *Note sul progetto di Codice delle pari opportunità tra uomo e donna*, in *www.cgil.it*.
- F. AMATO, M. BARBERA, L. CALAFÀ, *Codificazioni mancate: riflessioni critiche sul codice delle pari opportunità*, in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, (a cura di M. Barbera), Milano, Giuffrè, 2007.
- M. ARSÌ, *I servizi pubblici locali*, in *Trattato di Diritto Amministrativo*, Tomo II, S. Cassese (a cura di), Giuffrè, Milano, 2003.
- J. BACKFISCH, M. WILLERT, J. KISSEL, *AGG für Dummies*, Wiley-Vch Verlag, Weinheim, 2006.
- S. BAER, *Dignity or Equality? Responses to Workplace Harassment in European, German and US Law*, in MacKinnon, Catharine A., Siegel, Reva (eds.), *Directions in Sexual Harassment Law*, New Haven 2003.
- S. BAER, *"The End of Private Autonomy" or Rights-Based Legislation? The Anti-Discrimination Law Debate in Germany*, in *Annual of German and European Law (AGEL)*, R. A. Miller, P. Zumbansen (eds), Berghahn Books, 2004, pp. 323-333.
- S. BAER, M. HOHEISEL (eds.), *Between Success and Disappointment. Gender Equality Policies in an Enlarged Europe*, Kleine Vaerlag, Bielefeld, 2008.
- R.J. BÄHRLE, *Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz in der arbeitsrechtlichen Praxis*, Richard Boorbergverlagsgesellschaft, Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden, 2007.
- M. V. BALLESTRERO, *Le azioni positive fra eguaglianza e diritto diseguale*, in *Nuove Leggi Civili e Commentate*, 1994.
- J.H. BAUER, B. GÖPFERT, S. KRIEGER, *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz Kommentar*, Verlag C. H. Beck oHG, Monaco, 2008.

- H.-J. BAUSCHKE, *AGG - Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz im öffentlichen Dienst, Kommentar*, Luchterhand, Köln, 2007.
- M. BARBERA, *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, in *DLRI*, 2003, 3-4.
- M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano, Giuffrè, 2007.
- M. BARBERA, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità*, in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, (a cura di M. Barbera), Milano, Giuffrè, 2007.
- M. BARBERA, *Le discriminazioni basate sulla disabilità*, in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, (a cura di M. Barbera) Milano, Giuffrè, 2007.
- P. BARILE, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1972.
- M.A. BARRÈRE UNZUETA, *Diritto antidiscriminatorio, femminismo e multiculturalismo, Il principio di uguaglianza di donne e uomini come strategia per una rilettura giuridica*, in *Diritti delle donne tra particolarismo e universalismo, Ragion pratica*, n. 23, 2004, 364.
- K. BARTLETT, A. P. HARRIS, D. RHODE, *Gender and the Law*, Aspen Publishers, New York, 2002.
- V. BEGHINI, *La giurisprudenza italiana sulle discriminazioni di genere. L'azione individuale sommaria contro le discriminazioni di genere in alcune pronunce di merito*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2008, 4, pp. 813-819.
- M. BELL, *Anti-discrimination law and the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2002.
- M. BELL, *The implementation of European Antidiscrimination Directives: converging towards a common model*, in *The political quarterly*, vol. 79, 1, 2008, 42.
- T. BEZANI, M. RICHTER, *Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz im Arbeitsrecht*, RWS Verlag Kommunikationsforum, Köln, 2006; B. BOEMKE, F.-L. DANKO, *AGG im Arbeitsrecht*, Springer, Leipzig-Dresden, 2006.
- O. BONARDI, *Le discriminazioni basate sull'età*, in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, (a cura di M. Barbera) Milano, Giuffrè, 2007.
- J. BROWNE, *The principle of equal treatment and gender*, in *The Future of Gender*, J. Browne (eds.), Cambridge University Press, Cambridge, 2007.
- S. BUSCH, *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, Bund-Verlag, Frankfurt am Main, 2007.
- J. BUSCHE, *Effektive Rechtsdurchsetzung und Sanktionen*, in LEIBLE/SCHLACHTER (Hg.) *Diskriminierungsschutz durch Privatrecht*, Sellier European Law Publishers, 2006.
- M. CAIELLI, *Le azioni positive nel costituzionalismo contemporaneo*, Jovene, Napoli, 2008.
- L. CALAFÀ, *Disabilità, discriminazione e molestia "associata": il caso Coleman l'estensione elastica del campo di applicazione soggettivo della direttiva 2000/78*, in *Rivista critica di diritto del lavoro*, 2008, 4, p. 1169-1172.
- L. CALAFÀ, *Le discriminazioni basate sull'orientamento sessuale*, in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, (a cura di M. Barbera) Milano, Giuffrè, 2007.
- L. CALAFÀ e D. GOTTARDI, *Il diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa* (a cura di), Ediesse, Roma, 2009.

