

# RIVISTA GIURIDICA DEL LAVORO E DELLA PREVIDENZA SOCIALE

*Fondata da Aurelio Becca e da Ugo Natoli  
già diretta da Luciano Ventura e da Giorgio Ghezzi*

**ANNO LIX - 2008 - N. 4**

*Trimestrale  
ottobre-dicembre 2008*

---

## **DIRETTORE**

*Piergiovanni Alleva*

## **COMITATO DIRETTIVO**

*Amos Andreoni, Vittorio Angiolini, Bruno Balletti, Marzia Barbera, Vincenzo Bavaro,  
Franca Borgogelli, Umberto Carabelli, Gaetano D'Auria, Antonio Di Stasi,  
Francesco Fabbri, Mario Giovanni Garofalo, Fausta Guarriello, Carmen La Macchia,  
Andrea Lassandari, Gianni Loy, Luca Nogler, Massimo Pallini, Adalberto Perulli,  
Massimo Roccella, Franco Scarpelli, Stefania Scarponi, Valerio Speciale,  
Sergio Vacirca, Bruno Veneziani, Lorenzo Zoppoli*

## **REDAZIONE**

*Andrea Allamprese, Guido Canestri, Carlo de Marchis,  
Lorenzo Fassina, Ginevra Galli, Antonino Sgroi*

## **COMITATO SCIENTIFICO**

*Gianni Arrigo, Gian Guido Balandi, Maria Vittoria Ballestrero, Marco Barbieri,  
Alessandro Bellavista, Paolo Boer, Olivia Bonardi, Piero Capurso, Franco Carinci,  
Maria Teresa Carinci, Bruno Caruso, Pasquale Chieco, Maurizio Cinelli,  
Franco Coccia, Adolfo Di Majo, Madia D'Onghia, Giuseppe Ferraro,  
Franco Focareta, Fabio Fonzo, Alessandro Garilli, Gino Giugni, Enrico Gragnoli,  
Raffaele Guariniello, Canio Lagala, Mariorosario Lamberti, Alberto Lepore,  
Franco Liso, Salvatore Mazzamuto, Luigi Menghini, Giovanni Naccari,  
Mario Napoli, Angelo Pandolfo, Alberto Piccinini, Andrea Proto Pisani,  
Federico Maria Putaturo Donati, Alessandra Raffi, Carlo Smuraglia,  
Ugo Spagnoli, Patrizia Tullini, Tiziano Treu, Lucia Valente, Roberto Voza*

## **SEGRETERIA DI REDAZIONE**

*Maria Clotilde Domenichini*

*Proprietario ed editore*

Ediesse s.r.l.

Via dei Frentani, 4/A - 00185 Roma

Tel. 06/44870325 - Fax 06/44870335

E-mail: ediesse@cgil.it

Autorizzazione del Tribunale di Roma n. 3848/1954

*Segreteria di redazione*

Via dei Frentani 4/A - 00185 Roma

Tel. 06/44870323 - Fax 06/44870335

E-mail: rgl.redazione@mail.cgil.it

*Ufficio abbonamenti*

Tel. (06) 44870283 - Fax (06) 44870335

Dal lunedì al venerdì 10-13 / 14-16,30

E-mail: ediesse@cgil.it

*Tariffe di abbonamento*

ordinario 100,00 euro; estero 200,00 euro

Agli studenti universitari che abbiano uno specifico interesse per il diritto del lavoro verrà riconosciuto lo sconto del 50% presentando la richiesta del Docente che segue la loro attività.

L'importo dell'abbonamento può essere versato sul conto corrente postale n. 935015, intestato a Ediesse, specificando la causale.

Una copia: 33,00 euro; arretrati: 66,00 euro

*Progetto grafico e fotocomposizione*

EDIESSE

*Stampa*

O.GRA.RO. s.r.l.

Vicolo dei Tabacchi, 1 - 00153 Roma

*Egregio Abbonato,*

*ai sensi dell'art. 10 della legge n. 675/1996 La informiamo che i Suoi dati sono conservati nel nostro archivio informatico e saranno utilizzati dalla nostra società, nonché da enti e società esterne ad essa collegate, solo per l'invio di materiale amministrativo, commerciale e promozionale derivante dalla ns. attività. La informiamo inoltre che, ai sensi dell'art. 13 della Legge, Lei ha il diritto di conoscere, aggiornare, cancellare, rettificare i suoi dati o opporsi all'utilizzo degli stessi, se trattati in violazione della legge.*



Associato all'USPI  
Unione Stampa Periodica Italiana

PARTE I  
DOTTRINA

TEMA

Regole del mercato del lavoro e tutela antidiscriminatoria

*Marzia Barbera*

Introduzione.

L'effetto trasversale del principio di non discriminazione 469

*Piera Loi*

La ragionevolezza come predicato delle differenze di trattamento 481

*Gianni Loy*

Contratti formativi, contratti di inserimento  
e principio di non discriminazione per età 515

*Loredana Zappalà*

Flessicurezza, pari opportunità e non discriminazione:  
i percorsi (quasi sempre) virtuosi delle politiche  
e del diritto sociale europeo 537

*Olivia Bonardi*

Diritto alla sicurezza sociale e divieti di discriminazione 565

*Luigi de Angelis*

Il danno da discriminazioni tra risarcimento e sanzione civile 599

PARTE II  
GIURISPRUDENZA

## IL CASO I

Discriminazione razziale e accesso al lavoro: il caso *Feryn**Daniela Izzi*

Il divieto di discriminazioni razziali preso sul serio 765

*Davide Strazzari*Corte di Giustizia e discriminazione razziale:  
ampliata la tutela della discriminazione diretta? 776*(Corte di Giustizia Ce, 10 luglio 2008, causa C-54/07, Sez. II)*

## IL CASO II

La giurisprudenza italiana sulle discriminazioni di genere

*Serena Zitti*

Donne, accesso al lavoro e progressioni di carriera

*(Corte d'Appello Torino, 14 maggio 2008, Sez. lav.**Tribunale Firenze, 10 dicembre 2007, Sez. I pen.**Tribunale Prato, 21 novembre 2007**Tribunale Treviso, 22 settembre 2006)* 799*Valentina Beghini*L'azione individuale sommaria contro le discriminazioni di genere  
in alcune pronunce di merito*(Tribunale Venezia, 2 aprile 2008)* 813*Cristina Cominato*

Il requisito essenziale nella discriminazione indiretta

*(Tar Sardegna, 29 novembre 2007, n. 2181, Sez. II, decr.)* 825*Marco Peruzzi*

Sul licenziamento «discriminatorio» della lavoratrice madre

*(Tribunale Milano, 9 agosto 2007, Sez. lav.**Tribunale Forlì, 22 marzo 2007, ord.)* 833

## OSSERVATORIO

## LA CORTE COSTITUZIONALE

Le decisioni nel trimestre luglio-settembre 2008

Rapporto di lavoro 845

Sicurezza sociale 849

*A cura di Lorenzo Fassina e Massimo Pallini*

## RAPPORTO DI LAVORO

*Barbara Caponetti*Abuso del diritto al congedo parentale e licenziamento  
per giusta causa*(Cassazione, 16 giugno 2008, n. 16207, Sez. lav.)* 853*Carlo de Marchis*Il difficile equilibrio della tutela del lavoratore a termine  
in bilico tra nullità totale, trasformazione  
e prospettive indennitarie del legislatore*(Cassazione, 21 maggio 2008, n. 12985)* 861*Enrico Maria Terenzio*L'onere della prova del danno da dequalificazione  
può essere assolto anche per presunzioni*(Cassazione, 26 marzo 2008, n. 7871, Sez. lav.)* 878*Laura Calafà*Disabilità e lavoro: il diritto di scelta della sede del lavoratore  
(non solo) pubblico*(Cassazione, 7 marzo 2008, n. 7945, Ss.Uu. civ.)* 886*Luciana Forte*Il licenziamento illegittimo della lavoratrice madre  
e le sue conseguenze*(Cassazione, 3 marzo 2008, n. 5749, Sez. lav.  
Corte d'Appello Torino, 24 aprile 2008)* 895

<i>Domenico Pizzonia</i> Controllo della posta elettronica, tutela della <i>privacy</i> e potere di controllo ( <i>Cassazione, 19 dicembre 2007, n. 47096, Sez. V pen.</i> )	907
<i>Luigi Menghini</i> Fiscalizzazione degli oneri sociali e sistema retributivo a cottimo ( <i>Corte d'Appello Bologna, 17 dicembre 2007, Sez. lav.</i> )	919
<i>Michelangelo Salvagni</i> Il datore di lavoro ha sempre l'obbligo di tutelare l'integrità fisio-psichica dei dipendenti contro il rischio di aggressioni criminose di terzi ( <i>Tribunale Torino, 27 marzo 2008, Sez. lav.</i> <i>Tribunale Torino, 27 marzo 2008, Sez. lav.</i> <i>Tribunale Torino, 5 maggio 2008, Sez. lav.</i> )	932
<i>Ivan Turco</i> La necessaria specificazione delle cause che legittimano il ricorso alla somministrazione di lavoro ( <i>Tribunale Bologna, 8 febbraio 2008</i> )	946
<i>Raffaele Garofalo</i> La tutela del lavoratore in caso di annullamento delle dimissioni ( <i>Tribunale Lecce, 31 ottobre 2007, Sez. lav.</i> )	958
<i>Pierpaolo Miglietta</i> Violazione della normativa antiriciclaggio: la duplice posizione soggettiva non esclude la sanzionabilità del comportamento «eccessivamente disinvolto» ( <i>Tribunale Asti, 31 luglio 2007</i> )	967
DIRITTO SINDACALE	
<i>Anna Maria Grasso</i> Comandata in caso di sciopero proclamato da una sola componente della Rsu ( <i>Cassazione, 26 novembre 2007, n. 24581, Sez. lav.</i> )	979

## SICUREZZA SOCIALE

*Gina Turatto*

Prestazioni agli invalidi civili e trattamento degli stranieri:  
la lunga marcia della Corte Costituzionale verso la parità  
(*Corte Costituzionale, 30 luglio 2008, n. 306*)

991

*Daniele Costanzi*

Sul requisito reddituale per la pensione di invalidità  
(*Corte Costituzionale, 24 aprile 2008, n. 115, ord.*)

1010

*Lucia Valente*

Danno differenziale, fallimento del datore di lavoro:  
l'art. 1917 cod. civ. ancora davanti alla Corte Costituzionale  
(*Cassazione, 13 maggio 2008, n. 11921, Sez. lav., ord.*)

1016



---

La *Rivista giuridica del lavoro* si unisce commossa ai familiari di Vittorio Foa e ne ricorda il grandissimo valore come studioso e come politico, la curiosità e l'ottimismo e una infaticabile tenacia nel costruire il nuovo.

Nei prossimi numeri la *Rivista* ne ricorderà più diffusamente la figura.

*La Direzione*

---



PARTE I  
DOTTRINA



# IL TEMA

REGOLE DEL MERCATO DEL LAVORO E TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA

---

*Marzia Barbera* (\*)

## INTRODUZIONE. L'EFFETTO TRASVERSALE DEL PRINCIPIO DI NON DISCRIMINAZIONE

1. — Questa sezione della *Rivista* è interamente dedicata alla rilettura di alcuni dei mutamenti in atto nel Diritto del lavoro e nel sistema di *welfare* alla luce delle prescrizioni dettate dal diritto antidiscriminatorio, vale a dire di quel *corpus* di norme volte a impedire, attraverso obblighi di natura negativa, che il destino delle persone sia determinato da *status* naturali o sociali ascritti (il sesso, la razza, l'origine etnica e via dicendo) e, al tempo stesso, a consentire, attraverso obblighi di natura positiva, che identità soggettive differenti siano tutte egualmente riconosciute e tutelate.

Il taglio dell'indagine è trasversale, cosa che dipende dalla natura stessa dei divieti di discriminazione, che, a esclusione di limiti espressi, hanno una portata generale – interessano, cioè, potenzialmente tutti gli ambiti della vita lavorativa e del *welfare* –, ma anche dal fatto che la chiave di lettura scelta dagli autori è quella della verifica degli effetti delle recenti riforme che hanno riguardato il rapporto di lavoro e il rapporto previdenziale in termini di giustizia distributiva. Molte di tali riforme hanno preso le mosse dall'intento dichiarato di rendere il mercato del lavoro non solo più flessibile, e dunque più efficiente, ma anche più inclusivo, e dunque più equo, correggendo le disuguaglianze orizzontali che dividono chi ha un lavoro stabile, un reddito sicuro e la ragionevole previsione di mantenerlo anche alla fine della vita attiva, da chi non ha ne gli uni né l'altra.

Quando si tratta di valutare la bontà di un tal genere di misure, è cruciale verificare se gli strumenti indicati dal legislatore siano adeguati a perseguire i fini voluti o se, invece, il risultato finale, come avviene spesso per l'azione politica, non finisca per essere inadeguato o persino contrario agli scopi originari. Leggere la regolazione pubblica del mercato del lavoro at-

---

(\*) Ordinaria di Diritto del lavoro presso l'Università degli Studi di Brescia.

traverso le lenti affinate della tutela antidiscriminatoria rivela con particolare chiarezza gli esiti reali (ivi compresi gli esiti secondari, anche non voluti) dell'azione politica, prevedere i quali starebbe, a dire il vero, al cuore stesso di quel senso della responsabilità la cui mancanza costituisce, come osservava Max Weber, uno dei peccati mortali che si danno sul terreno della politica.

Questa coerenza tra mezzi e fini delle scelte come requisito dell'azione pubblica è il primo corollario dell'applicazione del principio di non discriminazione. Il richiamo alla responsabilità per le conseguenze dell'azione intrapresa ritorna con forza alla mente leggendo alcuni passaggi della sentenza *Mangold* – la prima decisione resa dalla Corte di Giustizia in materia di discriminazioni per età –, con la quale i giudici comunitari hanno respinto le giustificazioni offerte dal governo tedesco riguardo all'esclusione dei lavoratori anziani dalla tutela generale prevista contro l'abuso del ricorso al contratto a termine:

«Una siffatta normativa, nella misura in cui considera l'età del lavoratore di cui trattasi come unico criterio di applicazione di un contratto di lavoro a tempo determinato, senza che sia stato dimostrato che la fissazione di un limite di età, in quanto tale, indipendentemente da ogni altra considerazione legata alla struttura del mercato del lavoro di cui trattasi e dalla situazione personale dell'interessato, sia obiettivamente necessaria per la realizzazione dell'obiettivo dell'inserimento professionale dei lavoratori anziani in disoccupazione, deve considerarsi eccedente quanto è appropriato e necessario per raggiungere la finalità perseguita».

Ma la Corte va più in là dell'utilizzo di argomenti di efficienza strumentale, chiedendo al decisore politico di prendere in considerazione le ragioni dell'eguaglianza alla luce del criterio stringente della proporzionalità:

«Il rispetto del principio di proporzionalità richiede, infatti, che qualsiasi deroga a un diritto individuale prescriva di conciliare, per quanto possibile, il principio di parità di trattamento con l'esigenza del fine perseguito».

Qui il principio di eguaglianza non opera solo come struttura trilaterale di giudizio, che implica la messa a confronto di due o più situazioni disciplinate in modo diverso o eguale nella prospettiva della finalità perseguita, ma diventa piuttosto un valore in sé, da bilanciare rispetto a qualunque altra finalità pubblica. Cosa questo comporti diventa più chiaro ricordando le tesi di Alexy circa la funzione giocata dall'eguaglianza in quanto principio che interviene nella stessa operazione di bilanciamento

effettuata all'interno del controllo di proporzionalità (1). L'eguaglianza, in questo caso, consentirebbe di stabilire una gerarchia di valori tale da assegnare un rango tendenzialmente prevalente alla tutela di alcune caratteristiche costitutive dell'identità delle persone (in *Mangold*, l'età) rispetto a qualsivoglia interesse pubblico.

2. — Questo e altri aspetti del legame fra ragionevolezza, eguaglianza e divieti di discriminazione sono indagati da Piera Loi nel saggio di apertura. L'Autrice, in particolare, si interroga sulla possibilità di trasferire nel contesto europeo, e soprattutto in quello italiano, lo schema dei controlli di eguaglianza della Corte Suprema nordamericana, che si basano su una tassonomia delle discriminazioni tale per cui, in presenza di *suspect classifications*, cioè di qualificazioni che si riferiscono a elementi essenziali della persona e che identificano un gruppo sociale tipicamente destinatario di discriminazioni, il controllo giudiziale assume un carattere particolarmente severo, giustificato dalla necessità di proteggere diritti essenziali della persona. Il saggio esplora questo problema esaminando qualche esempio concreto dell'uso della ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale e ordinaria nazionale (in particolare la sentenza n. 432 del 28 novembre 2005, nella quale la Corte Costituzionale ha aperto un cammino, non privo di contraddizioni e ostacoli (2), che potrebbe portare al riconoscimento dei diritti sociali svincolati dallo *status* di cittadinanza) e nella giurisprudenza comunitaria. Ciò che traspare dalle sentenze aventi a oggetto le discriminazioni fondate sull'età, sull'*handicap*, sull'assunzione con contratto a tempo determinato, osserva l'Autrice, è che il principio di eguaglianza consente alla Comunità di ritagliarsi spazi di controllo della sovranità nazionale che le sarebbero preclusi da un metodo di integrazione *soft* quale quello del coordinamento aperto delle politiche per l'occupazione e di spostare i confini mobili della regolazione multilivello. In alcune decisioni (come in *Mangold*), la Corte arriva a utilizzare i divieti di discriminazione come una sofisticata forma di regolazione della concorrenza nel mercato del lavoro comunitario; in altre (come in *Chacon Navas*), il nesso fra funzionamento del mercato del lavoro e tutela antidiscriminatoria risulta meno chiaro, il che rende difficile individuare in modo univoco la *ratio* dell'intervento comunitario. Quel che risulta chiaro, tuttavia, come si legge in conclusione del saggio, è che il modello regolativo delle

---

(1) Cfr. P. Loi, in questo fascicolo della *Rivista*.

(2) Si veda *infra*, paragrafo 7.

Direttive del 2000 (la Direttiva n. 2000/43, contro le discriminazioni razziali ed etniche, e la Direttiva quadro n. 2000/78, contro le discriminazioni basate sulla religione, l'età, la disabilità, l'orientamento sessuale) è espressione anch'esso di una reazione del diritto alla complessità, della tendenza a non attuare più il contemperamento di interessi confliggenti in via definitiva, attraverso una norma generale e astratta, ma a percorrere piuttosto la via giurisprudenziale del loro bilanciamento mobile, mediato dagli strumenti del giudizio di ragionevolezza. Il che, se, da una parte, conferma la portata del diritto antidiscriminatorio, dall'altra, è fonte di nuove preoccupazioni, giacché, in un orizzonte normativo in cui i diritti sociali sono ancora privi di uno *status* certo, e in cui non è ancora chiaro quale sia il modello di eguaglianza al quale la Corte di Giustizia si ispira, gli esiti del bilanciamento risultano fondati non su principi fondamentali di base certi, ma sull'esclusiva responsabilità di chi lo compie – i giudici –, con vistosi rischi di perdita di autorità (come mostrano le reazioni tedesche alla sentenza *Mangold*).

3. — Il saggio di Gianni Loy, che segue, è dedicato alla tutela dalle discriminazioni nella fase dell'accesso al mercato del lavoro.

Il problema da cui parte l'Autore è quello del progressivo mutamento della funzione originaria dei contratti formativi: un processo nel quale la funzione di acquisizione di una qualificazione professionale è stata nel tempo offuscata da quella di inclusione nel mercato del lavoro. Nel passaggio dal contratto di apprendistato al contratto di inserimento, la funzione strumentale – favorire la flessibilità e la riduzione del costo del lavoro – ha finito per prevalere su quella principale – garantire le professionalità necessarie allo stesso mercato del lavoro.

Il diffondersi, in Italia e in altri paesi europei, di questi particolari modelli di avvio al lavoro, caratterizzati tutti da una marcata differenziazione di disciplina del rapporto e dalla selezione delle persone sulla base di determinate caratteristiche soggettive (in particolare, l'età), sarebbe stata favorita – sostiene l'Autore – dalla «cultura dell'azione positiva». Il diritto all'occupabilità avrebbe prevalso sul diritto alla parità di trattamento per una torsione impressa al principio di eguaglianza di opportunità, inteso in modo tale da giustificare deviazioni dal principio di eguaglianza formale in nome del principio di eguaglianza sostanziale.

In realtà, per restare al caso italiano, qualunque siano state le intenzioni del legislatore, è dubbio che ci si trovi di fronte ad effettive manifestazioni di una «cultura dell'azione positiva», e ciò per motivi che discendo-

no dalla nozione stessa di azione positiva ricavabile dal Diritto comunitario e nazionale. In primo luogo, le azioni positive presuppongono misure *scelte*, e non subite, da chi ne è beneficiario; in secondo luogo, a essere qualificate come azioni positive sono quelle misure che si traducono in un *trattamento preferenziale*, comportante *vantaggi* specifici che mirino a *evitare o compensare* svantaggi e ad assicurare *condizioni di effettiva eguaglianza*. Quando, come accade con il contratto di inserimento, il trattamento riservato ai soggetti destinatari è un trattamento svantaggioso rispetto a quello contrattuale e legale *standard*, imposto per legge, e che porta all'inserimento in posti di lavoro temporanei e di scarsa qualità, sembrerebbe che i caratteri identificativi delle azioni positive vengano a mancare del tutto (3). Resterebbe la possibilità di intendere l'obiettivo della promozione di condizioni di eguaglianza di opportunità nel mercato del lavoro come un obiettivo finale, non praticato immediatamente, ma postposto nel tempo: prima si include nel mercato del lavoro, poi si assicura un'occupazione di qualità. Ma neppure questo si tradurrebbe in un salvacredito di legittimità delle misure in questione, trattandosi comunque di differenze di trattamento basate su fattori di rischio (l'età, il sesso, la disabilità). In genere, il fatto di costituire *classificazioni benigne*, dirette a *differenziare per eguagliare*, assicura alle azioni positive di tipo rimediale-inclusivo una forma di controllo meno severa di quella utilizzata nei casi di impiego di *suspect classifications* (4). Il contratto di inserimento, tuttavia, non esce indenne neanche da questo genere di controllo, non solo rispetto alle finalità di partenza, agli esiti voluti dal legislatore, ma anche rispetto agli «esiti secondari», vale a dire agli effetti, forse non previsti, ma prevedibili, della misura, così prevalenti da rovesciare gli scopi originali indicati dalla legge. Lo strumento in esame non risulta adeguato a raggiungere nessuno degli obiettivi predicati dalla politica dei due tempi: né rispetto all'obiettivo intermedio, poiché la creazione di posti di lavoro transitori e precari non garantisce alcuna forma di inclusione e di aumento reale dell'occupazione; né rispetto all'obiettivo finale della promozione della qualità e stabilità del lavoro, poiché non è previsto nessuno specifico in-

---

(3) Si vedano, in proposito, le osservazioni a suo tempo avanzate in questo senso da G. De Simone, *Obiettivi e tecniche del diritto diseguale nei confronti dei lavoratori svantaggiati*, in M. V. Ballestrero, G. G. Balandi, *I lavoratori svantaggiati tra eguaglianza e diritto diseguale*, Bologna, Il Mulino, 2005, pp. 43 ss.

(4) Sul differente *standard* di giustificazione applicabile alle azioni positive si veda M. Barbera, *L'eccezione e la regola, ovvero l'eguaglianza come apologia dello status quo*, in B. Beccalli (a cura di), *Donne in quota*, Feltrinelli, Milano, 1999, pp. 91 ss.

tervento di stabilizzazione o di qualificazione dei lavoratori. Ma vi è di più: anche l'esito secondario (quello non voluto) della misura contrasta con le finalità indicate. Le preesistenti distorsioni del mercato – quei meccanismi di emarginazione e segregazione che portano le donne, i lavoratori più anziani e i disabili a essere esclusi in misura maggiore dal mercato del lavoro –, invece che essere contrastate, vengono rafforzate dalla possibilità di escludere tali categorie (e, nel caso delle donne, si tratta dell'intero universo) dal trattamento riservato alla generalità dei lavoratori. Il messaggio che viene inviato al mercato è che trattare questi lavoratori peggio degli altri è legittimo (5). Il saggio di Gianni Loy riprende anche la riflessione sulla portata delle deroghe ai divieti di discriminazione, segnalando i rischi di una lettura che enfatizzi l'aspetto della tutela individuale a scapito di politiche redistributive nell'ambito del mercato del lavoro: un tema, questo, che era stato evocato fin dall'inizio dai commentatori delle direttive di nuova generazione, e che costituisce uno degli aspetti più problematici dell'odierna tutela antidiscriminatoria.

4. — Il tema del rapporto che, all'interno dell'orizzonte del diritto antidiscriminatorio, intercorre fra dimensione individuale e dimensione collettiva, e tra tutela dei diritti della persona e tutela delle libertà economiche, ritorna anche nella recente sentenza *Feryn* della Corte di Giustizia (la prima che abbia a oggetto un'ipotesi di discriminazione razziale): «un autentico *leading case* sotto le spoglie di una sentenza laconica», come fa notare Daniela Izzi, che ha analizzato la decisione insieme a Davide Strazzari.

Nella prospettiva della Corte, la tutela del diritto del singolo si situa non più solo nella dimensione *micro* del rapporto individuale, ma in quella *macro* del mercato del lavoro. Fra le ipotesi interpretative prospettate dall'Avvocato Generale Maduro, quella su cui si è preferito far cadere la scelta, infatti, come osserva Izzi, mette in relazione l'ideale dell'eguaglianza in quanto pieno rispetto della persona umana e delle differenti caratteristiche di cui è portatrice, con la convenienza economica di un mercato del lavoro del quale anche le minoranze etniche siano componente attiva e produttiva. È probabile che, come ipotizza l'Autrice, dietro questa scelta della Corte di far leva soprattutto sull'obiettivo di promuovere le condizioni per una partecipazione più attiva sul mercato del lavoro delle minoranze etniche (enunciato nell'ottavo considerando della Direttiva) si celi l'intenzione di rimarcare che i benefici effetti derivanti da un mercato

---

(5) Cfr. G. De Simone, *op. cit.*, p. 65.

del lavoro europeo razzialmente integrato, anziché razzialmente segregato, siano anzitutto di carattere economico; ed è fuori di dubbio che il ricordarlo, in «un periodo di recessione e di “chiusura” indotta dalla paura come quello attuale», non sia affatto superfluo. Resta il fatto che la sentenza lascia spazio a interrogativi sulla nozione di discriminazione accolta dal Diritto comunitario per niente secondari. L'opzione della Corte di richiamarsi a un'interpretazione di carattere teleologico è stata in qualche modo resa obbligata dalla necessità di superare i limiti posti dal tenore letterale dell'art. 2 della direttiva – che lascerebbe intendere che il pregiudizio subito dalla vittima debba essere attuale e che un soggetto identificabile come vittima debba pur sempre esistere –, come sostiene Davide Strazzari? O la decisione di puntare direttamente sulla potenzialità lesiva delle dichiarazioni imprenditoriali, piuttosto che sulle conseguenze lesive da esse derivanti, risulta in verità perfettamente in linea con la disponibilità a colpire discriminazioni anche solo potenziali mostrata dal legislatore comunitario a partire proprio dal testo e dalla sistematica della Direttiva n. 2000/43, come sostiene Daniela Izzi? L'individuazione della promozione di condizioni per una partecipazione più attiva sul mercato del lavoro quale interesse giuridico promosso dalla direttiva ha davvero come conseguenza, come sostiene quest'ultimo, di «trasfigurare la tutela del bene garantito dalla legislazione antidiscriminatoria», nel senso che il comportamento discriminatorio cessa logicamente di essere incentrato sulla persona discriminata?

Personalmente non ritengo che la Corte abbia utilizzato l'argomento dell'equa partecipazione al mercato del lavoro perché era il solo modo di prescindere dalla identificabilità della vittima; limitazione, questa, che, a parere di Davide Strazzari, parrebbe invece destinata ad applicarsi sempre e comunque qualora il bene tutelato dalla direttiva fosse il bene morale della dignità della persona. Questa conclusione mi parrebbe logicamente inevitabile solo a patto di ammettere che le parole non possano essere, di per sé, il veicolo di un significato *socialmente riconoscibile* e che non producano effetti sul mondo esterno in un contesto di conoscenze condivise, ivi comprese conoscenze di tipo morale. E invece questa possibilità esiste, come ci suggeriscono alcuni straordinari passaggi delle conclusioni dell'Avvocato Generale Maduro, nei quali egli, citando Searle, ci dice che «gli enunciati linguistici sono e producono azioni».

«La dichiarazione pubblica di un datore di lavoro, secondo cui le persone di una determinata origine razziale o etnica non devono presentarsi, ha un effetto tutt'altro che ipotetico. Ignorare che ciò costituisce un atto

discriminatorio significherebbe ignorare la realtà sociale, in cui siffatte dichiarazioni hanno inevitabilmente *un impatto umiliante e demoralizzante* sulle persone aventi quell'origine che intendano accedere al mercato del lavoro e, in particolare, su quelle che sarebbero state interessate a essere assunte presso il datore di lavoro in questione. [...] Egli non si limita a parlare di discriminazione, bensì discrimina. Non si limita a pronunciare parole, bensì compie un "atto linguistico" [*speech act*]. L'annuncio secondo cui le persone di una determinata origine razziale o etnica non sono bene accette come candidati a un posto di lavoro costituisce quindi di per sé una forma di discriminazione».

È vero, però, che la Corte avrebbe fatto bene a esplicitare che la questione principale sollevata dal caso di specie era esattamente quella che l'Avvocato Generale pone in apertura alla sua opinione: «Contrariamente al senso comune, le parole possono far male. Ma possono costituire una discriminazione?». Una risposta più esplicita a questa cruciale questione avrebbe prodotto un potente antidoto giuridico a un discorso pubblico spesso avvelenato, e non solo nel nostro paese, da forme di aperto razzismo verbale.

5. — In parecchie occasioni è stato affermato, anche da chi scrive, che il diritto antidiscriminatorio dovrebbe servire a governare la frammentazione dei tipi contrattuali ed evitare che si trasformi in una frammentazione irragionevole delle tutele. Ma altrettanto frequentemente è stato osservato che questa funzione di bilanciamento dei rischi di segmentazione del mercato del lavoro che accompagnano la flessibilizzazione dei modelli contrattuali rischia di essere compromessa proprio dalla proliferazione delle forme di impiego, che rende sempre più difficile la comparazione necessaria a configurare un'ipotesi di discriminazione.

Il saggio di Loredana Zappalà ritorna su questo tema confrontandosi con l'interazione fra il diritto antidiscriminatorio e la versione più aggiornata della flessibilità, la «flessicurezza»: formula magica che dovrebbe ricomporre il *puzzle* del temperamento della ricerca dell'eguaglianza, della promozione dell'occupazione, della richiesta di flessibilità e del bisogno di sicurezza del lavoratore. La commistione fra linguaggio del diritto e linguaggio delle politiche occupazionali che si è verificata nell'ambito della Strategia europea per l'occupazione riserva alcune sorprese al giurista nazionale, ci dice l'Autrice. Se l'approccio delle istituzioni comunitarie al rapporto eguaglianza/sicurezza ha avuto il merito di evidenziare il collegamento fra la flessibilità e alcuni fattori di rischio connessi allo *status* con-

trattuale di lavoratore flessibile, le politiche di pari opportunità e non discriminazione che sono state elaborate in questo contesto scontano, tuttavia, una debolezza e, insieme, una ambiguità connaturate al loro essere canalizzate da strumenti regolativi di tipo *soft*. Queste ambiguità e debolezze, sostiene l'Autrice, sono colmate, però, da una più incisiva legislazione *hard*, frutto del metodo comunitario classico, che ha istituito nel tempo un vero e proprio diritto fondamentale dei lavoratori flessibili alla parità di trattamento. All'inizio, il precetto di parità contenuto nelle due direttive sui lavori flessibili era stato considerato inadeguato a combattere le discriminazioni occulte che passavano attraverso le due direttive; questi giudizi avevano poi trovato conferma in decisioni come *Wippel*, nella quale la Corte di Giustizia aveva reso inoperante il precetto semplicemente dichiarando non comparabile la situazione del lavoratore a orario ridotto con quella del lavoratore a tempo pieno. Ma in sentenze più recenti, come *De Cerro Alonso* e *Impact*, la Corte ha dato un deciso impulso all'operatività del principio di non discriminazione dei lavoratori flessibili, tanto da far ritenere che esso sia divenuto un ombrello protettivo in grado di offrire una tutela indiretta alla stabilità e da garantire dai rischi di emarginazione sociale dei lavoratori flessibili.

Oggi le nuove frontiere del principio di non discriminazione sembrano spostarsi ai confini stessi del mercato del lavoro, per proteggere chi ne è fuori, gli *outsiders*, ma più in chiave di liberalizzazione del mercato che di redistribuzione delle opportunità. Il caso *Michaeler* pone un problema serio al Diritto del lavoro, nota l'Autrice, perché ciò che è considerato discriminatorio per gli aspiranti lavoratori a tempo parziale (in questo caso un obbligo addizionale di notifica dell'avvenuta assunzione) può, per altri versi, considerarsi una forma di opportuno controllo pubblico sull'utilizzo della flessibilità da parte dell'impresa. L'Autrice ritiene che la tenuta del sistema possa essere assicurata proprio dal principio di non discriminazione: se anche i limiti al ricorso al lavoro flessibile vengono rimossi in modo da favorire l'assunzione degli *outsiders*, il datore di lavoro si troverà comunque a doverli trattare non diversamente da come tratta gli *insiders* comparabili, e, dunque, le diverse forme di impiego potrebbero diventare alla fine fungibili. Rimozione dei vincoli e diritto alla parità potrebbero rivelarsi i profili diversi di una stessa medaglia.

6. — Anche i rapporti fra tutela welfaristica e tutela antidiscriminatoria sono molto stretti, come ci ricorda Olivia Bonardi nel saggio seguente; essi agiscono, però, nella stessa direzione, e non per controbilan-

ciarsi. Si tratta di due diversi rimedi contro la disegualianza. Come i sistemi di *welfare* hanno come scopo quello di controbilanciare le disegualianze prodotte dal mercato, così il diritto antidiscriminatorio nasce e si sviluppa per combattere le differenze che si traducono in esclusione. Questo non significa, però, che le due forme di tutela siano interscambiabili e che non possano sorgere spinte contrapposte: richiamandosi a Bauman, l'Autrice ricorda che è proprio a partire da una concezione riduttiva dell'eguaglianza sociale – quella secondo la quale una volta garantite pari opportunità nelle condizioni di partenza gli individui possono poi essere caricati interamente delle evenienze negative che incontrano nel corso della vita – che nasce la disaffezione verso il *welfare*.

*Welfare* e eguaglianza devono dunque andare insieme: non ci può essere vera eguaglianza sociale se non ci sono effettivi strumenti di *welfare*; e non ci può essere un *welfare* effettivo se le persone non vi possono accedere senza discriminazione. Ma l'altra condizione, osserva l'Autrice, è che non si adotti una nozione riduttiva vuoi di *welfare* (solo prestazioni essenziali), vuoi di tutela antidiscriminatoria (solo pari opportunità). Se non si considerano adeguatamente i problemi delle differenze di trattamento legati soprattutto ad alcuni specifici fattori di discriminazione – il genere, la razza e la condizione di straniero, l'età, la disabilità – il dibattito sulle prospettive di riforma del *welfare* rischia di essere compromesso. È per questo che è indispensabile non solo ripensare alle forme in cui si manifesta la solidarietà, ma anche ridisegnare il modello di *welfare*, in modo da tenere in conto la varietà e flessibilità dei percorsi di lavoro e di vita dei singoli.

Sotto questo profilo, il recente *Libro verde* del governo sul futuro del modello sociale restituisce risposte desolanti che sembrano avere poco a che fare con la modernità: gli strumenti di un *welfare* annunciato che dovrebbe promuovere in primo luogo la responsabilizzazione del singolo e seguirne le sorti dal concepimento alla morte (naturale) sono la famiglia, le associazioni di volontariato, le parrocchie, le farmacie, gli uffici postali, le stazioni di carabinieri ecc.