- E. CARACCILO DI TORELLA, *The Goods and Services Directive: limitations and opportunities*, in *Feminist Legal Studies* (2005), 13, 337–347, Springer.
- A. CELOTTO, *Art. 3, comma 1*, in R. Bifulco – A. Celotto – M. Olivetti (a cura di), *La Costituzione italiana, Commento agli artt. 1-54*, Torino, 2006.
- M. CENTINI, *La tutela contro gli atti di discriminazione: la dignità umana tra il principio di parità di trattamento ed il divieto di discriminazioni soggettive*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3, 2007, p. 2403-2449.
- A. CERRI, *L'eguaglianza giuridica nei rapporti interprivati: spunti e riflessioni a partire dalla giurisprudenza in materia di lavoro*, in *Foro it.*, 1992, I.
- A. CERRI, *L'eguaglianza giuridica nel diritto privato*, in *Studi in onore di P. Biscaretti di Ruffia*, Tomo I, Milano, 1987.
- E. CISLAGHI, *Pensare il genere per un'analisi complessa*, in *Genere e pari opportunità: teorie e pratiche, Quaderni del Dipartimento di Scienze giuridiche*, n. 20, 2004.
- R. W. CONNEL, *Gender and the power*, Stanford University Press, Stanford, California, 119 ss.
- L. CURCIO, *Le azioni in giudizio e l'onere della prova*, in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, (a cura di M. Barbera), Milano, Giuffrè, 2007.
- A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale*, Cedam, Padova, 2002.
- W. DÄUBLER, M. BERTZBACH, *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz Handkommentar*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2008.
- L. DE ANGELIS, *Regole del mercato del lavoro e tutela antidiscriminatoria. Il danno da discriminazioni tra risarcimento e sanzione civile*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2008, 4, pp. 599-606.
- G. DE MARZO (a cura di), *Il codice delle pari opportunità*, Milano, Giuffrè, 2007.
- G. DE SIMONE, *Dai principi alle regole – Eguaglianza e divieti di discriminazione nella disciplina dei rapporti di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2001.
- F. DELLO SBARBA, *I servizi pubblici locali: modelli di organizzazione e di gestione*, Torino, Giappichelli, 2009.
- M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, in *Trattato di Diritto Amministrativo*, Tomo III, S. Cassese (a cura di), Giuffrè, Milano, 2003.
- P. DURET, *Partecipazione procedimentale e legittimazione processuale*, Torino, 1996.
- P. DURET, *Riflessioni sulla legittimatio ad causam in materia ambientale tra partecipazione e sussidiarietà*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 3, 688 ss.
- E. ELLIS, *EU Anti-discrimination law*, Oxford University Press, Oxford, 2005.
- C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958.
- C. FAVILLI, *La non discriminazione nell'Unione europea*, il Mulino, Bologna, 2008
- S. FREDMAN, *Women and the Law*, Oxford University Press, 2002.
- R. GAIER, Holger Wendtland, *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz - AGG*, Verlag C. H. Beck oHG, München, 2006.
- A. GENTILI, *Il principio di non discriminazione nei rapporti civili*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2009, 2, pp. 207 – 231.