Se si vuole trovare il segno reale e concreto della concezione di *welfare* che ispira l'attuale legislatore conviene guardare altrove, a una singola norma della legge n. 133/08, con la quale, in poche parole, si pensa di risolvere una questione che ha occupato per qualche anno la Corte Costituzionale, diverse Corti di merito, la dottrina: l'assegno sociale, statuisce il comma 10 dell'art. 20 «è corrisposto agli aventi diritto a condizione che abbiano soggiornato legalmente, o in via contributiva, per almeno dieci anni nel territorio nazionale». La norma è di una illegittimità

evidente, violando contemporaneamente norme antidiscriminatorie di diritto interno, di Diritto comunitario, di Diritto internazionale, tanto da apparire più che altro una norma-manifesto, espressione di una chiusura identitaria che restringe i diritti di cittadinanza sociale degli stranieri (ma anche degli italiani; anche qui un altro, paradossale effetto collaterale) senza che sia possibile intravedere alcun fine o mezzo legittimo di azione.

7. — Il saggio di Luigi De Angelis è dedicato al tema assai complesso del sistema dei rimedi, e, in particolare, alle diverse forme di tutela risarcitoria prevista per le discriminazioni di genere e per le altre forme di discriminazioni. L'Autore fa osservare come il processo interpretativo sia complicato dalla difficoltà di fare appello al sistema, e, quindi, all'interpretazione sistematica, a fronte di interventi legislativi succedutisi nel tempo e che fanno riferimento a modelli processuali notevolmente differenti tra di loro, a diversi giudici competenti a conoscere dei rimedi, a diverse forme di tutela, a diversi regimi della prova. L'unico modo possibile di procedere è, dunque, quello di analizzare i singoli micro-sistemi. L'indagine dell'Autore fa emergere una tutela risarcitoria variamente articolata e strutturata con riguardo alle diverse forme di discriminazione. All'interrogativo se tale tutela diversificata sia compatibile con il Diritto comunitario, De Angelis risponde in modo affermativo. I criteri cardine dell'effettività, della proporzionalità e della dissuasività delle sanzioni, emergenti da alcune pronunce della Corte di Giustizia, sarebbero soddisfatti dal fatto che la nostra disciplina assicura comunque il ristoro del pregiudizio subito; mentre, per altro verso, non vi sarebbe alcun obbligo di sanzionare in modo identico tutti i motivi di discriminazione. La diversità di essi, sostiene l'Autore, può far collocare, nei diversi momenti storici, i vari motivi di discriminazione in una scala di valori differenziata, e far individuare i regimi sanzionatori in ragione delle peculiarità dei motivi stessi. In tale logica, le diversità di trattamento apparirebbero giustificate e, quindi, legittime.

Non è detto che l'argomento che sostiene questa ultima opinione raccolga il consenso di tutti gli studiosi di diritto antidiscriminatorio. Come accade con tutti gli argomenti che rinviano alla natura delle cose (in questo caso alla diversa natura dei vari motivi di discriminazione), viene presentato come descrittivo un giudizio che è, invece, prescrittivo (i vari motivi di discriminazione possono essere collocati su una scala di valori differenziata). In tal modo, tuttavia, la tesi resta sostanzialmente indimostrata.

Il saggio affronta anche il complesso problema della possibilità di configurare il risarcimento del danno previsto dai diversi micro-sistemi come sanzione civile (il *punitive damage* degli ordinamenti di *common law*). Nell'ambito delle discriminazioni di genere, la necessità che debba essere fornita la prova del danno, patrimoniale e non patrimoniale, e il fatto che questo vada riconosciuto entro tali limiti, fanno propendere per il no. Con riguardo, invece, alle discriminazioni per motivi razziali, etnici e religiosi, le disposizioni del Testo Unico sull'immigrazione fanno propendere per la soluzione opposta; in questo (ma non sarebbe ormai l'unico nell'odierno panorama legislativo) il legislatore, vincendo l'ostilità mostrata dalla giurisprudenza di legittimità, avrebbe, in effetti, introdotto una forma di sanzione civile.

8. — Una larga parte della Sezione Giurisprudenza di questo fascicolo è dedicata al commento di un gruppo di sentenze in tema di discriminazioni di genere, affidato ad alcuni giovani studiosi della materia. Il fatto che la schiera di chi si occupa di legislazione antidiscriminatoria sia in crescita fra le nuove generazioni di giuslavoristi fa sperare che il tema stia cessando di essere un tema «di nicchia», anche perché la cosa, considerata l'ampiezza e rilevanza della produzione normativa e della casistica giudiziaria in materia, ha ormai il sapore di un paradosso. In particolare: Serena Zitti commenta alcune sentenze relative all'accesso al lavoro e alla progressione di carriera; Cristina Cominato una sentenza che si occupa della nozione di discriminazione indiretta; Valentina Beghini alcune sentenze che affrontano il problema dei casi di esperibilità dell'azione individuale sommaria; Marco Peruzzi una sentenza sul licenziamento discriminatorio della lavoratrice madre.

I casi sono stati selezionati dalla consigliera nazionale di parità Fausta Guarriello fra quelli raccolti dalla Rete nazionale delle consigliere, e sono frutto dell'attività di controllo sul rispetto della legislazione antidiscriminatoria esercitata dalle consigliere stesse. Dei limiti e degli insuccessi del diritto antidiscriminatorio si è parlato molto; assai meno dei suoi successi e dei suoi punti di forza. Questa parte del presente fascicolo testimonia la vitalità del diritto antidiscriminatorio, che si misura anche nell'uso che se ne fa nelle Aule di giustizia, e ci dice qualcosa di concreto sul ruolo di supporto delle vittime della discriminazione svolto dalle istituzioni che, con scarsa visibilità, si prendono cura della sua attuazione.

Piera Loi (\*)

## LA RAGIONEVOLEZZA COME PREDICATO DELLE DIFFERENZE DI TRATTAMENTO

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. La ragionevolezza quale principio generale nelle cause di eguaglianza. — 3. Il nesso inscindibile tra (giudizio di) eguaglianza e ragionevolezza. — 4. Sulla giustificazione ragionevole delle differenziazioni di trattamento. — 5. Le fasi del controllo di ragionevolezza nei giudizi di eguaglianza. — 6. Qualche esempio dell'uso della ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale e ordinaria. — 7. L'applicazione del principio di ragionevolezza nella giurisprudenza comunitaria in materia di lavoro. — 8. *Segue*: ... nelle discriminazioni fondate sull'età. — 9. *Segue*: ... nelle discriminazioni fondate sul contratto a tempo determinato e sull'*handicap*.

1. — *Introduzione* — Il principio di ragionevolezza (1) trova le sue radici fondamentalmente nell'attività della giurisprudenza costituzionale. Tale natura eminentemente giurisprudenziale (2) impone un'analisi casistica delle sentenze delle Corti Costituzionali e della Corte di Giustizia europea, nel tentativo di fornire all'interprete qualche linea direttrice che, pur non eliminando le incertezze sul significato di tale concetto nel contesto costituzionale (3), permetta di individuare le diverse funzioni del concetto di ragionevolezza e l'incidenza di questo criterio nella costruzione del diritto e del Diritto del lavoro in particolare.

Una delle ipotesi su cui si intende indagare in questo saggio è che la funzione della ragionevolezza si sia, nel tempo, arricchita. Attraverso l'esame della funzione della ragionevolezza come predicato delle differenze di trattamento nel Diritto del lavoro, si intravede un'alternativa funzione di tecnica di regolazione nei sistemi multilivello. Specialmente nel-

---

(\*) Professore associato di Diritto del lavoro presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Cagliari.

(1) A. Cerri, voce *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma, 1991, pp. 1 ss.

(2) A. Spadaro, *Conclusioni*, in M. La Torre, A. Spadaro (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 415.

(3) G. Scaccia, *Gli «strumenti» della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Luiss-Collana di Studi Giuridici, Giuffrè, Milano, 2000, p. 3.

l'ordinamento comunitario, infatti, il criterio della ragionevolezza, al quale si fa riferimento nelle Direttive antidiscriminatorie del 2000, assicura in ultima istanza alla Corte di Giustizia un potente strumento istituzionale di regolazione del riparto di competenze tra Unione europea e Stati membri, secondo modalità non previste dai Trattati.

Tale funzione regolativa del principio di ragionevolezza si esplicita attraverso l'enunciazione dei nuovi divieti discriminatori contenuti nelle Direttive n. 78/2000/Ce e n. 43/2000/Ce, ma è principalmente dal nesso tra ragionevolezza ed eguaglianza, come è stato ricostruito dalla giurisprudenza costituzionale, che occorre partire.

Dalle riflessioni in ordine al controllo di ragionevolezza sull'attività del legislatore nazionale da parte della Corte Costituzionale o da parte della Corte di Giustizia discendono, inoltre, alcune importanti conseguenze, che tuttavia non costituiscono oggetto di indagine in questo saggio, in ordine a un possibile controllo di ragionevolezza nei rapporti interprivati e in particolare nel rapporto di lavoro (4).

2. — *La ragionevolezza quale principio generale nelle cause di eguaglianza* — La prima accezione del concetto di ragionevolezza è da individuarsi all'interno del giudizio sull'eguaglianza. Posto che il principio di eguaglianza formale presuppone un trattamento analogo per situazioni analoghe e un trattamento diverso per situazioni diverse, la ragionevolezza è il predicato di una differenziazione introdotta dal legislatore valutata positivamente all'interno di un controllo sulla base del principio di eguaglianza. Al contrario, l'esito di tale giudizio può essere di irragionevolezza quando il legislatore abbia disposto un trattamento analogo per situazioni diverse o un trattamento diverso per situazioni analoghe. In questo senso la ragionevolezza, come predicato della differenziazione legislativa, ha la funzione di escludere o ammettere la natura di discriminazione di una differenziazione.

Una seconda accezione del principio di ragionevolezza è relativa al controllo costituzionale della norma (che eventualmente abbia disposto la differenziazione), della quale si verifica il fondamento razionale o la difformità rispetto alle strutture del reale. In una terza accezione la ragionevolezza è intesa come canone di controllo della razionalità intrin-

---

(4) Su questi temi si veda M. Persiani, *Diritto del lavoro e razionalità*, in *Arg. dir. lav.*, 1995, pp. 1 ss.; A. Perulli, *Razionalità e proporzionalità nel Diritto del lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2005, pp. 1 ss.

seca dell'ordinamento e delle sue fonti, indipendentemente dal loro contenuto, attraverso un accertamento della coerenza logica di una norma con le tutte le disposizioni dello stesso atto normativo e con le norme dell'ordinamento vigente (5).

In altri casi la ragionevolezza è interpretata come un principio che sottende un giudizio di merito sull'atto legislativo in relazione alla proporzionalità e all'adeguatezza del mezzo utilizzato dal legislatore per raggiungere il fine della norma, individuabile attraverso la *ratio legis*. In realtà la dottrina costituzionalista, anche sulla base dell'analisi della giurisprudenza costituzionale che in modo molto diversificato si riferisce alla ragionevolezza, ha individuato una serie di altri possibili significati e funzioni del criterio di ragionevolezza (6). Tuttavia il quadro delle posizioni dottrinarie, nonché l'uso casistico da parte della giurisprudenza costituzionale, è talmente variegato da rendere vano ogni tentativo definitorio. Non mancano, infine, posizioni radicali che arrivano a negare l'esistenza stessa della ragionevolezza, ridotta a mera formula verbale dietro alla quale si nascondono tecniche valutative e parametri (come la coerenza, la proporzionalità, l'adeguatezza) molto diversi (7) che nella sostanza rischiano di mascherare decisioni fondate su criteri discrezionali.

Oltre che sulle funzioni, notevoli divergenze si riscontrano, di conseguenza, anche nella qualificazione dogmatica della ragionevolezza: alcuni definiscono la ragionevolezza come imperativo di giustizia in un'ottica di critica delle posizioni positivistico-legalistiche (8), o come clausola generale dell'ordinamento che integra e specifica le disposizioni costituzionali (9), pur non essendo un autonomo parametro del giudizio costi-

---

(5) Cfr. G. Volpe, *Razionalità, ragionevolezza e giustizia nel giudizio sull'eguaglianza delle leggi*, in Aa.Vv., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Riferimenti comparatistici* (Atti del seminario di Roma, 13-14 ottobre 1992), Giuffrè, Milano, 1994, pp. 198 ss.

(6) Vedi G. Zagrebelsky, *Su tre aspetti della ragionevolezza*, in Aa.Vv., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Riferimenti comparatistici*, cit., spec. p. 184.

(7) Così L. Paladin, voce *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1997; Idem, *Esiste un «principio di ragionevolezza» nella giurisprudenza costituzionale?*, in Aa.Vv., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Riferimenti comparatistici*, cit., p. 163.

(8) G. Zagrebelsky, *Su tre aspetti della ragionevolezza*, in *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Riferimenti comparatistici*, cit., pp. 179 ss.; Idem, *Il diritto mite*, Giappichelli, Torino, 1992, pp. 183 ss.

(9) L. Mengoni, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, pp. 5 ss.

tuzionale; altri ancora come canone interpretativo ausiliario che interviene quando il dettato costituzionale possa essere interpretato in termini così diversi da essere insuscettibile di interpretazione (10).

Un'altra precisazione, per tentare di ridurre la complessità semantica e la varietà degli usi della ragionevolezza, va fatta in relazione ai momenti logici che nel giudizio costituzionale sono sostenuti dalla ragionevolezza. Il primo piano è quello dell'argomentazione: è ragionevole un'argomentazione ordinata e convincente che segua le regole della logica e dell'argomentazione. Il secondo piano è quello della valutazione sull'atto oggetto del sindacato giurisdizionale: può essere una ragionevolezza interna all'atto, da intendersi come razionalità, cioè come conformità alle sue stesse premesse o come conformità all'ordinamento in generale; oppure può essere una ragionevolezza nel senso del rispetto da parte dell'atto oggetto di giudizio nei confronti di un principio superiore. Un atto può dunque essere razionale se si riscontra la sua coerenza logica con le altre norme dell'ordinamento, oppure può essere ragionevole se si riscontra la sua corrispondenza a un principio superiore. Questa distinzione, non sempre chiara, tra razionalità e ragionevolezza rinvia alla distinzione tra regole e principi: le regole sono norme che prescrivono determinate conseguenze in presenza di una determinata fattispecie; i principi sono norme senza una fattispecie determinata, che deve essere completata da chi aderisce al principio. Ne deriva che l'uso dello scrutinio di razionalità presuppone norme-regole e un controllo di coerenza logica, quasi meccanico, mentre l'uso della ragionevolezza, come corrispondenza a un principio superiore di giustizia, presuppone un giudizio quasi equitativo (11).

Di fronte a un quadro così articolato non si può dimenticare che le posizioni sull'uso e sul ruolo della ragionevolezza dipendono fondamentalmente dalla visione del diritto adottata, nonché della struttura dell'ordinamento giuridico e del ruolo della giurisprudenza, soprattutto costituzionale, all'interno dell'ordinamento giuridico. Lo scontro è tra le teorie formaliste-deduttiviste e quelle antiformaliste. Le prime identificano l'ordinamento giuridico come sistema dominato da una razionalità e da una logica di tipo matematico nel quale l'attività del giudice, sorretta dal ragionamento giuridico di tipo sillogistico, è diretta a rafforzare la razio-

---

(10) Vedi A. Cerri, *Corso di giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 437 ss.

(11) È la posizione, contestata da parte della dottrina, di G. Zagrebelsky, *Su tre aspetti della ragionevolezza*, cit., p. 186.

nalità intrinseca del sistema (12). Le seconde affermano, prima di tutto, la complessità dei sistemi giuridici e la necessità del pluralismo metodologico (13), per superare la rigidità del monismo metodologico fondato sul sillogismo, e, in secondo luogo, presuppongono una Costituzione intesa come ordine materiale di valori (14); pertanto anche l'argomentazione giuridica è intesa come problematica, a causa del mutato ruolo della giurisprudenza, che deve conciliare nella sua attività argomenti di tipo logico-sistematico e ragionamenti pratici (15). Quest'ultima posizione, nella sostanza, contrasta con l'idea della certezza del diritto, che diventa solo uno dei valori dell'ordinamento insieme ad altri valori; pertanto il controllo delle decisioni giudiziarie non può più essere effettuato soltanto nei termini della coerenza logica, ma anche della persuasività e ragionevolezza. In questo senso, «ragionevole» secondo Chaim Perelman (16), «è una nozione un po' vaga che esprime una sintesi in cui si combinano il desiderio della certezza del diritto con quello dell'equità, la ricerca del bene comune con l'efficacia degli scopi ammessi. Ben più che nel legislatore, è nel giudice che si farà affidamento per la realizzazione di tale sintesi, accettata in quanto ragionevole».

Nelle teorie che si oppongono a una descrizione della Costituzione come ordine materiale di valori, la ragionevolezza non può, evidentemente, giocare lo stesso ruolo. Nella teoria proceduralista del diritto di Habermas la legittimità del diritto dipende non dai valori scelti dall'ordinamento nelle norme costituzionali, ma dalle condizioni procedurali relative alla genesi democratica delle leggi (17). Se il criterio di legittimazione del diritto è l'istituzionalizzazione dei circuiti democratici in cui chiaramente siano definiti i diritti di partecipazione democratica degli attori e le procedure di deliberazione e consultazione, vi è una totale indifferenza rispetto ai contenuti e vi è una presunzione di ragionevolezza dei risultati raggiunti attraverso le procedure. Pertanto l'unica ra-

---

(12) Vedi Chaim Perelman, in G. Crifò (a cura di), *Logica giuridica nuova retorica*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 205.

(13) L. Mengoni, *Diritto costituzionale come diritto per principi*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, vol. III, Modena, 1996, pp. 1147 ss.

(14) V. Baldassarre, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Pol. dir.*, 1991, pp. 653 ss.; L. Mengoni, *Il diritto costituzionale come diritto per principi*, cit., pp. 1147 ss.

(15) Così R. Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Giuffrè, Milano, 1998, spec. pp. 229 ss.

(16) Chaim Perelman, in G. Crifò (a cura di), *Logica giuridica nuova retorica*, cit., p. 8.