- L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza, donne e diritto*, Il Mulino, Bologna, 2005.
- T. GERMANO, *Il codice delle pari opportunità tra uomo e donna*, in *Il lavoro nella Giurisprudenza*, 8/2006. D. GOTTARDI, *Il Codice italiano delle pari opportunità e la direttiva comunitaria*, in *GL*, 37, 2006, 31.
- L. GIANFORMAGGIO, *L'eguaglianza e le norme*, in *Scritti per Umberto Scarpelli*, (a cura di L. Gianformaggio), Giuffrè, Milano, 1997.
- D. GOTTARDI, *Le discriminazioni basate sulla razza e sull'origine etnica*, in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, (a cura di M. Barbera), Milano, Giuffrè, 2007.
- R. GRAYCAR, J. MORGAN, *The hidden gender of the law*, The federation press, Sydney, 2002.
- O. GRIEBENOW, L. VEITH, *Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz im Unternehmen*, Verlag Mittelstand und Recht, Karlsruhe, 2007.
- G. GRIFFIN, R. BRAIDOTTI (eds.), *Thinking differently*, Zed books, London, 2002.
- L. GUAGLIONE, *Le discriminazioni basate sul genere*, in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, (a cura di M. Barbera), Milano, Giuffrè, 2007.
- F. GUARIELLO, *Il ruolo delle istituzioni e della società civile*, in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, (a cura di M. Barbera), Milano, Giuffrè, 2007.
- A. GUARISO, *I provvedimenti del giudice*, in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, (a cura di M. Barbera), Milano, Giuffrè, 2007, 585 e 586.
- A. GUARISO, *Le soluzioni conciliative*, in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, (a cura di M. Barbera), Milano, Giuffrè, 2007.
- G. GUIGLIA, *I servizi sociali nel processo di integrazione europea: dalla distinzione alla regolazione*, in *Jus*, 3, 2009.
- S. HOPFNER, V. Naumann, *Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz*, Verlag Versicherungswirtschaft, Karlsruhe, 2007.
- D. LA ROCCA, *Le discriminazioni nei contratti di scambio di beni e servizi, Eguaglianza e libertà contrattuale nel diritto europeo: le discriminazioni nei rapporti di consumo*, Torino, Giappichelli, 2008.
- D. LA ROCCA, *Le discriminazioni nei contratti di scambio di beni e servizi*, in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, (a cura di M. Barbera), Milano, Giuffrè, 2007.
- L. LAZZERONI, *Molestie e molestie sessuali: nozioni, regole, confini*, in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, (a cura di M. Barbera), Milano, Giuffrè, 2007.
- C. LEISTEN, *Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz – Leitfaden für Betriebsräte*, Edition der Hans Böckler Stiftung, Düsseldorf, 2007.
- F. LIGUORI, *I servizi pubblici locali*, Torino, 2007; S. MANGIAMELI (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Giappichelli, Torino, 2008.
- P. LOI, *Regole del mercato del lavoro e tutela antidiscriminatoria. La ragionevolezza come predicato delle differenze di trattamento*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2008, 4, pp. 481 – 514.
- E. LOMBARDO, *Integration or setting the Agenda? Gender mainstreaming in the European constitution-making process*, in *Social Politics International Studies in Gender, State and Society*, Oxford university press, 2005, 412 ss.

- A. MAESTRONI, *I recenti orientamenti dei giudici amministrativi sulla partecipazione al procedimento amministrativo e sulla legittimazione ad agire delle associazioni ambientaliste*, in *Riv. giur. Ambiente*, 2001, 02, 307.
- A. MAESTRONI, *Associazioni ambientaliste e interessi diffusi*, in *Codice dell'Ambiente*, S. Nespore, A.L. De Cesaris, (a cura di), Milano, Giuffrè, 2009, pp. 435 – 493.
- D. MAFFEIS, *Libertà contrattuale e divieto di discriminazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 2, 401.
- D. MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Milano, 2007.
- M. MANTELLO, *Autonomia dei privati e principio di non discriminazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2008.
- G. MEINEL, J. HEYN, S. HERMS, *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz Kommentar*, Verlag C. H. Beck oHG, München, 2007.
- A. MARAZZI, *La non discriminazione dei lavoratori fondata sulla nazionalità nella C.E.E.*, Cedam, Padova, 1964.
- S. MAZEV, *Gender mainstreaming in the EU: principles and practice*, London, Kogan Page, 2001.
- A. MCCOLGAN, *Discrimination Law*, Hart Publishing, Portland, 2005.
- A. MCCOLGAN, *La directive relative aux biens et aux services: oeuf de vicaire ou quasi-bénédiction?*, in *Revue du droit européen de l'égalité des genres*, n. 1/2009, in <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=641&langId=it&moreDocuments=yes>.
- M.C. MAZZONI, *Contratti di massa e controlli nel diritto privato*, Jovene, Napoli, 1975.
- J.-A. MEYER, R. SCHLEUS, E. BUCHHOP, *Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) in KMU, Studie zu Kenntnisse, Erfahrungen und Erwartungen im Mittelstand*, Josef EUL Verlag, Lohmar - Köln, 2007.
- A. MINERVINI (a cura di), *Il codice delle pari opportunità. Pari opportunità nel lavoro*, Napoli, Jovene, 2008.
- M. MINOW, *Learning to live with the Dilemma of Difference: Bilingual and Special Education*, *Law and Contemporary Problems*, 48, 2, 1984
- M. MINOW, *Making all the difference. Inclusion, exclusion, and American law*, Cornell University Press, Ithaca-London, 1990.
- D. MORONDO TARAMUNDI, *Il dilemma della differenza nella teoria femminista del diritto*, ES@, Pesaro, 2004.
- P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gli atti discriminatori nel diritto civile, alla luce degli artt. 43 e 44 del T.U. Immigrazione*, in *Dir. famiglia* 2002, 1.
- P. MOROZZO DELLA ROCCA (a cura di), *Principio di uguaglianza e divieto di compiere atti discriminatori*, ESI, Napoli, 2002.
- C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Tomo II, Padova, 1976.
- C.A. MURCIA, *La Legge 22 Marzo 2007, n. 3: una svolta del diritto spagnolo nel conseguimento della reale parità tra donne e uomini*, in *Il diritto del mercato del lavoro*, 2007, 1-2, pp. 49 – 75.
- N. NAFFINE, R. J. OWENS, *Sexing the subject of law*, Lbc, 1997.
- S. NICCOLAI, *Differenze come cose o come valutazioni*, in F. Cerrone, M. Volpi (a cura di), *Sergio Panunzio. Profilo intellettuale di un giurista*, Jovene, Napoli, 2007.

- S. NICCOLAI, *I rapporti di genere nella costruzione costituzionale europea. Spunti a partire dal metodo aperto di coordinamento*, in *Politica del diritto*, XXXVII, 4, 2006.
- C. NOLLERT-BORASIO, M. PERRENG, *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), Basiskommentar zu den arbeitsrechtlichen Regelungen*, Bund-Verlag GmbH, Frankfurt am Main, 2006.
- K. NOUSIAINEN, *Unification (or not) of Equality Bodies and Legislation*, *European Gender Equality Law Review*, no. 2/2008 pp. 24-33, in <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=641&langId=it&moreDocuments=yes>, 2009.
- A. PACE, *Eguaglianza e libertà*, in *Politica del diritto*, 2, 2001.
- L. PALADIN, *Il principio costituzionale di eguaglianza*, Milano, 1965.
- G. PASETTI, *Discriminazioni in diritto privato e precetto costituzionale di eguaglianza*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Padova, 1974.
- B. PEZZINI, *Guardare il diritto con la coscienza del genere: la democrazia paritaria*, in AA.VV., *Regioni: quali Statuti e quali leggi elettorali?*, Roma, Presidenza del Consiglio dei Ministri, 2003, 112.
- B. PEZZINI, *Diritti sociali tra uniformità e differenziazione: legislazione e politiche regionali in materia di pari opportunità, previdenza e lavoro dopo la riforma del titolo V*, Milano, Giuffrè, 2005.
- B. PEZZINI, *I diritti sociali del non cittadino*, Relazione al convegno annuale A.I.C. "Lo statuto costituzionale del non cittadino", Cagliari, 16-17 ottobre 2009, in www.associazioneconstituzionalistiitaliani.it.
- B. PEZZINI, *Il riequilibrio di genere nella legislazione elettorale*, in R. D'Alimonte, C. Fusaro
- B. PEZZINI, *L'art. 117, 7° comma e la definizione dell'ambito delle pari opportunità*, in B. Pezzini (a cura di), *Diritti sociali tra uniformità e differenziazione*, Giuffrè, Milano, 2005.
- B. PEZZINI, *L'uguaglianza uomo-donna come principio anti-discriminatorio e come principio anti-subordinazione*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare, Il diritto costituzionale come regola e limite al potere* (a cura di G. Brunelli - A. Pugiotto - P. Veronesi), Jovene, Napoli, 2009, 1141 ss.
- (a cura di), *La legislazione elettorale italiana. Come migliorarla e perché*, il Mulino, Bologna, 2008.
- B. PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali: indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*, Milano, Giuffrè, 2001.
- B. PEZZINI, *Le quote come strumento di empowerment*, in AA.VV., *La parità dei sessi nella rappresentanza politica*, Giappichelli, Torino 2003.
- B. PEZZINI, *Principio costituzionale di uguaglianza e differenza tra i sessi (a proposito della legge 125/1991 sulle azioni positive)*, in *Pol. dir.*, 1993.
- B. PEZZINI, *Uguaglianza e matrimonio. Considerazioni sui rapporti di genere e sul paradigma eterosessuale nel matrimonio secondo la Costituzione italiana*, in *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto*, (a cura di) B. Pezzini, Jovene, Napoli, 2008.
- T. PFEIFFER, *AGG. Das neue Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz*, Richard Boorbergverlagsgesellschaft, Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden, 2006.