(17) J. Habermas, *Fatti e norme*, Guerini e Associati, Milano, 1996, p. 313.

gionevolezza attraverso la quale esercitare un controllo giurisprudenziale delle norme giuridiche è in questa teoria una ragionevolezza procedurale, e questo implica un controllo sul rispetto delle procedure e soprattutto dei diritti di partecipazione dei soggetti potenzialmente destinatari della norma.

Non è possibile in questa sede soffermarsi ad analizzare gli aspetti critici sia della teoria della Costituzione come ordinamento di valori sia della teoria proceduralista di Habermas: si deve, tuttavia, evidenziare la diversità dei ruoli riconosciuti alle Corti Costituzionali e alla loro funzione creatrice del diritto attraverso il controllo di ragionevolezza. Nella prima teoria il ruolo e il potere dei giudici è rilevante, giacché il controllo di ragionevolezza, che si concreta in una ponderazione tra valori e le tecniche dell'argomentazione giuridica utilizzate nelle sentenze, non esclusivamente deduttive e necessariamente arricchite da argomentazioni pratiche, impedisce un controllo esclusivamente di tipo logico-deduttivo. Nella seconda teoria il ruolo delle Corti Costituzionali è decisamente inferiore, perché si limita alla verifica della genesi democratica delle leggi, e il potere si sposta in modo più chiaro sulle sedi parlamentari o sulle altre sedi decisionali. Il tema della ragionevolezza si incrocia, dunque, anche con il tema del rapporto tra il potere parlamentare e le Corti Costituzionali (18), e, sebbene non possa essere analizzato in questa sede, è al centro delle questioni qui esaminate. Nella *footnote* 4 del caso *Usa v. Carolene Products*, che rappresenta il fondamento delle teorie sul controllo giudiziario delle discriminazioni in violazione dell'*equal protection clause* (19), la Corte Suprema americana afferma la necessità dell'applicazione di un controllo severo (*strict*) di costituzionalità ogni qualvolta il legislatore introduca delle differenziazioni relative a motivi sospetti come la razza, l'origine etnica ecc., e una delle giustificazioni di tale penetrante controllo giudiziario appare essere il fatto che tali condizioni tendono seriamente a ridurre il funzionamento di quei processi politici che normalmente dovrebbero proteggere le minoranze. In questo caso, attraverso il giudizio di eguaglianza e il controllo severo di ragionevolezza si ricomponе l'equilibrio tra potere parlamentare, che non ha adeguatamente tutelato le minoranze attraverso la norma incriminata, e

---

(18) Secondo R. Bin, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in M. La Torre, A. Spadaro (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, cit., p. 72, «è irragionevole guardare alla ragionevolezza come a un problema che si gioca (e riguarda il riparto di competenze) tra legislatore e Corte Costituzionale».

(19) Vedi *infra*, par. successivo.

potere giudiziario costituzionale, chiamato, attraverso lo *strict scrutiny*, a riequilibrare gli scompensi prodotti dalla discriminazione ai danni delle minoranze.

3. — *Il nesso inscindibile tra (giudizio di) eguaglianza e ragionevolezza*  
— Si possono rintracciare vari segnali nella giurisprudenza costituzionale (20), e conferme in dottrina del fatto che la ragionevolezza è espressione di un giudizio autonomo sulla disposizione normativa, di un giudizio sulla razionalità intrinseca della stessa, di un giudizio in cui vi sia un bilanciamento di diritti fondamentali (21). Tuttavia la Corte Costituzionale italiana, già nelle prime sentenze in cui appare il riferimento alla ragionevolezza, identifica uno stretto legame tra giudizio di eguaglianza e ragionevolezza. Si tratta di alcune sentenze di rigetto, relative alla valutazione di ragionevolezza del trattamento discriminatorio (22), che accolgono alcuni principi elaborati dalla dottrina costituzionalista, influenzata dalle suggestioni della dottrina tedesca, nelle quali la Corte rinviene nell'art. 3, comma 1, Cost., un divieto di arbitrio nella valutazione della diversità delle situazioni regolate da norme che introducono differenziazioni di trattamento (23).

Il legame tra eguaglianza e ragionevolezza risente della evoluzione storica del concetto di eguaglianza. Nella concezione positivista del diritto, tipica dello Stato liberale, l'eguaglianza, intesa come pari sottoposizione di tutti i cittadini alla legge, si realizza attraverso il principio della generalità e astrattezza della legge e il corrispondente divieto di leggi *ad personam*, che garantiscono il principio della certezza del diritto. Nella concezione dello Stato sociale, con l'imperativo dell'eguaglianza di trattamento il sistema rinuncia alla certezza del diritto e tende a realizzare un grado tollerabile di incertezza (24), in modo funzionale alla realizzazione dell'altra faccia dell'eguaglianza: quella sostanziale. Il Diritto

---

(20) Vedi G. Scaccia, *Gli «strumenti» della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, cit., p. 7, e, ivi, le citazioni sulle sentenze della Corte Costituzionale che esprimono l'autonomia della ragionevolezza dal principio di eguaglianza.

(21) M. Luciani, *Lo spazio della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, in Aa.Vv., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Riferimenti comparatistici*, cit., p. 246.

(22) Le sentenze n. 46/59, n. 15/1960, n. 7/1962, n. 48/1962, n. 87/1962.

(23) Cfr. G. Scaccia, *Motivi teorici e significati pratici della generalizzazione del canone di ragionevolezza*, in M. La Torre, A. Spadaro (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, cit., p. 396.

(24) L. Mengoni, *Diritto e valori*, Il Mulino, Bologna, 1985, p. 53.

del lavoro rappresenta, da questo punto di vista, un esemplare tentativo di inglobamento del principio di eguaglianza sostanziale in un quadro giuridico dominato dal principio di eguaglianza formale; anzi, secondo alcuni Autori, questa combinazione delle due facce dell'eguaglianza, formale e sostanziale, costituisce l'essenza stessa della razionalità giuridica del Diritto del lavoro (25).

Le tecniche legislative utilizzate, in particolare dal Diritto del lavoro, per dare corpo ai due volti dell'eguaglianza sono diverse. La prima consiste nell'affermazione del generale principio della parità di trattamento, che impone, appunto, di trattare in modo eguale situazioni eguali, e che esige una giustificazione nel caso in cui si affermi la diversità dei trattamenti in ragione della diversità delle situazioni. La differenziazione dei trattamenti non contrasta, dunque, con il principio dell'eguaglianza formale e della parità di trattamento, che esigono trattamenti diversi per situazioni o soggetti che versano in situazioni diverse, purché il fattore di diversità sulla base del quale si fa conseguire il trattamento differenziato non sia un fattore la cui considerazione è inibita dal legislatore (26). Si capisce, a questo punto, che l'altra tecnica legislativa rappresentata dai divieti di discriminazione è strumentale a quella dell'enunciazione del principio della parità di trattamento e opera in modo apparentemente opposto: attraverso il divieto di discriminazione la norma impone di ignorare una differenza rappresentata dal fattore vietato (27).

Il quadro, molto complesso e articolato, delle tecniche legislative dirette all'attuazione del principio di eguaglianza, che può essere richiamato in questa sede solo per grandi linee, si completa con i cd. strumenti di diritto diseguale, e principalmente con le azioni positive. Le azioni positive sono esempi di differenziazione dei trattamenti che costituiscono un effetto del principio di eguaglianza sostanziale o, in altri termini, del principio di eguagliamento (28). La giustificazione di questo tipo particolare di tecniche di differenziazione dei trattamenti, che sono le azioni positive, è la disparità delle condizioni socio-economiche di diverse categorie di soggetti: gli squilibri strutturali nel mercato del lavoro, su-

---

(25) Così A. Supiot, *Principi di eguaglianza e limiti della razionalità giuridica*, in *Lav. dir.*, 1992, p. 216.

(26) M. V. Ballestrero, *A proposito di eguaglianza e Diritto del lavoro*, in *Lav. dir.*, 1992, p. 581.

(27) P. Ichino, *Lezioni di Diritto del lavoro. Un approccio di Labour Law and Economics*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 304.

(28) M. V. Ballestrero, *A proposito di eguaglianza e Diritto del lavoro*, cit., p. 581.

perabili attraverso gli interventi promozionali delle azioni positive (29). Dal punto di vista della giustificazione delle differenze di trattamento non vi sono significative diversità nel procedimento di controllo sulla ragionevolezza della differenza di trattamento quando si tratti di azioni positive o di altre differenze di trattamento riconosciute a diverse categorie di soggetti (30), se non nel fatto che nelle azioni positive si utilizza il fattore vietato come criterio identificativo della classe destinataria del trattamento differenziato, ma al fine di riconoscere un vantaggio che l'applicazione della norma in modo indifferenziato (cioè prescindendo dalla considerazione del fattore vietato) gli negherebbe.

Il principio di eguaglianza esige che tutte le differenze di trattamento devono essere giustificate sulla base della ragionevolezza della distinzione inserita. Alcune differenze di trattamento non sono ammesse perché fondate su fattori esclusi, ed è necessario che tali fattori esclusi siano precisati in norme antidiscriminatorie. Quindi, in via di principio, la sussistenza del fattore escluso non può giustificare la differenza di trattamento a meno che la norma stessa non inserisca una clausola che ammette la riconsiderazione del fattore escluso tra i fattori legittimanti la differenza di trattamento.

A questo punto ci si chiede se il controllo di ragionevolezza di fronte a un divieto di discriminazione espliciti la sua funzione in modo diverso rispetto al tradizionale giudizio di eguaglianza, all'interno del quale il principio di ragionevolezza è diretto a verificare la ragionevolezza della differenziazione di trattamento. Si è detto che la norma che individua un divieto di discriminazione è strumentale al principio di parità di trattamento: si avverte il legislatore, o il soggetto privato, che deve assumere delle decisioni, che tra tutti i possibili fattori che potrebbero legittimare un trattamento differenziato alcuni sono esclusi. Tali motivi esclusi o sospetti sono classificabili come discriminazioni, e non più come semplici fattori di differenziazione dei trattamenti.

Tuttavia lo schema tradizionale di scrutinio è alterato quando la norma antidiscriminatoria, che individua i fattori vietati o discriminatori, consente delle deroghe, purché queste siano sostenute da ragioni obiettive e purché l'obiettivo sia legittimo e proporzionato: cioè, in sintesi, purché le deroghe siano ragionevoli. In questi casi si rimette al control-

---

(29) M. Barbera, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1991, pp. 249 ss.

(30) G. De Simone, *Dai principi alle regole*, p. 181.

lo giurisdizionale, attraverso il controllo di ragionevolezza, la legittimità della scelta legislativa dell'esclusione di un determinato fattore di differenziazione da quelli astrattamente ammissibili. In altri termini, se nel giudizio di eguaglianza l'organo giudiziario accerta la ragionevolezza della differenza di trattamento, che è considerata discriminazione quando si fonda su un motivo vietato, in presenza di un divieto di discriminazione che ammette delle deroghe l'organo giudiziario accerta la ragionevolezza delle deroghe: cioè verifica se sia ragionevole riportare il motivo su cui si fonda la differenziazione di trattamento nella categoria generale dei fattori di differenziazione dei trattamenti. In fin dei conti in questo modo si chiede all'organismo giudiziario di accertare se sia ragionevole la parità di trattamento.

4. — *Sulla giustificazione ragionevole delle differenziazioni di trattamento* — Come si è detto le Corti Costituzionali, per giustificare costituzionalmente un trattamento diseguale, richiedono la presenza di un requisito consistente nella ambigua affermazione che «il trattamento differente sia ragionevole» (31). Tale criterio, per quanti sforzi siano stati fatti per depurarlo dalla sua vaghezza, è un criterio molto debole (32).

Il principio di eguaglianza di derivazione aristotelica, secondo il quale si deve trattare in modo eguale i casi eguali e in modo diseguale i casi diseguali, esige che ci sia una ragione sufficiente per giustificare un trattamento diseguale. Secondo Alexy il principio di eguaglianza può essere interpretato nel senso di un principio di eguaglianza *prima facie* che esige un trattamento eguale e che può consentire un trattamento diseguale solo se è giustificato con ragioni opposte (33).

In realtà si possono enunciare due differenti principi: la norma del trattamento uguale e la norma del trattamento diseguale. La prima deve essere interpretata nel senso che se non vi è una ragione sufficiente che permetta un trattamento diseguale allora si impone un trattamento uguale e viceversa; la norma del trattamento diseguale deve essere interpretata nel senso che se vi è una ragione sufficiente per imporre un trattamento diseguale allora si impone un trattamento diseguale.

---

(31) R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1997, pp. 388 ss.

(32) L. Hierro, *Igualdad, Generalidad, razonabilidad y crisis de la ley*, in G. Maniaci (a cura di), *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 313 ss.

(33) R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 398.

Il suddetto principio di eguaglianza e le sue derivazioni logiche si riferiscono, come noto, al principio di eguaglianza *de iure* o formale. Le teorie sull'eguaglianza a questo punto affrontano lo spinoso tema del possibile contrasto, che assume i toni del paradosso (34), tra l'eguaglianza *de iure* o formale con l'eguaglianza *de facto* o sostanziale, che aspira a garantire le pari opportunità. La collisione, secondo Alexy, può essere evitata se si rinuncia ad ascrivere tale principio della eguaglianza *de facto* (enunciato nel nostro art. 3, comma 2, Cost., e nell'art. 3, comma 1, della Costituzione tedesca) nella categoria dei principi giuridicamente vincolanti che riconoscono diritti soggettivi azionabili in giudizio (35) e la si inserisce nella categoria dei principi che vincolano il legislatore. Come tale, il principio dell'eguaglianza *de facto* non può essere posto a fondamento di diritti soggettivi ma può giustificare una restrizione nei diritti soggettivi. Così si può affermare che il principio della eguaglianza *de facto* possa valere come ragione sufficiente per permettere un trattamento diseguale o per imporre un trattamento diseguale, purché siano tenuti in considerazione, ed eventualmente superati da un'operazione di bilanciamento, altri principi opposti in gioco. Il primo di questi principi in gioco è naturalmente quello della eguaglianza formale o *de iure*, dato che per la attuazione della eguaglianza *de facto* o sostanziale è sempre necessario un sacrificio nella attuazione del principio di eguaglianza formale. Tra gli altri principi messi in gioco nella attuazione del principio della eguaglianza *de facto* vi è la limitazione del potere legislativo parlamentare da parte della Corte Costituzionale, alla quale spetta l'operazione di bilanciamento (36). Inoltre occorre sottolineare che non vi è una teoria omogenea sull'eguaglianza *de facto*. Quali sono le condizioni sostanziali (37) o le pari opportunità che lo Stato deve garantire ai suoi cittadini e sull'altare delle quali può ragionevolmente essere sacrificato il principio della eguaglianza formale? (38) In altri termini: chi opera il trattamento differenziato (in primo luogo il legislatore) deve essere in grado di addurre giustificazioni oggettive e ragionevoli per giustificarlo.

---

(34) R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 405.

(35) Idem, p. 406.

(36) Idem, p. 410.

(37) Una condizione sostanziale può consistere nella garanzia delle *capabilities* di A. Sen, *Commodities and Capabilities*, Oxford, Oxford University Press, 1985, e di M. Nussbaum, *Capabilities as Fundamental Entitlements: Sen and Social Justice*, in *Feminist Economics*, 2003, pp. 33 ss.

(38) R. Dworkin, *What is equality?*, in *Philosophy & Public Affairs*, 1981, pp. 186 ss.

5. — *Le fasi del controllo di ragionevolezza nei giudizi di eguaglianza* — Nonostante si sottolinei che il terreno dell'eguaglianza non è il solo terreno entro il quale la ragionevolezza può agire nel giudizio di costituzionalità, in molti casi si segnala un legame inscindibile tra ragionevolezza e giudizio sull'eguaglianza: giudizio tipicamente trilaterale. La casistica delle sentenze della Corte Costituzionale italiana conferma questo legame (39), ma non vi è certezza circa il ruolo rispettivo di eguaglianza e ragionevolezza. In alcuni casi i termini sono addirittura usati come eniadi (40). Laddove il giudizio di eguaglianza sia strettamente legato al controllo di ragionevolezza il giudizio si articola per fasi (41). Nella prima fase del giudizio il giudice verifica se due o più soggetti, oggetti, fatti o situazioni eguali siano trattati dal legislatore in modo uguale, oppure se siano trattati in modo diverso, nel qual caso conclude eventualmente per l'illegittimità del trattamento diverso. Oppure, ancora, il giudice verifica se due o più soggetti, oggetti, fatti o situazioni diversi siano trattati dal legislatore in modo eguale, e anche in questo caso può concludere nel senso dell'illegittimità del trattamento eguale.

È evidente che nella prima fase del giudizio occorra partire dalla identificazione della eguaglianza o della differenza dei soggetti, oggetti, fatti o situazioni. L'individuazione dei tratti di somiglianza o differenza non è un'operazione di mero fatto, non rinvia a una attività descrittiva, ma implica una notevole dose di discrezionalità da parte del giudice che interpreta le scelte fatte dal legislatore in vista di determinati fini. Cioè: è il legislatore che identifica gli elementi, tra i tanti possibili, che in relazione a una finalità specifica sono sufficienti a far considerare più soggetti, oggetti, fatti o situazioni come uguali o come diversi. Questa operazione del legislatore contiene un'irriducibile dose di arbitrarietà (42), che tuttavia è insita nella sua stessa funzione, dato che «legiferare è discriminare» (43). Dire, quindi, che due enti siano uguali non significa che siano identici, ma che si faccia astrazione delle loro differenze e si assu-

(39) Secondo M. Luciani, *Lo spazio della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, cit., p. 248, la giurisprudenza costituzionale continua solo per abitudine e per eccessiva prudenza ad agganciare il sindacato di ragionevolezza al giudizio di eguaglianza.

(40) Si vedano i casi citati da G. Scaccia, *Gli «strumenti» della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, cit., p. 6.

(41) V. B. Carovita di Toritto, *Le quattro fasi del giudizio di eguaglianza ragionevolezza*, in Aa.Vv., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Riferimenti comparatistici*, cit., pp. 258 ss.

(42) A. Supiot, *Principi di eguaglianza e limiti della razionalità giuridica*, cit., p. 212.