- S. PICCONE STELLA, C. SARACENO, *Introduzione. La storia di un concetto e di un dibattito*, S. Piccone Stella, C. Saraceno (a cura di), *La costruzione sociale del femminile e del maschile*, Il Mulino, Bologna 1996.
- J. PILCHER, I. WHELEHAN, *50 Keys Concepts in Gender Studies*, Sage Publication Ltd, London, 2005.
- G. PIRNTKE, *Das neue Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz ein Unternehmensrisiko?*, Expert Verlagsgesellschaft, Renningen, 2007.
- T. PITCH, *Un diritto per due*, il Saggiatore, Milano, 1998.
- J. PLANTENGA, C. REMERY, J. RUBERY, *Gender mainstreaming of employment policies: a comparative review of 30 European countries*, European Commission, Directorate-General for employment, social affairs and Equal opportunities, Unit G1, 2007, Luxembourg, in <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=93&langId=en>.
- M. A., POLLACK, E. HAFNER-BURTON, *Mainstreaming gender in the European Union*, Cambridge, Harvard Law School, 2000.
- O. POLLICINO, *Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario*, 2005, Giuffrè Editore, Milano.
- S. M. RAI (ed), *Mainstreaming gender, democratizing the state: institutional mechanisms for the advancement of women*, Manchester, New York, Manchester university press, 2003.
- P. RESCIGNO, *Sul cosiddetto principio di eguaglianza nel diritto privato*, in *Foro it.*, 1960, parte I.
- K. RIESENHUBER, *Diskriminierungsverbot im Europäischen Vertragsrecht*, in *Schlachter/Leible* (Hg) *Diskriminierungsschutz durch Privatrecht*, (2006), 124-140, p. 128.
- R. ROESNER, *Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, Schenelleinstieg für die Personalarbeit*, Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm, Heidelberg, München, Landsberg, Berlin, 2006.
- B. RUDOLF, M. MAHLMANN, *Gleichbehandlungsrecht*, Nomos, 2007.
- I. RUGGIU, *Effettività del diritto e protezione delle minoranze. Per un principio costituzionale della diversità*, in *Polemos*, 1/2009, 27 ss.
- I. RUGGIU, *La diversità culturale come bene pubblico tra Europa e Stati costituzionali*, in *Rom e Sinti in Italia. Tra stereotipi e diritti negati*, (a cura di) R. Cerchi, G. Loy.
- W. RÜHL, H.P. VIETHEN, *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG)*, Verlag C. H. Beck oHG, München, 2007.
- U. RUST, J. FALKE, *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz mit weiterführenden Vorschriften Kommentar*, Erich Schmidt Verlag, Berlin, 2007.
- F.J. SACHER, G. THUSING, *Munchener Kommestar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, 2 Halbband: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, Verlag C. H. Beck oHG, Monaco, 2007.
- M. SARGEANT, *The Law on Age Discrimination in the EU*, Kluwer Law International, Zuidpoolsingel, 2008.
- S. SCARPONI e E. STENICO, *Le azioni positive: le disposizioni comunitarie, le luci e le ombre della legislazione italiana*, in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, (a cura di M. Barbera), Milano, Giuffrè, 2007.