(43) R. Guastini, *La grammatica di «eguaglianza»*, in *Lav. dir.*, 1992, p. 206.

mano come rilevanti le caratteristiche che hanno in comune (44). Alla fine, tuttavia, sarà il giudice costituzionale a valutare se e quanti casi costituiscano fattispecie assimilabili, sulla base delle finalità della norma (45). L'individuazione della *ratio* della norma è, dunque, un momento logico di fondamentale importanza sia nel giudizio di eguaglianza sia nel sindacato di ragionevolezza (46). Nella sostanza il giudice costituzionale è chiamato a porre a confronto una norma ordinaria con un'altra norma ordinaria assunta a paragone e a interrogarsi sulla ragionevolezza della differenziazione o dell'equiparazione di trattamento introdotta dalla norma in questione (47). Per compiere quest'operazione il giudice costituzionale deve adottare una prospettiva a partire dalla quale accertare se vi siano somiglianze o differenze tra le fattispecie poste a confronto, e tale prospettiva è data dalla *ratio legis* (48).

Tra tutti questi momenti o fasi del giudizio di ragionevolezza un momento centrale appare, dunque, l'individuazione della finalità o della *ratio legis*, che la giurisprudenza costituzionale, a fronte delle molteplici interpretazioni, identifica con lo scopo obiettivo della norma (49). La ricerca della *ratio legis* rappresenta uno snodo logico fondamentale sia nei giudizi di eguaglianza sia nei giudizi in cui la ragionevolezza della legge assume una funzione autonoma rispetto al giudizio di eguaglianza. Nel primo tipo di giudizi, infatti, l'individuazione della *ratio legis* è necessaria ai fini dell'individuazione del *tertium comparationis*: l'identità o la diversità delle situazioni regolate dalle norme poste a confronto si stabilisce in base alla *ratio* delle norme; nel secondo tipo di giudizio la *ratio legis* è il punto di partenza che il giudice adotta per verificare la compatibilità del fine scelto con l'ordinamento costituzionale, attraverso diversi tipi di controllo (coerenza, proporzionalità ecc.) (50).

L'altro momento centrale è quello della proporzionalità, che costituisce dunque una fase del giudizio di ragionevolezza e che verifica la

---

(44) P. Comanducci, *Su «uguaglianza»*, in *Lav. dir.*, 1992, p. 591.

(45) G. Scaccia, *Gli «strumenti» della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, cit., p. 53.

(46) G. Scaccia, *Gli «strumenti» della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, cit., p. 112; R. Bin, *Capire la Costituzione*, Laterza, Roma 1998, p. 104.

(47) Cfr. R. Bin, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, cit., p. 61.

(48) Cfr. R. Bin, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, cit., p. 61.

(49) Cfr. G. Scaccia, *Gli «strumenti» della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, cit., pp. 115 ss.

(50) Vedi G. Scaccia, *Gli «strumenti» della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, cit., pp. 112 ss.

congruità della disposizione normativa oggetto di valutazione, al raggiungimento del fine dell'obiettivo fissato nella *ratio legis* (51). Non sono chiari né nella dottrina tedesca, né in quella italiana (52), i rapporti tra eguaglianza e proporzionalità e tra ragionevolezza e proporzionalità (53), se non nei termini della inscindibilità del rapporto. In questa fase provvisoria delle nostre riflessioni, indipendentemente dalla ricostruzione adottata, ci pare condivisibile la definizione della proporzionalità secondo la quale «la regola della proporzionalità è il criterio secondo il quale deve essere giudicata la giustizia o la ragionevolezza dell'azione statale e della legislazione in particolare» di modo che essa verifichi che l'intervento statale, compressivo delle libertà individuali in vista del raggiungimento di un determinato fine, risponda a canoni di non eccessività.

Il principio dell'eguaglianza, come si è detto, comporta l'eguale trattamento di tutte le situazioni oggettivamente comparabili. La differenziazione di trattamento è giustificabile quando si introducono, all'interno della categoria di soggetti o situazioni alle quali la norma si applicherebbe, elementi classificatori che sottraggono alcuni soggetti o situazioni dal campo di applicazione della norma. Si introduce, dunque, un criterio classificatore che «discrimina», che distingue, che individua, cioè, all'interno di una classe inizialmente considerata omogenea, alcuni fattori oggettivi di differenziazione, in base ai quali la norma introduce una differenza di trattamento. Ci si deve chiedere, a questo punto, se ogni differenziazione, ogni classificazione differenziata debba essere giustificata e ragionevole, e se, quindi, il giudizio di eguaglianza debba essere riferito a ogni differenziazione legislativa.

Una parte della dottrina italiana (54), facendo riferimento al modello della giurisprudenza della Corte Suprema americana nell'applicazione della *equal protection clause*, distingue le classificazioni che toccano aspetti attinenti ai diritti fondamentali e irrinunciabili (sesso, razza, religione, lingua) dalle classificazioni che toccano aspetti non attinenti a diritti fondamentali e non irrinunciabili.

---

(51) Vedi R. Bin, *Capire la Costituzione*, cit., p. 105.

(52) Vedi riferimenti in G. Scaccia, *Gli «strumenti» della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, cit., pp. 263 ss.

(53) Per una ricostruzione dei termini del dibattito si rinvia a G. Scaccia, *Gli «strumenti» della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, cit., pp. 270 ss.

(54) A. Corasaniti, *Introduzione*, in *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, cit., p. 12.

Le classificazioni del primo tipo, che introducono discriminazioni soggettive relative a diritti fondamentali, che possono essere giustificate solo se si accerta la presenza di un interesse statale irresistibile e primario, dovrebbero essere assolutamente vietate e sottoposte a un severo controllo (lo *strict scrutiny*) (55); le classificazioni del secondo tipo, che introducono discriminazioni attinenti a diritti non irrinunciabili, dovrebbero essere sottoposte al vaglio del criterio di ragionevolezza, e altre addirittura potrebbero rientrare nella sfera della discrezionalità legislativa.

Quando nella scelta del legislatore non siano implicate *suspect classifications* è sufficiente che tra la finalità della norma e la discriminazione introdotta ci sia un nesso di ragionevole strumentalità. Quest'ultimo tipo di controllo (il *minimum rationality test*) è limitato alle norme economiche e sociali, come fu affermato nella notissima *footnote* 4 del caso *Usa v. Carolene Products*.

6. — *Qualche esempio dell'uso della ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale e ordinaria* — Un esempio del percorso argomentativo seguito dalla Corte Costituzionale è dato dalla sentenza n. 432 del 28 novembre 2005, nella quale si dichiara l'illegittimità costituzionale di una disposizione di una legge regionale della Regione Lombardia (56), con la quale si riconosce il diritto alla circolazione gratuita sui servizi di trasporto pubblico di linea ai residenti totalmente invalidi per cause civili. Tale norma esclude dagli aventi diritto gli stranieri residenti nella Regione Lombardia e su questo punto la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 3 della Costituzione. La sentenza presenta dei profili interessanti per quanto riguarda l'argomentazione nello scrutinio di ragionevolezza. Prima di tutto si chiarisce che questo tipo di scrutinio non è escluso anche quando le scelte del legislatore, in questo caso regionale, non incidano sul godimento di diritti fondamentali; infatti «la circostanza che la Regione abbia nella specie introdotto un regime di favore senz'altro eccedente i limiti dell'essenziale [...] non esclude affatto che le scelte connesse alla individuazione delle categorie

---

(55) Definito *compelling and overriding* come nel caso *Korematsu* 323 U.S.: 214, 216 (1944).

(56) La norma è l'art. 8, comma 2, della legge della Regione Lombardia 12 gennaio 2002, n. 1 (Interventi per lo sviluppo del trasporto pubblico regionale e locale), come modificato dall'art. 5, comma 7, della legge della Regione Lombardia 9 dicembre 2003, n. 25 (Interventi in materia di trasporto pubblico locale e di viabilità).

dei beneficiari – necessariamente da circoscrivere in ragione della limitatezza delle risorse finanziarie – debbano essere operate, sempre e comunque, in ossequio al principio di ragionevolezza».

Posto che il legislatore, in questo caso regionale, può introdurre regimi differenziati circa il trattamento da riservare ai singoli consociati, questo è considerato ammissibile soltanto in presenza di una «causa» normativa non palesemente irrazionale o, peggio, arbitraria». La ragionevolezza, in questo senso, è intesa in negativo come non arbitrarietà.

Lo scrutinio parte dall'esame della *ratio* della norma in esame, che è individuata, sia dalla Corte che dalla Regione, in una logica di solidarietà sociale volta ad alleviare le condizioni di difficoltà in cui versano i residenti che, per il fatto di essere totalmente invalidi, vedono grandemente compromessa, se non totalmente eliminata, la propria capacità di guadagno (57). Stanti gli obiettivi della norma, che occorre bilanciare con la limitatezza delle risorse finanziarie, la Corte procede – seppure attraverso passaggi argomentativi non scanditi in modo preciso – all'esame dei criteri identificativi della classe di riferimento: cioè dei destinatari del beneficio. Lo scrutinio è circoscritto all'interno della specifica previsione che assicura la circolazione gratuita non a tutti gli invalidi residenti in Lombardia che abbiano un grado di invalidità pari al 100%, ma soltanto a quelli, fra essi, che godano della cittadinanza italiana.

Il requisito della cittadinanza, in quanto criterio selettivo e identificativo della classe di riferimento, secondo la Corte, deve essere valutato in relazione alla *ratio*, allo scopo della norma. Nel giudizio di eguaglianza, infatti, tra tutti gli elementi di diversità o identità fra singoli individui o fra gruppi quelli che sono presi in considerazione, e che risultano giuridicamente rilevanti, sono gli elementi correlati allo scopo della disciplina (58). La cittadinanza è, dunque, un elemento che, aggiungendosi agli altri elementi identificativi del gruppo dei residenti invalidi al 100%, individua un gruppo disomogeneo rispetto a quello dei residenti invalidi al 100%. Tale elemento è considerato ulteriore, ultroneo e soprattutto incoerente, non essendovi alcuna ragionevole correlabilità tra quella condizione positiva di ammissibilità al beneficio (la cittadinanza italiana, appunto) e gli altri peculiari requisiti (invalidità al 100% e residenza) che ne condizionano il riconoscimento e ne definiscono la *ratio*

---

(57) Punto 5.2 della sentenza n. 432/2005.

(58) M. Barbera, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 159.

e la funzione. Al contrario la Corte considera la residenza come un criterio non irragionevole per selezionare i fruitori del beneficio in ragione del contenimento dei costi di una disposizione regionale.

Su un altro piano la giurisprudenza ordinaria, nei casi in cui si lamenta una condotta discriminatoria da parte di soggetti privati, fa riferimento al principio di ragionevolezza, rafforzandone, in questo modo, la funzione nella individuazione dei limiti posti dai divieti di discriminazione al potere negoziale dei privati. In un'ordinanza del Tribunale di Bologna (59), in risposta a un ricorso di una studentessa di nazionalità cinese iscritta a una Università privata, accusata di una condotta discriminatoria sulla base della nazionalità nei criteri di accesso, il giudice fonda la sua pronuncia, con la condanna dell'Università ad accettare l'iscrizione al secondo anno della studentessa discriminata, sui principi espressi dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 432 del 2005 (60). La pronuncia è da segnalare, prima di tutto, per la decisione con cui il giudice supera le incertezze della dottrina circa la possibilità di comprimere della libertà negoziale dei privati, che abbiano tenuto condotte discriminatorie, anche con obblighi di concludere contratti che eliminino le discriminazioni in atto e garantiscano la parità di trattamento. La sentenza è da segnalare, in secondo luogo, perché affronta il tema delle deroghe alla disciplina discriminatoria, ammettendo che anche nei casi di discriminazione diretta (come nel caso in questione) sia possibile ammettere giustificazioni ragionevoli delle discriminazioni. Infatti, il giudice afferma che «previsioni contrattuali differenziate per persone di diversa provenienza etnica o nazionale sarebbero legittime solo se fondate su motivi ragionevoli che giustificassero razionalmente e fondatamente il trattamento differenziato», mentre nel caso in esame l'Università «non ha giustificato in alcun modo la diversa previsione tariffaria per studenti di diversa provenienza nazionale». Sarebbe a questo punto pericoloso ammettere possibili giustificazioni ragionevoli al di fuori di quelle previste dall'art. 4 della Direttiva n. 2000/43/Ce, e, cioè, limitatamente al rapporto di lavoro, quando, per la natura di un'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, la caratteristica correlata alla razza o all'origine etnica costituisca un requisito essenziale e determinante per

---

(59) L'ordinanza del Tribunale di Bologna è del 23 dicembre 2006, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2007, pp. 136 ss., e, con commento di C. Ponterio, *Anche l'Università discrimina: rette più alte per studenti non comunitari*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2007, pp. 97 ss.

(60) Vedi *supra*, par. 6.

lo svolgimento dell'attività lavorativa, purché l'obiettivo sia legittimo e il requisito proporzionato.

7. — *L'applicazione del principio di ragionevolezza nella giurisprudenza comunitaria in materia di lavoro* — Occorre partire dal dato di fatto che la giurisprudenza della Corte di Giustizia europea in materia di eguaglianza si è inizialmente formata sull'unica base giuridica vincolante esistente nei Trattati: cioè l'art. 119 e le norme di diritto derivato emanate in seguito. Con il Trattato di Amsterdam l'art. 119, ora art. 141 TCe, riconosce al principio di eguaglianza un campo di applicazione più ampio rispetto all'originario principio di eguaglianza in materia retributiva. Ma è con l'inserimento dell'art. 13 nel Trattato di Amsterdam che le istituzioni comunitarie si dotano di una rafforzata base giuridica per adottare i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza, l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli *handicap*, l'età o le tendenze sessuali. Il relativo dinamismo delle istituzioni comunitarie in materia di eguaglianza è senza dubbio da ricondurre all'introduzione dell'art. 13 (61), con la spinta della Carta di Nizza, che ha segnato definitivamente un percorso, seppure ancora irto di incertezze giuridiche, nella via della costituzionalizzazione dei diritti fondamentali. Nonostante questi passaggi di fondamentale importanza resta il fatto che il principio di eguaglianza nell'ordinamento comunitario non è scritto nel solido linguaggio delle Carte costituzionali, e questa, come vedremo, è la causa delle notevoli oscillazioni nell'attività interpretativa della Corte di Giustizia nell'applicazione di questo principio. Le oscillazioni della Corte di Giustizia sono fondamentalmente legate al tentativo, non sempre condiviso, di assegnare al principio di eguaglianza lo *status* di meta-principio esistente nel Diritto comunitario e in grado di produrre l'effetto della non applicazione della legge nazionale contrastante, anche in presenza di un atto di diritto derivato non ancora trasposto. In modo esplicito la Corte di Giustizia dichiara l'esistenza di un principio generale comunitario di parità e di non discriminazione, e il giudice nazionale deve garantirne la piena efficacia disapplicando ogni contraria disposizione di legge nazionale (62). La posizione della Corte di Giustizia che afferma la sussistenza di un principio ge-

(61) M. Bell, *Equality and the European Union Constitution*, in *Industrial law journal*, 2004, pp. 242 ss.

(62) Queste le contestate conclusioni della sentenza *Mangold*, Corte di Giustizia Ce, 22 novembre 2005, causa C-144/04, punti 75-77.

nerale di parità di trattamento e non discriminazione è stata oggetto di critiche, oltre che provenienti dalla dottrina, prima di tutto da parte di alcuni Avvocati Generali (63). Nelle sentenze relative alla conclusioni degli Avvocati Generali critici nei confronti della giurisprudenza in questione, la Corte ha tuttavia evitato di riaffrontare il problema in modo esplicito, per varie ragioni (64). Allo stato attuale, in sostanza, si discute quale sia la portata del principio di non discriminazione, soprattutto quello fondato sull'età, nel Diritto comunitario, e quale efficacia questo produca sul diritto degli Stati membri, soprattutto in relazione al principio dell'interpretazione conforme da parte dei giudizi nazionali e dell'obbligo di non applicazione delle norme contrastanti con il Diritto comunitario (65). Ai nostri fini l'argomento è evidentemente rilevante perché, come vedremo, la reale portata del divieto di discriminazione è determinata dalla sua combinazione con le deroghe ammissibili, valutate attraverso il giudizio di ragionevolezza.

Nell'evoluzione della tutela del principio di eguaglianza nelle fonti comunitarie si possono, inoltre, chiaramente evidenziare due stagioni del Diritto comunitario antidiscriminatorio: quella iniziata sulla base dell'art. 119 e delle Direttive degli anni settanta, e quella iniziata con le Direttive n. 2000/78/Ce e n. 2000/43/Ce, nonché la Direttiva n. 2006/54. Come sottolineato da alcuni Autori (66) in queste Direttive il tratto distintivo è rappresentato dalla modifica della funzione stessa delle norme antidiscriminatorie all'interno dell'ordinamento comunitario. Il principio di eguaglianza e il diritto antidiscriminatorio acquistano u-

---

(63) L'Avv. Generale Geelhoed nelle conclusioni del 16 marzo 2006, nella causa C-13/05, *Sonia Chacon Navas*; l'Avv. Generale Sharpston nelle conclusioni del 30 novembre 2006, nella causa C-227/04, *Lindorfer*; l'Avv. Generale Mazàk nelle conclusioni del 15 febbraio 2007, nella causa C-411/05, *Palacios de la Villa*; l'Avv. Generale Ruiz-Jarabo Colomer nelle conclusioni del 6 settembre 2007, nella causa C-267/06, *Maruko*, e più di recente l'Avv. Generale Sharpston, nelle conclusioni del 22 maggio 2008, nella causa C-427/06, *Brigitte Bartsch*.

(64) Si rinvia al riassunto proposto dall'Avv. Generale Sharpston nelle conclusioni del 22 maggio 2008, nella causa C-427/06, *Brigitte Bartsch*, punti 37-41.

(65) Sull'interpretazione conforme e il principio di eguaglianza vedi V. Piccone, *Effetti diretti, interpretazione conforme e principi generali dell'ordinamento comunitario da Van Gend en Loos a Velasco Navarro*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2008, pp. 166 ss.

(66) M. Barbera, *Not the same? The judicial role in the new community anti-discrimination law context*, in *Industrial law journal*, 2002, pp. 82 ss.; Idem, *Introduzione*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e internazionale*, Giuffrè, Milano, pp. XIX ss.; S. Borelli, *Principi di non discriminazione e frammentazione del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 107.

na dimensione orizzontale, come strumento per garantire un livello minimo di diritti a lavoratori che, in modo diverso, sopportano i costi economici e sociali della flessibilizzazione del mercato del lavoro.

Un'altra profonda modifica nel diritto antidiscriminatorio comunitario consisterebbe nella alterazione del principio, almeno in alcuni tipi di discriminazione come le molestie, della comparazione. Il fatto che per dichiarare la discriminazione sia sufficiente accertare la posizione di particolare svantaggio, senza dover fare i conti con l'elemento quantitativo dell'effetto svantaggioso (come nel caso *Bilka*) (67) e senza dover fare i conti con l'esistenza di un pregiudizio attuale e concreto, essendo sufficiente un pregiudizio potenziale (68), è motivo sufficiente per affermare l'avvento di una nuova stagione del diritto antidiscriminatorio, in grado di modificare la struttura trilaterale del giudizio di eguaglianza classico e il giudizio di ragionevolezza.

Come già accennato, gli altri aspetti sui quali intendiamo interrogarci sono relativi a un altro ordine di innovazioni presenti nelle Direttive del 2000: cioè l'introduzione di cause di giustificazione esimenti rispetto ai divieti di discriminazione. L'estensione dell'ambito di applicazione della disciplina antidiscriminatoria a motivi prima esclusi come l'età o le preferenze sessuali ha portato il legislatore comunitario alla contemporanea restrizione del campo di applicazione attraverso l'ammissibilità di ragioni giustificative dei trattamenti discriminatori. Il risultato che ne deriva secondo alcuni Autori (69) è che, in relazione all'ampiezza delle giustificazioni ammissibili, si finisce per avere una graduatoria del livello di tutela dei diritti e del divieto delle discriminazioni, fino ad arrivare in alcuni casi, come l'età, attraverso l'estensione delle giustificazioni dei trattamenti differenziati, a un'effettiva restrizione delle discriminazioni vietate (70). Altri effetti della innovativa tecnica legislativa in materia di divieti di discriminazione si producono sul piano dei rapporti tra livelli di regolazio-

---

(67) Corte di Giustizia Ce, 13 maggio 1986, causa C-170/84, *Bilka Kaufhaus GmbH c. K. Weber von Hartz*, in *Racc.*, 1986, p. 1607.

(68) Così M. Barbera, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e internazionale*, cit., p. XXXIII, e S. Borelli, *Principi di non discriminazione e frammentazione del lavoro*, cit., p. 108.

(69) G. De Simone, *Obiettivi e tecniche del diritto diseguale nei confronti dei lavoratori svantaggiati*, in M. V. Ballestrero, G. G. Balandi (a cura di), *I lavoratori svantaggiati tra eguaglianza e diritto diseguale*, Il Mulino, Bologna, 2005, p. 133.

(70) Vedi P. Chieco, *Eguaglianza e libertà nel Diritto del lavoro*, Bari, Cacucci, 2002, p. 105.

ne e, come è stato evidenziato, incidono sulla ripartizione delle competenze in materia sociale tra Stati membri e Comunità (71).

Il principio della giustificabilità delle discriminazioni indirette è stato utilizzato dalla Corte di Giustizia già nelle cause relative alla libertà di circolazione (72). In termini generali, validi dunque per tutte le ipotesi di discriminazione, nella Direttiva n. 2000/78/Ce si afferma, al Considerando 23 e all'art. 4, comma 1, che esiste una esimente specifica data dal fatto che «una differenza di trattamento basata su una caratteristica correlata a uno qualunque dei motivi di cui all'articolo 1 non costituisca discriminazione laddove, per la natura di un'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, tale caratteristica costituisca un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, purché la finalità sia legittima e il requisito proporzionato». Mentre l'esimente generale, nel caso delle discriminazioni indirette, è stabilita dall'art. 2, comma 2, lett. *i*, che stabilisce che «tale disposizione, tale criterio o tale prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari». Uno dei primi interrogativi che ci si pone è se siano giustificabili solo le discriminazioni indirette o anche le discriminazioni dirette; se vi siano, inoltre, cause di giustificazioni diverse (73), e, nel caso delle discriminazioni dirette, quanto debba essere severo lo scrutinio delle giustificazioni addotte nei termini della necessità, e non solo della mera obiettività (74). In ogni caso l'interrogativo non sembra potersi adattare a tutti i casi di discriminazione: per come è costruita, in termini as-

---

(71) Così M. Barbera, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e internazionale*, cit., pp. XLII ss.

(72) Corte di Giustizia Ce 23 maggio 1996, causa C-237/94, *O'Flynn v. Adjudication Officer*, in *Racc.*, 1996, p. 2617; Corte di Giustizia Ce 28 gennaio 1992, causa C-204/90, *Bachmann*, in *Racc.*, p. I-249, punto 27; Corte di Giustizia Ce 2 agosto 1993, causa C-33/88, *Allué e Coonan*, in *Racc.*, p. 1591, punto 15.

(73) Relativamente alle discriminazioni per età nella causa C-388/07, *The Incorporated Trustees of the National Council on Aging c. Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform*, si sottopone al giudice comunitario la questione pregiudiziale di «quali siano, se esistono, le differenze concrete rilevanti tra i criteri di giustificazione definiti all'art. 2, n. 2, della Direttiva, relativi alla discriminazione indiretta, e i criteri di giustificazione relativi alla discriminazione diretta fondata sull'età, previsti all'art. 6, n. 1, della Direttiva».

(74) Cfr., sul punto, M. Barbera, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e internazionale*, cit., p. XXXVII, e D. Izzi, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro: il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Jovene, Napoli, 2005, p. 62.

soluti e indipendentemente dalla necessità della comparazione (75), la molestia è un tipo di discriminazione che non sembra ammettere in via di principio giustificazioni.

8. — Segue: ... *nelle discriminazioni fondate sull'età* — Nella Direttiva n. 2000/78 l'età è considerata, al pari della religione o delle convinzioni personali, delle preferenze sessuali, dell'*handicap* o delle tendenze sessuali, una discriminazione: l'art. 1 della Direttiva pone su uno stesso piano tutti i fattori discriminatori che impediscono il raggiungimento delle pari opportunità nell'accesso al lavoro e nelle condizioni di lavoro.

Tuttavia la discriminazione basata sull'età non coincide per diverse ragioni con le altre tipizzate dall'art. 1 della Direttiva, non fosse altro per il fatto che il criterio vietato – l'età, appunto – non identifica una specifica classe (76), come nel caso delle discriminazioni fondate sul sesso o sulla razza; in secondo luogo il legislatore comunitario ammette che le discriminazioni dirette fondate sull'età possano essere giustificate e pertanto non rappresentino discriminazioni vietate. Le cause che possono giustificare le disparità di trattamento in base all'età sono rappresentate, in particolare, da obiettivi legittimi di politica dell'occupazione, mercato del lavoro e formazione professionale. Tali cause sono ulteriormente specificate all'art. 6, rubricato, correttamente, giustificazione delle disparità di trattamento collegate all'età. Si tratta di ipotesi molto dettagliate e ancora una volta non tassative, ma in realtà non si dovrebbero poter ipotizzare casi di giustificazione che non rientrino nelle categorie generali delle politiche dell'occupazione, del mercato del lavoro e della formazione professionale.

Non si può trascurare il fatto che nei Considerando della Direttiva n. 2000/78/Ce emerge un duplice fondamento della lotta contro le discriminazioni: da una parte, la tutela di un diritto fondamentale – diremmo della persona – all'eguaglianza, e, dall'altra, una funzionalizzazione del diritto all'eguaglianza, o, meglio, del divieto di discriminazione rispetto a obiettivi occupazionali e di mercato. Nel caso delle discriminazioni fondate sull'età non è chiaro, tuttavia, quale sia l'obiettivo perseguito dal legislatore comunitario.

---

(75) Così M. Barbera, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e internazionale*, cit., p. XXXV.

(76) Si tratta di una disciplina *age blind* non diretta solo a specifiche categorie di persone. Cfr. J. Swift, *Justifying Age Discrimination*, in *Industrial law journal*, 2006, pp. 228 ss.

Si è detto che uno degli interrogativi che solleva la Direttiva in questione è se siano giustificabili solo le discriminazioni indirette o anche le discriminazioni dirette, se vi siano cause di giustificazioni diverse e, nel caso delle discriminazioni dirette, quanto debba essere severo lo scrutinio delle giustificazioni addotte, nei termini della necessità e non solo della mera obiettività (77). In ogni caso, si è visto che l'interrogativo non sembra potersi adattare a tutti i casi di discriminazione: la molestia è un tipo di discriminazione che non ammette in via di principio giustificazioni (78).

Per quanto riguarda la giustificabilità delle discriminazioni dirette, la questione si pone sicuramente nel caso delle discriminazioni sulla base dell'età, anche se la lettera della Direttiva autorizza a ritenere che tutte le giustificazioni per le discriminazioni indirette sulla base dell'età siano disciplinate dall'art. 2, mentre le esimenti (più stringenti e specifiche) per le discriminazioni dirette sulla base dell'età siano disciplinate dall'art. 6. Comunque la soluzione è tutt'altro che chiara e univoca (79), e lo dimostra una recente domanda di pronuncia in via pregiudiziale proposta dalla *High Court of Justice (England and Wales)* alla Corte di Giustizia (80), relativamente all'applicabilità della Direttiva n. 2000/78/Ce a norme nazionali che consentono ai datori di lavoro di licenziare lavoratori di 65 anni di età o di età superiore a causa di pensionamento, in particolare quando tali norme sono state introdotte dopo l'adozione della Direttiva. A tale proposito il giudice del rinvio sottopone alla Corte di Giustizia due importanti questioni. Prima di tutto quali siano, se esistono, le differenze concrete rilevanti tra i criteri di giustificazione definiti all'art. 2, n. 2, della Direttiva, relativi alla discriminazione indiretta, e i criteri di giustificazione relativi alla discriminazione diretta fondata sull'età, previsti all'art. 6, n. 1, della Direttiva.

---

(77) Cfr., sul punto, M. Barbera, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e internazionale*, cit., p. XXXVII, e D. Izzi, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro: il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Jovene, Napoli, 2005, p. 62.

(78) Così M. Barbera, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e internazionale*, cit., p. XXXV.

(79) Ritene giustificabili le discriminazioni dirette D. Izzi, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori emergenti*, cit., p. 62.

(80) Causa C-388/07, *Incorporated Trustees of the National Council on Aging («Age Concern England») v. Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform*.

In secondo luogo, il giudice remittente chiede se l'art. 6, n. 1, della Direttiva semplicemente consenta agli Stati membri di emanare una legislazione ai sensi della quale una disparità di trattamento in ragione dell'età non costituisce discriminazione, quando sia un mezzo proporzionato per il conseguimento di una finalità legittima, oppure se tale norma imponga agli Stati membri di definire le tipologie di disparità di trattamento che potrebbero essere in tal modo giustificate, per mezzo di un elenco o altro strumento analogo per forma e contenuto all'art. 6, n. 1.

Sulla prima questione vale la pena di sottolineare che ad avviso del giudice remittente l'art. 6, n. 1, si riferisce alle cause di giustificazione delle discriminazioni dirette sulla base dell'età, assumendo, pertanto, una posizione netta circa i dubbi sollevati sulla ammissibilità delle giustificazioni nelle discriminazioni dirette. La differenza tra i criteri di giustificazione nelle discriminazioni indirette e in quelle dirette basate sull'età, a nostro parere, risiede nella specificità delle cause di giustificazione, che sono rappresentate dalla finalità della norma dalla quale deriva indirettamente o direttamente la discriminazione.

Nel caso delle discriminazioni indirette la finalità legittima, di cui occorre comunque accertare la proporzionalità e l'adeguatezza, può essere la più varia, anche se appare difficile immaginare finalità che non rientrino nell'area delle stesse finalità che hanno portato il legislatore a identificare il divieto di discriminazione. Il legislatore nazionale deve semplicemente dichiarare quale sia l'obiettivo della norma dalla cui applicazione deriva la discriminazione indiretta per età, e, purché questo sia legittimo e superi il *test* di adeguatezza e di necessità, la discriminazione è giustificata. Si può dire che il *test* di ragionevolezza debba, in questo caso, essere morbido.

Nel caso delle discriminazioni dirette basate sull'età il controllo deve essere *strict*, perché il legislatore costruisce la norma sulla base del fattore vietato. Il legislatore nazionale deve dimostrare che la *ratio* della norma che prevede la discriminazione diretta fondata sull'età è dello stesso «tipo» della *ratio* della norma comunitaria che vieta le discriminazioni basate sull'età: cioè una *ratio* fondamentalmente riconducibile al perseguimento di obiettivi delle politiche per l'occupazione e la promozione della diversità dell'occupazione. L'operazione di bilanciamento tra il diritto individuale a non essere discriminati sulla base dell'età e la finalità della legge che stabilisce la discriminazione sulla base dell'età, di competenza della Corte di Giustizia, fornisce alle istituzioni comunitarie un

formidabile strumento di controllo delle politiche nazionali dell'occupazione, dato che l'età, in tutti gli Stati membri, costituisce un criterio trasversale in molte politiche per l'occupazione (81).

Sulla seconda questione pare da condividere la posizione di chi ritiene che gli Stati membri, per potersi avvalere delle eccezioni consentite dalla Direttiva, dovranno, da una parte, dichiarare di volersi avvalere di tale facoltà, e, dall'altra, indicare nel dettaglio quali siano le tipologie di disparità di trattamento che intendono considerare giustificate (82).

In tutte le ipotesi di giustificazione delle disparità di trattamento è necessario verificare che le disparità introdotte nelle legislazioni degli Stati membri rispondano ai criteri di necessità, adeguatezza e proporzionalità; pertanto appare indispensabile verificare in che modo la Corte di Giustizia abbia applicato i *test* di proporzionalità e adeguatezza nelle cause in cui sia in questione una discriminazione. Il principio di proporzionalità era già riconosciuto dalla Corte di Giustizia europea come principio fondamentale dell'ordinamento comunitario, anche prima del suo definitivo accoglimento nell'art. 3b TCe, introdotto dal Trattato di Amsterdam. La sua funzione è chiara: si tratta di un principio direttivo nella attribuzione delle competenze tra Unione e Stati membri, di modo che l'esercizio delle competenze comunitarie deve assumere la forma meno invasiva e comprimere la sfera di sovranità degli Stati membri nella misura strettamente necessaria alla realizzazione degli obiettivi comunitari. In questa funzione la Corte applica il principio facendo riferimento al modello della Corte Costituzionale tedesca (83). Nel caso delle Direttive in questione il principio dovrebbe essere applicato per verificare se la Comunità abbia ecceduto, rispetto alle competenze assegnate dai Trattati, rispetto agli obiettivi che si è posta nel regolare la materia delle discriminazioni. In questo caso il principio di proporzionalità ha una funzione ascendente.

Nei casi di discriminazione affrontati dalla Corte di Giustizia, invece, il principio di proporzionalità è funzionale alla verifica del rispetto da

---

(81) Si veda, per il caso italiano, G. Loy, *El empleo de los trabajadores maduros*, in corso di pubblicazione, e, nella prospettiva comparata, M. Sargeant (ed. da), *The Law on Age Discrimination in the EU*, Kluwer Law International BV, The Netherlands, 2007.

(82) Cfr. G. Loy, *El empleo de los trabajadores maduros*, in corso di pubblicazione, spec. par. 10.

(83) G. Scaccia, *Gli «strumenti» della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, cit., p. 295.

parte degli Stati membri dei limiti imposti dalla disciplina comunitaria relativamente alla possibilità di introdurre deroghe al principio di non discriminazione. In questo caso il principio di proporzionalità ha una funzione discendente.

Rispetto ai principi generali descritti nella prima parte l'applicazione del criterio di ragionevolezza, di cui l'adeguatezza e proporzionalità sono una specificazione, richiede l'identificazione della *ratio* della norma che introduce la differenziazione di trattamento. Ciò è funzionale, in un giudizio di eguaglianza, a valutare la fondatezza dell'esclusione dei casi ai quali si assegna un trattamento differenziato rispetto all'ambito di applicazione della norma che prevede un altro tipo di trattamento.

Nella nota sentenza *Mangold* (84) la Corte di Giustizia applica lo scrutinio della ragionevolezza in un caso di discriminazione fondata sull'età, i cui passaggi sono identificati nella Direttiva n. 2000/78, all'art. 6, n. 1, in cui si dispone che gli Stati membri possono prevedere che le disparità di trattamento «non costituiscano discriminazioni laddove esse siano oggettivamente e ragionevolmente giustificate, nell'ambito del diritto nazionale, da una finalità legittima, compresi giustificati obiettivi di politica del lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale, e i mezzi per il conseguimento di tale finalità siano appropriati e necessari». Tali disparità possono in particolare riguardare, secondo lo stesso paragrafo, secondo capoverso, lett. *a*, «la definizione di condizioni speciali di accesso all'occupazione e alla formazione professionale, di occupazione di lavoro [...] per i giovani, i lavoratori anziani e i lavoratori con persone a carico, onde favorire l'inserimento professionale o assicurare la protezione degli stessi», nonché, alle lett. *b* e *c*, la fissazione di condizioni minime di età in talune specifiche situazioni.

La stessa Direttiva n. 2000/78/Ce, al punto 25, individua la *ratio* della disciplina comunitaria che introduce il divieto di discriminazione basata sull'età, che «costituisce un elemento essenziale per il perseguimento degli obiettivi definiti negli orientamenti in materia di occupazione e la promozione della diversità nell'occupazione», e sullo stesso piano devono essere individuate le cause che ne giustificherebbero la violazione a

---

(84) Corte di Giustizia Ce 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Mangold*. Tra i commenti alla sentenza si veda O. Bonardi, *Le discriminazioni basate sull'età*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e internazionale*, cit., spec. p. 145, e le considerazioni di G. Loy, *Contratti formativi, contratti di inserimento e principio di non discriminazione per età*, in questo fascicolo di q. Riv., spec. par. 8.

livello nazionale. Cioè: il legislatore nazionale può emanare norme che comportino una discriminazione sulla base dell'età solo se la norma che le introduce abbia la stessa *ratio* della disciplina comunitaria che ha introdotto il divieto di discriminazione.