- D. SCHIEK, *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) Ein Kommentar aus europäischer Perspektive*, Sellier European Law Publishers, 2007.
- D. SCHIEK, *Freedom of Contract and a Non-Discrimination Principle – Irreconcilable Antonyms?*, in *Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives*, (eds T. Loenen, P. R. Rodrigues), Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 1999.
- D. SCHIEK, L. WADDINGTON, M. BELL, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-discrimination law*, Hart Publishing, Portland, 2007.
- B. STEINKÜHLER, *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG). Die Umsetzung des AGG im Betrieb mit Handlungsempfehlungen für die Praxis*, Erich Schmidt Verlag, Berlin, 2007.
- D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto*, Cedam, Padova, 2008.
- G. STROZZI, *Diritto dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2009
- M. STUBER, *Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz in der betrieblichen Praxis*, Rudolf Haufe Verlag, München, 2006.
- C.R. SUNSTEIN, *A cosa servono le Costituzioni, Dissenso politico e democrazia deliberativa*, Mulino, Bologna, 2009.
- G. TESAURO, *Diritto Comunitario*, Cedam, Padova, 2008.
- S. TESTA BAPPENHEIM, *L'Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG): Lex sum, nihil humani a me alienum puto*, in *Diritto e Religioni*, n. 2- 2007.
- C. TOBLER, *Indirect Discrimination*, Intersentia, Antwerpen, Oxford, 2005.
- M. VERLOO, *Displacement and Empowerment. Reflections on the concept and practice of the council of Europe approach to gender mainstreaming and gender equality*, in *Social Politics International Studies in Gender, State and Society*, Oxford university press, 2005.
- D. VENTURI, *Osservatorio di giurisprudenza e politiche comunitarie del lavoro - Effettività della tutela comunitaria contro la discriminazione diretta fondata sull'handicap ed estensione dell'ambito soggettivo della tutela: il caso Coleman*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2008, 3, pp. 849-853.
- R. VILLATA, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, V ed., Giuffrè, Milano, 2008.
- M. KÄPPEL, K. WOLF, *AGG - Das neue Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz*, Walhalla Fachverlag, Regensburg, Berlin, 2007.
- J. KORELL *Diskriminierungsverbote im allgemeinen Zivilrecht? Probleme bei der Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien*, in *JURA*, 2006, 1-9, at 5.
- K. ZIPPEL, *The politics of sexual harassment: A Comparative Study of the United States, the European Union, and Germany*, Cambridge University Press, 2006.
- Manual for gender mainstreaming: employment, social inclusion and social protection policies*, European Commission, Directorate-General for Employment, social affairs and equal opportunities, Unit G-1, disponibile in www.imag-gendermainstreaming.at.
- Special Eurobarometer, Discrimination in the European Union Summary*, OPEEC, 2007.

Sono stati consultati i seguenti documenti pubblicati dalla Commissione europea:

AA.VV., *Access to goods and services: implementation of Directive 2004/113/EC*, 2007.

AA.VV., *Sex-segregated Services*, 2008.

S. PRECHAL, S. BURRI, *Gender Equality Law in 30 European Countries 2009 update*, 2009.

S. PRECHAL, S. BURRI, *EU Rules on Gender Equality: How are they transposed into national law?*, 2009.

S. BURRI, S. PRECHAL, *EU gender equality law*, 2008; S. PRECHAL, S. BURRI, *Gender equality law in 30 European countries*, 2008.

S. BURRI, A. MCCOLGAN, *Sex Discrimination in the Access to and Supply of Goods and Services and the Transposition of Directive 2004/113/EC*.

European Gender Equality Law Review, 2009 (1), 2008 (nr. 1 e 2).

S. BURRI, D. SCHIEK, *Multiple Discrimination in EU Law - Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination?*, 2009.

disponibili

in

<http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=641&langId=it&moreDocuments=yes>.