La normativa tedesca che introduce la disparità di trattamento è sottoposta allo scrutinio di ragionevolezza che la Corte articola in diverse fasi. Prima di tutto si verifica se le disparità di trattamento siano oggettivamente e ragionevolmente giustificate, nell'ambito del diritto nazionale, da una finalità legittima. Sul punto (85) la Corte ritiene che la legislazione tedesca abbia «chiaramente lo scopo di favorire l'inserimento professionale dei lavoratori anziani disoccupati se e in quanto questi ultimi si trovano di fronte a difficoltà gravi nella ricerca di una nuova occupazione». La finalità, l'obiettivo della legislazione in questione deve, in linea di principio, ritenersi giustificare «obiettivamente e ragionevolmente una disparità di trattamento in ragione dell'età» (86).

La legittimità della *ratio* della normativa tedesca vale a escludere la natura discriminatoria del provvedimento: secondo la Corte, infatti, la norma del Diritto tedesco, «nel prevedere la possibilità per i datori di lavoro di concludere senza restrizioni contratti a tempo determinato con lavoratori che abbiano raggiunto l'età di 52 anni, istituisce una disparità di trattamento fondata direttamente sull'età»; tuttavia, ai sensi del Diritto comunitario, questa disparità di trattamento deve essere sottoposta a una più attenta osservazione per valutarne la natura discriminatoria. Questo conferma i principi generali in materia di parità di trattamento: ciò che rende assimilabili, e quindi meritevoli dello stesso trattamento, o dissimili, e quindi meritevoli di un trattamento differenziato da parte della legge, due situazioni o due soggetti è il fine della norma che li disciplina. In realtà quelle che sono definite eccezioni o deroghe al divieto di discriminazione per età rappresentano possibili fattori di differenziazione legittima. Naturalmente trattandosi di una differenziazione di trattamento che coincide con il fattore vietato dalla norma, il controllo sul fine della norma, che escluderebbe, in quanto legittimo, la na-

---

(85) Corte di Giustizia Ce 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Mangold*, punti 59-61.

(86) Si vedano anche le conclusioni dell'Avv. Generale Tizzano nella causa C-144/04, *Mangold*, punto 90, che ritiene che le norme esaminate hanno una ben precisa giustificazione. Tutte, infatti, sono volte a «favorire l'inserimento professionale dei lavoratori anziani disoccupati, i quali, anche secondo le statistiche ufficiali [...], incontrano maggiori difficoltà nel trovare un nuovo impiego».

tura discriminatoria della differenza di trattamento, deve essere *strict* e deve essere ancora sottoposto al *test* di proporzionalità.

Il passaggio successivo dell'argomentazione della Corte è, pertanto, diretto a verificare se, come previsto dall'art. 6, n. 1, gli strumenti attuati per realizzare l'obiettivo definito dalla legge tedesca siano «appropriati e necessari» a tal fine. In sostanza la Corte applica il principio di proporzionalità, che richiede che qualsiasi deroga a un diritto individuale debba conciliare, per quanto possibile, il principio di parità di trattamento con l'esigenza del fine perseguito dalla norma. È a questo punto che la Corte effettua il bilanciamento tra gli interessi in gioco per arrivare a negare la necessità e appropriatezza della legislazione tedesca. I «beni» giuridici che il giudice comunitario pone a confronto sono: da un lato, l'inserimento professionale dei lavoratori anziani disoccupati, e, dall'altro, il beneficio della stabilità dell'occupazione che i lavoratori in questione perderebbero in quanto, secondo la legislazione tedesca, possono essere validamente proposti, fino all'età alla quale essi potranno far valere il loro diritto alla pensione di vecchiaia, contratti di lavoro a tempo determinato rinnovabili per un numero indefinito di volte. Si intuisce, dato che non vi è in realtà una chiarezza argomentativa sul punto, che la identificazione della comunità di rischio costituita dai soggetti 52enni, che rappresenta il campo di applicazione soggettivo della norma in questione, non è omogenea: a tutti i lavoratori 52enni, «siano essi stati in disoccupazione o no prima della conclusione del contratto e quale sia stata la durata del periodo dell'eventuale disoccupazione» (87), possono essere proposti contratti di lavoro a tempo determinato rinnovabili per un numero indefinito di volte. Il risultato è che per alcuni di essi il bilanciamento tra i beni posti a confronto è in positivo, per altri è in negativo.

Mentre nel caso *Mangold* la Corte di Giustizia esercita un controllo più stringente sulle finalità della legislazione nazionale dalla quale deriva la discriminazione per età, nella successiva sentenza *Palacios de la Villa* (88) il *test* di ragionevolezza sulla legittimità della discriminazione sulla base dell'età è decisamente meno stringente (89). La Corte si accontenta, infatti, del contesto generale in cui è stata adottata la legge che con-

---

(87) Corte di Giustizia Ce 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Mangold*, punto 64.

(88) Corte di Giustizia Ce 16 ottobre 2007, caso C-411/05, *Felix Palacios de La Villa*.

(89) Così anche S. Laulom, *L'interdiction des discriminations fondées sur l'âge*, in *Semaine Sociale Lamy*, n. 1338, 2008, pp. 23 ss.

sente l'inserimento di clausole di pensionamento obbligatorio nei contratti collettivi. Questa norma è stata adottata nell'ambito di una politica nazionale diretta a promuovere l'accesso all'impiego per mezzo di una migliore distribuzione dell'occupazione nell'ottica intergenerazionale. Sebbene la legge non faccia riferimento esplicito a tale scopo, la Corte di Giustizia ritiene che si possa identificare l'obiettivo cui tende la legge (la *ratio legis*) da altri elementi, attinenti al contesto generale della misura interessata, al fine di esercitare un sindacato giurisdizionale quanto alla sua legittimità e al carattere adeguato e necessario dei mezzi adottati per realizzare detto obiettivo (90).

9. — Segue: ... *nelle discriminazioni fondate sul contratto a tempo determinato e sull'handicap* — Nella sentenza *Del Cerro Alonso* la Corte di Giustizia è chiamata a valutare se una differenza di trattamento tra il «personale di ruolo a tempo determinato» e il «personale di ruolo a tempo indeterminato», prevista da un testo legislativo o da un accordo tra le parti sociali, che non riconosce al personale a tempo determinato alcuni benefici (si tratta di scatti di anzianità), costituisca una «ragione oggettiva» ai sensi dell'art. 4, punto 1, della Direttiva n. 1999/70/Ce, che «stabilisce il principio della parità di trattamento tra lavoratori a tempo indeterminato comparabile e lavoratori a tempo determinato, per quanto riguarda le condizioni di impiego, i quali non possono essere trattati in modo meno favorevole per il solo fatto di avere un contratto o rapporto di lavoro a tempo determinato, a meno che non sussistano ragioni oggettive». La norma comunitaria ammette quindi giustificazioni alla introduzione di differenze di trattamento, che devono tuttavia consistere in ragioni oggettive da parte della legislazione nazionale. In questo caso la Corte non si accontenta di una generica previsione della differenza di trattamento tra i lavoratori a tempo determinato e i lavoratori a tempo indeterminato, da una norma interna generale e astratta, quale una legge o un contratto collettivo. La nozione di «ragioni oggettive», sulla quale la Corte si era già pronunciata nella sentenza *Adelener* (91), richiede «che la disparità di trattamento in causa sia giustificata dalla sussistenza di elementi precisi e concreti, che contraddistinguono il rapporto di impiego di cui trattasi, nel particolare contesto in cui s'inscrive

(90) Punti 53-57 della sentenza *Palacios de La Villa*.

(91) Corte di Giustizia Ce 4 luglio 2006, causa C-212/04, *Adelener e altri*, in *Racc.*, 2006, p. 6057.

e in base a criteri oggettivi e trasparenti, al fine di verificare se tale disparità risponda a una reale necessità, sia idonea a conseguire l'obiettivo perseguito e risulti a tal fine necessaria» (92). Il percorso argomentativo del giudizio di ragionevolezza è, seppur succintamente, richiamato dalla Corte di Giustizia: ogni differenza di trattamento deve essere valutata alla luce della *ratio* della norma che la introduce e deve essere idonea e necessaria al raggiungimento del fine indicato. Qui il richiamo è alla proporzionalità.

Nel successivo caso *Impact*, sempre relativo a un'ipotesi di discriminazione nei confronti di lavoratori a tempo determinato in relazione agli elementi retributivi, l'Avv. Generale Kokott afferma che «una disparità di trattamento dei lavoratori a tempo determinato nei confronti di quelli a tempo indeterminato in relazione all'importo delle singole voci retributive può essere presa in considerazione solo qualora risulti obiettivamente giustificata» (93). La libertà degli Stati e degli attori sociali nel determinare le voci della retribuzione incontra, dunque, un limite nel divieto di discriminazione nei confronti dei lavoratori a tempo determinato. È evidente che attraverso il controllo di ragionevolezza della differenza di trattamento retributivo, introdotta dagli Stati membri, la Comunità si ritaglia uno spazio regolativo all'interno di una competenza riconosciuta in via esclusiva agli Stati membri dall'art. 137, comma 5, TCE.

Il principio di eguaglianza e il controllo di ragionevolezza, almeno in questo caso, assumono nell'ordinamento comunitario una portata ben più ampia – di tipo orizzontale, come afferma Barbera –, con una latitudine che somiglia a quella rivestita negli ordinamenti costituzionali nazionali, rispetto a qualsiasi differenziazione normativa, senza che rilevino la fonte o la natura delle competenze nel cui esercizio l'atto sia stato adottato (94). In questa ricostruzione delle discriminazioni della giurisprudenza comunitaria – come vedremo soprattutto nel caso *Mangold* – si rischia di alterare gli equilibri istituzionali, il riparto di competenze tra Comunità e Stati membri, e i rapporti tra fonti multilivello. Ciò che traspare è che attraverso la disciplina antidiscriminatoria in questione la Comunità intenda ritagliarsi un ulteriore spazio di controllo delle poli-

---

(92) Corte di Giustizia Ce 13 settembre 2007, causa C-307/05, *Yolanda Del Cerro Alonso*, punto 58.

(93) Conclusioni dell'Avv. Generale, del 9 gennaio 2008, nella causa C-268/06, *Impact*, punto 180.

(94) M. Barbera, *Introduzione*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e internazionale*, cit., p. XLIV.

tiche per l'occupazione che il, giuridicamente fragile, metodo aperto di coordinamento non garantisce.

In alcuni casi la finalità legittima, in base alla quale si può individuare la ragionevolezza della discriminazione, è indefinita, mentre in altri casi – come per l'età – il legislatore comunitario ha provveduto a indicare le finalità che possono rendere ragionevole la differenziazione di trattamento. Nel caso delle discriminazioni fondate sull'età le finalità indicate non sembrano tassative, ma comunque occorre individuare i limiti alla giustificazione delle discriminazioni da parte degli Stati membri, e uno di questi limiti dovrebbe essere la specifica previsione della giustificazione da parte dello Stato membro (95).

Nel caso *Mangold* (sentenza punto 65) la Corte ritiene che la fissazione di un limite di età come unico criterio di applicazione di un contratto di lavoro a tempo determinato, senza che sia stato dimostrato che la fissazione di tale limite sia obiettivamente necessaria per la realizzazione dell'obiettivo dell'inserimento professionale dei lavoratori anziani in disoccupazione, in considerazione della struttura del mercato del lavoro e dalla situazione personale dell'interessato, non supera il *test* di necessità, adeguatezza e proporzionalità. Il rispetto del principio di proporzionalità richiede, infatti, che qualsiasi deroga a un diritto individuale prescriva di conciliare, per quanto possibile, il principio di parità di trattamento con l'esigenza del fine perseguito (96). La Corte richiede, dunque, la dimostrazione, ai fini del riconoscimento della ragionevolezza della discriminazione operata sulla base dell'età, di uno stretto rapporto mezzi-fini: cioè della oggettiva necessità della discriminazione ai fini del raggiungimento dell'obiettivo dell'inserimento professionale dei lavoratori anziani in disoccupazione. Si tratta, in sostanza, di un giudizio di ragionevolezza con l'utilizzo di argomenti di efficienza strumentale (97), anche se l'argomentazione giuridica della Corte non esplicita tutti i passaggi di questo tipo di scrutinio, che prevederebbe, secondo

---

(95) Nel senso che se gli Stati membri non prevedono esplicitamente tali deroghe, mediante disposizioni specifiche, queste non dovrebbero essere ammesse, G. Loy, *Contratti formativi, contratti di inserimento e principio di non discriminazione per età*, in questo fascicolo di q. Riv., par. 5, e O. Bonardi, *Le discriminazioni basate sull'età*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, cit., p. 141.

(96) Così anche Corte di Giustizia Ce 19 marzo 2002, causa C-476/99, *Lommers*, in *Racc.*, p. I-2891, punto 39.

(97) Che è una delle articolazioni degli argomenti della ragionevolezza; vedi G. Scaccia, *Gli «strumenti» della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, cit., 189.

l'applicazione fattane dalla giurisprudenza costituzionale tedesca, l'applicazione di tre fasi distinte.

Resta da chiedersi quale sia l'operazione di bilanciamento operata dalla Corte di Giustizia nelle sentenze esaminate. Se, come nel caso delle discriminazioni fondate sull'età, la finalità della disciplina antidiscriminatoria è quella di facilitare l'ingresso dei lavoratori, soprattutto anziani, si è visto che la giustificazione richiesta agli Stati membri deve porsi sullo stesso piano. Non c'è, dunque, un bilanciamento di valori diversi posti a confronto, ma di interessi di diverse categorie di lavoratori nel mercato del lavoro. In sintesi nel capitolo delle discriminazioni fondate sull'età, in particolare, si intravede una forma sofisticata di regolazione della concorrenza del mercato del lavoro comunitario. Il tema della regolazione del mercato del lavoro e della ammissibilità delle giustificazioni delle discriminazioni che siano fondate su argomenti legati alle politiche dell'occupazione emerge, tuttavia, anche nelle sentenze legate alle discriminazioni fondate sull'*handicap*.

L'Avvocato Generale nella causa *Chacon Navas* chiarisce quale sia il fondamento giuridico del divieto di discriminazione fondata sull'*handicap* e lo ritrova nell'art. 13 Ce. Egli esclude che tale fondamento sia riscontrabile, come invece suggerisce il giudice del rinvio, anche nell'art. 137, n. 1, lett. j, Ce, che accorda alla Comunità la facoltà di prendere misure a sostegno e a completamento dell'azione degli Stati membri, fra l'altro, nella lotta contro l'esclusione sociale, in quanto esso si applica anche ad altre categorie di «esclusi» rispetto a quelle di cui all'art. 13 Ce e può perseguire finalità diverse dal mero divieto di discriminazione (98). In questo modo l'Avvocato Generale sembra lasciare intendere che gli obiettivi del mercato e dell'occupazione non siano finalità riconducibili all'introduzione del divieto di discriminazione fondata sull'*handicap*, diversamente da quanto affermato dalla Corte nel caso *Mangold*, dal quale in modo esplicito (99) l'Avvocato Generale dissente. L'art. 13 Ce non può essere trasformato in una leva d'Archimede che forza gli equilibri istituzionali ed essere utilizzato «per correggere, senza l'intervento degli autori del Trattato o del legislatore comunitario, le valutazioni operate dagli Stati membri nell'esercizio delle competenze di cui – tuttora – dispongono». In realtà in un altro punto delle conclusioni sembra affer-

---

(98) Conclusioni dell'Avv. Generale del 16 marzo 2006, nella causa C-13/05, *Sonia Chacon Navas*, punti 43, 44.

(99) *Idem*, punto 56.

mare un principio contrario quando afferma che «Lo sforzo di rendere operativi i divieti di discriminazione qui pertinenti in pratica impone sempre al legislatore di operare scelte dolorose, se non tragiche, ponderando gli interessi in gioco, quali i diritti dei disabili o dei lavoratori anziani rispetto a un flessibile funzionamento del mercato del lavoro o all'innalzamento del grado di partecipazione delle fasce di età più elevate». Il nesso tra funzionamento del mercato del lavoro e diritti dei disabili o dei lavoratori anziani non è dunque escluso neanche dall'Avvocato Generale nel caso *Chacon Navas*, e questo rende meno chiara l'individuazione della *ratio* della norma comunitaria antidiscriminatoria.

Il problema di identificare chiaramente la finalità della norma antidiscriminatoria si riflette sulle modalità del controllo di ragionevolezza esercitato dalla Corte di Giustizia in ordine alle scelte dei legislatori nazionali, che nella legislazione di attuazione introducono eccezioni al divieto di discriminazioni fondate sull'*handicap*. Questo controllo, a sua volta, produce i suoi effetti sul controllo di ragionevolezza delle soluzioni adottate dai datori di lavoro, in base alla disciplina nazionale. Quindi vi sono due piani del controllo di ragionevolezza: il primo, che è stato affrontato fino a ora nel rapporto tra norme comunitarie e legislazione nazionale, e il secondo nei rapporti interprivati in relazione alla legislazione nazionale.

Se qualche dubbio permane su quale sia la finalità della tutela antidiscriminatoria dei disabili nella Direttiva n. 2000/43/Ce alla luce della sentenza *Chacon Navas*, fortunatamente nelle conclusioni dell'Avvocato Generale nel successivo caso *Coleman* si chiarisce che questa consiste «nell'assicurare che la loro dignità e autonomia non siano compromesse né da discriminazioni ovvie e immediate, né da discriminazioni sottili e meno ovvie» (100). È, pertanto, alla luce della finalità della tutela della dignità e dell'autonomia dei disabili che dovranno essere valutate – attraverso lo scrutinio di ragionevolezza – tutte le possibili giustificazioni addotte dagli Stati e, indirettamente, dai soggetti privati. La Corte di Giustizia, nella recente sentenza sul caso *Coleman*, accoglie la posizione dell'Avvocato Generale e fornisce una nozione molto ampia delle discriminazioni fondate sull'*handicap*, giungendo a dire che la discriminazione sussiste anche quando la persona oggetto di una discriminazione diretta fondata sulla disabilità non è essa stessa disabile, ma resta comun-

---

(100) Conclusioni dell'Avvocato Generale Poirares Maduro, del 31 gennaio 2008, nella causa C-303/06, *S. Coleman*, punto 15.

que il fatto che è proprio la disabilità a costituire il motivo del trattamento meno favorevole del quale essa afferma essere stata vittima (101).

Dagli aspetti problematici, seppur succintamente, sollevati appare chiaro che la Corte di Giustizia fa fatica ad affermare, in modo chiaro e con una giurisprudenza costante, quale sia il modello di eguaglianza che intende affermare. Le discordanze in ordine al fondamento giuridico del principio di eguaglianza, che manca comunque di solide basi costituzionali, non fanno che indebolire le argomentazioni giuridiche utilizzate dalla Corte di Giustizia, alla quale comunque il modello regolativo delle Direttive del 2000 assegna un ruolo centrale. Il principio di ragionevolezza si evidenzia, in questo quadro, come un importante strumento attraverso il quale la Corte di Giustizia sposta i confini mobili della regolazione multi-livello (102), ammettendo o negando le possibilità derogatorie inserite nelle Direttive antidiscriminatorie. La funzione della ragionevolezza espressa in questi termini, di cui si è visto qualche esempio anche a livello nazionale (103), può considerarsi una delle reazioni del diritto alla complessità e, in questo senso, non è che una manifestazione della crisi regolativa del diritto sopranazionale, ma anche nazionale, ad attuare – in via definitiva in una norma generale e astratta – il contemperamento di interessi confliggenti. Si preferisce percorrere la via giurisprudenziale del bilanciamento attraverso lo *screening* della ragionevolezza, che necessita, tuttavia, di una chiara definizione dei principi fondamentali sulla base dei quali effettuare il bilanciamento. È innegabile che, in un ordinamento che ancora riflette sullo *status* giuridico dei diritti sociali fondamentali contenuti nella Carta di Nizza – riconosciuti ma non affermati (104) dalla stessa Corte di Giustizia nelle sentenze più recenti (105) –, qualunque operazione di bilanciamento tra diritti sociali e diritti del mercato (libera circolazione e libertà di stabilimento) sia fonte di preoccupazione. La ragionevolezza rischierebbe di non rappresentare un punto di equilibrio ma la cristallizzazione di uno squilibrio già esistente tra i diritti sociali e i diritti del mercato.

(101) Corte di Giustizia Ce 17 luglio 2008, causa C-303/06, *S. Coleman*, punto 50.

(102) Su cui, in generale, vedi M. Barbera (a cura di), *Nuove forme di decisione e regolazione: il Metodo aperto di coordinamento delle politiche sociali*, Giuffrè, Milano, 2006.

(103) Vedi *supra*, par. 6.

(104) Vedi B. Caruso, *I diritti sociali nello spazio sociale sopranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione? (prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking)*, in *WP Massimo D'Antona*. INT-61/2008, p. 26.

(105) Il riferimento è alle note sentenze *Viking* (Corte di Giustizia Ce 11 dicembre 2007, causa C-438/05), *Laval* (Corte di Giustizia Ce 18 dicembre 2007, causa C-341/05) e *Rüffert* (Corte di Giustizia Ce 3 aprile 2008, causa C-346/06).

*Gianni Loy* (\*)

## CONTRATTI FORMATIVI, CONTRATTI DI INSERIMENTO E PRINCIPIO DI NON DISCRIMINAZIONE PER ETÀ

SOMMARIO: 1. L'evoluzione dei contratti formativi nel Diritto dell'Unione europea mediterranea all'insegna dell'evoluzionismo. — 2. La ri-scoperta del fattore età nel «difficile» incontro con il diritto antidiscriminatorio di seconda generazione. — 3. Prescrizioni ed eccezioni nell'ambito del divieto di discriminazione per età. — 4. Primi elementi per la costruzione di una teoria sulla discriminazione per età. a) Il diritto all'uguaglianza e il diritto al lavoro quale fondamento del divieto di discriminazione. — 5. *Segue*: b) I limiti formali alla possibilità di prevedere deroghe da parte degli Stati. — 6. *Segue*: c) Se le deroghe possano risultare legittime solo ove favoriscano lo stesso gruppo di lavoratori che subiscono una disparità di trattamento. — 7. E per concludere: quale sia il rapporto tra l'art. 4 e l'art. 6 della Direttiva. — 8. Più dubbi che certezze alla luce della prima giurisprudenza della Corte di Giustizia. — 9. Qualche conclusione.

1. — *L'evoluzione dei contratti formativi nel Diritto dell'Unione europea mediterranea all'insegna dell'evoluzionismo* — Gli ultimi decenni sono stati caratterizzati da una marcata tendenza alla frammentazione dei tipi contrattuali nell'ambito della legislazione del lavoro. Una sorta di corsa spericolata verso l'articolazione dei tipi o delle discipline che ha scavalcato i confini dei paesi europei, soprattutto di quelli caratterizzati da omogeneità nei modelli culturali di riferimento, e che ha inserito al suo interno, ecletticamente, anche istituti appartenenti a culture peculiarmente differenti. Tra i filoni che hanno determinato questa frammentazione spicca quello relativo ai contratti con finalità formativa. Il tutto ha preso le mosse da un unico contratto, l'apprendistato, che in principio neppure era un vero e proprio contratto di lavoro, ma, piuttosto, un contratto di insegnamento, visto che nel sinallagma contrattuale una somma di denaro corrisposta dal genitore, o la prestazione di servizi resa dal minore, per lo più estranea al mestiere, era offerta in cambio dell'insegnamento fornito dal maestro.

---

(\*) Docente di Diritto del lavoro presso l'Università degli Studi di Cagliari.

Una volta accolto nell'ambito del Diritto del lavoro come contratto speciale, in virtù dell'obbligo formativo che caratterizza la controprestazione, l'istituto ha mantenuto a lungo la sua peculiare fisionomia di contratto destinato ai minori in vista dell'acquisizione di una qualifica professionale mediante l'adibizione ad attività lavorativa. La sua disciplina si è prima arricchita di norme protettive volte a tutelare l'integrità fisica e morale degli apprendisti, quindi si è completata con norme volte a garantire la realizzazione della finalità formativa dell'istituto.

In un periodo relativamente recente la secolare unitarietà di quel modello è venuta meno. L'apprendistato si è frantumato, quando non dissolto, in una miriade di nuove fattispecie che, a volte, hanno offerto puntuali risposte alle esigenze di un'economia insaziabile, a volte hanno rappresentato un semplice *maquillage* delle forme tradizionali.

Italia, Francia e Spagna, pur mantenendo in comune l'ispirazione di fondo, hanno percorso strade differenti.

In Francia, l'apprendistato, riservato ai giovani di età tra i 16 e i 25 anni, è stato affiancato da numerose forme di contratti di formazione e lavoro nell'ambito del sistema della formazione permanente, tra cui i contratti di *qualification*, di *adaptation* e di *orientation* che, nel 2004, sono stati sostituiti da un unico contratto, denominato: *contrat de professionalisation* (1).

In Spagna, l'apprendistato propriamente detto è stato soppresso nel 1994 e sostituito da due nuovi contratti formativi. Il *contrato para la formación*, che dopo le modificazioni introdotte nel 2006 è riservato ai giovani tra i 16 e i 21 anni (2), costituisce il più diretto discendente dell'apprendistato. Il *contrato de trabajo en practicas*, invece, è concepito per l'inserimento lavorativo di quanti abbiano terminato

---

(1) *Loi 2004-391 du 4 mai*. Il contratto di *professionalisation* può esser stipulato sia nell'ambito di un contratto a tempo indeterminato che di un contratto a tempo determinato. Ha per oggetto, appunto, la professionalizzazione dei giovani di età compresa tra i 16 e i 25 anni e può avere una durata oscillante tra i 6 e i 12 mesi. La retribuzione dei giovani, in dipendenza dell'età e di altre variabili, può oscillare tra il 55 e l'80% dello Smig.

(2) *Estatuto de los Trabajadores*, art. 11. 2. L'età massima è elevata a 24 anni per i giovani che *se incorporen como alumnos-trabajadores de los programas de escuelas taller y casas de oficio*. Si prescinde dal limite massimo di età, inoltre, per i *desempleados alumnos trabajadores de los programas de talleres de empleo o se trate de discapacitados*. *Ivi*.

un ciclo di studi universitario o professionalizzante, teoricamente giustificato dall'esigenza di completare la formazione con un'esperienza di tirocinio ai fini dell'abilitazione allo svolgimento delle professioni autonome. Proprio per tale relazione con il sistema scolastico è considerato una sorta di completamento della formazione. Pertanto, non è prevista alcuna età massima d'ingresso ma dovrà essere stipulato entro un periodo massimo di 4 anni dalla data di conseguimento del titolo di studio (3).

In Italia, l'apprendistato, inizialmente riservato ai giovani di età non superiore ai 20 anni, è stato affiancato da differenti forme di contratti formativi, o presunti tali, a partire dal contratto di formazione di cui alla legge n. 285/1977, passando per i contratti a termine con finalità formativa di cui alla legge n. 79/1983, per consolidarsi nel contratto di formazione e lavoro di cui alla legge n. 863/1984. Il Cfl è stato prima disarticolato in due diverse figure a seconda della intensità della formazione e, infine, definitivamente soppresso nel settore privato dal d.lgs. n. 276/2003 (4). Così è stato restituito campo libero a un apprendistato che, dopo la rivisitazione operata dalla legge n. 196/1997, si è definitivamente configurato nelle sue tre attuali figure dell'apprendistato per l'espletamento del diritto-dovere di istruzione, dell'apprendistato professionalizzante e di quello per l'alta formazione che prevedono un'età minima e massima di accesso.

Sia l'apprendistato che gli altri contratti formativi, pur con differente intensità nei vari ordinamenti, sono stati caratterizzati da un progressivo mutamento della loro funzione originaria: è evidente che la formazione è impartita in funzione dell'acquisizione di una qualifica professionale e, conseguentemente, dell'inserimento nel mondo del lavoro, ma tale ultima funzione, come ha rilevato la stessa Corte Costituzionale (5), è diventata spesso prevalente sino a offuscare, in non pochi casi, l'originaria funzione formativa. La progressiva elevazione dell'età massima di ingresso, la durata indipendente dai tempi

---

(3) Così ha stabilito la legge n. 32/1984, mentre precedentemente il limite temporale era fissato in due anni. La possibilità di accedere a tale contratto ad anni di distanza dalla conclusione del ciclo di studi ha fatto sorgere perplessità circa la reale finalità dell'istituto.

(4) Su tale processo si veda G. Loy, *I nuovi apprendistati*, in M. Magnani, P. A. Varesi (a cura di), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali*, Torino, 2005, pp. 474 ss. Nonché, più in generale, P. Varesi, *I contratti di lavoro con finalità formative*, Milano, 2001.

(5) Corte Cost. 25 maggio 1987, n. 90.

necessari per l'acquisizione della professionalità (6), l'affievolimento dei contenuti formativi, in taluni casi totalmente assenti, il ridotto costo del lavoro, e altri elementi ancora, hanno esaltato la funzione strumentale di questi contratti a vantaggio di un mercato del lavoro alla continua ricerca di flessibilità e di riduzione del costo del lavoro piuttosto che quella di garantire le professionalità necessarie allo stesso mercato del lavoro.

Una miriade di continue riforme e adattamenti, spesso di breve durata, ci ha consegnato, in definitiva, una pluralità di modelli nei quali la funzione formativa è spesso sacrificata in favore dell'inserimento lavorativo. Così, gli intendimenti di riforma fondata sulla qualità, propri, ad esempio, delle misure adottate dalla legge n. 196/1997, finiscono per cedere il passo ad altre esigenze, tanto che l'*uso improprio* dei nuovi apprendistati è ammesso dalle stesse parti sociali e dalle istituzioni pubbliche all'indomani dell'entrata in vigore della riforma del 2003 (7), ancor prima che la riforma abbia trovato piena ed effettiva attuazione (8).

Nella prima fase di questa recente evoluzione, il mantenimento, seppur teorico, della finalità formativa è servito a mascherare la reale funzione di questi contratti. Poi, presa coscienza del superamento dell'ostacolo psicologico che impediva di introdurre *tout court* le forme flessibili invocate dal mercato, si è dato atto, in alcuni casi, della funzione marginale della formazione. È il caso, ad esempio, della versione «debole» del contratto di formazione e lavoro introdotta dalla legge n. 299/1994, a proposito della quale si è incominciato a dubitare della sua appartenenza al modello a causa mista tipico dell'apprendistato (9).

Una volta abbattute le resistenze all'introduzione di forme flessibili, dalla famiglia dei contratti formativi si stacca una costola, che acquista autonomia: quella dei contratti di inserimento, esplicitamente finalizza-

---

(6) Solo recentemente è stata abolita la durata minima dell'apprendistato professionalizzante, originariamente di due anni, a opera del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, art. 23, comma 1, recante «Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica».

(7) Così il *Protocollo su previdenza, lavoro e competitività per l'equità e la crescita sostenibili*, del 23 luglio 2007. La legge 24 dicembre 2007, n. 247, agli artt. 31-33, nel recepire l'accordo, affida al governo il compito di adottare misure «volte ad assicurare il corretto utilizzo dei contratti di apprendistato».

(8) Su cui G. Loy, *Un apprendistato in cerca d'autore*, in *Commentario alla legge 24 dicembre 2007, n. 247, e al d.l. 25 giugno 2008, n. 112*, Torino, in corso di pubblicazione.

(9) Tra i primi, L. Galantino, *Diritto del lavoro*, Torino, 1998, pp. 615-618.

ti a facilitare l'inserimento nel mercato del lavoro di categorie ritenute deboli. Tra queste, in primo luogo, i giovani e, spesso, le donne.

Si tratta di una categoria contrattuale del tutto autonoma, volta sostanzialmente a facilitare l'inserimento nel mondo del lavoro in virtù di agevolazioni pubbliche e/o della sua intrinseca flessibilità.

Il *contrato de inserción*, in Spagna, nonostante il nome, somiglia più ai nostri lavori socialmente utili che al nostro contratto di inserimento. Tuttavia, l'elemento formativo è ritenuto presente, seppur *vagamente*, nella causa del contratto in funzione della finalità all'acquisizione di un'esperienza lavorativa che, a sua volta, farebbe aumentare la potenziale occupabilità del soggetto interessato (10). Tale modello è stato soppresso dalla riforma del 2004.

In Italia, quasi contemporaneamente (11), ha invece visto la luce un contratto che porta lo stesso nome, anch'esso a termine, pur con diversi profili di specialità della disciplina rispetto al contratto a tempo determinato (12), riservato a diverse categorie di persone, tra cui le donne residenti in aree geografiche a basso tasso di occupazione e persone selezionate in base all'età, dove la funzione vagamente formativa è costituita dal processo di «adattamento delle competenze professionali del lavoratore a un determinato contesto lavorativo».

Del tutto peculiare l'esperienza francese, che, a lato dei contratti formativi di cui si è detto, ha proposto le due figure del *Contrat nouvelle embauche* (Cne) e del *Contrat première embauche* (Cpe). Il primo riservato ai disoccupati e destinato alle imprese con non più di 20 dipendenti; il secondo riservato ai giovani di età inferiore ai 26 anni e destinato alle imprese di maggiori dimensioni. La peculiarità di entrambi consiste nella libertà di licenziamento dei lavoratori così assunti, senza giusta causa o giustificato motivo, durante i primi due anni (13). Il secondo, tuttavia, è stato «ritirato» dal governo nell'aprile 2006, subito dopo la sua entrata in vigore, a seguito della rivolta giovanile e della mobilitazione delle parti sociali. Il primo è ancora in vigore, ma il suo futuro è incerto, dopo le prime decisioni della giurisprudenza che lo hanno ritenuto in contrasto con la Convenzione Oil n. 158/1982, ratificata dalla Francia,

---

(10) Si veda, per tutti, J. Soler Arresola, *El contrato de inserción en el contexto de las políticas activas de empleo*, Ediciones laborum, 2004, specie p. 130.

(11) D.lgs. n. 276/2003, artt. 54-59.

(12) Così P. Loi, *Il contratto d'inserimento*, in *Organizzazione del mercato del lavoro...*, cit., p. 522.

(13) *Loi n. 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances*.

secondo la quale «un lavoratore non potrà essere licenziato senza che esista un motivo valido di licenziamento legato all'attitudine del lavoratore o fondato sulla necessità del funzionamento dell'impresa» (14). Giurisprudenza che ha qualificato il *Contrat nouvelle embauche* come contratto ordinario a tempo indeterminato e, pertanto, soggetto all'applicazione delle disposizioni relative al licenziamento.

2. — *La ri-scoperta del fattore età nel «difficile» incontro con il diritto antidiscriminatorio di seconda generazione* — Il diffondersi di questi modelli, tutti caratterizzati da una differenziazione di disciplina e dalla selezione dei soggetti in relazione a determinate caratteristiche, a partire dall'età, è stato sicuramente sostenuto dalla cultura dell'azione positiva, che consente di eludere il principio di uguaglianza «formale» in funzione del prevalente interesse della uguaglianza «sostanziale» (15).

Così, una sorta di «diritto all'occupabilità» ha prevalso sul «diritto alla parità di trattamento» e ha giustificato la diffusione di una pluralità di tipologie contrattuali «atipiche» che, sulla base di una selezione, a maglie larghe, dei destinatari, costituiscono la forma «tipica» di ingresso nel mondo del lavoro e, spesso, perdurano sino al superamento delle soglie, prevalentemente di età, fissate dal legislatore.

Tali modelli hanno raggiunto elevati livelli di diffusione non soltanto per la convenienza insita nel modello stesso in ragione della flessibilità e della possibile riduzione della retribuzione, ma anche per gli incentivi di natura economica che spesso accompagnano la loro instaurazione.

Con l'avvento del diritto anti-discriminatorio della seconda generazione, che include anche l'età tra i fattori che, in principio, non giustificano una disparità di trattamento, si aprono nuovi problemi interpretativi.

Il Diritto del lavoro, per la verità, è nato proprio all'insegna del requisito dell'età, considerato che la prima legislazione ha utilizzato proprio tale criterio, assieme al sesso, per l'ammissione al lavoro e per l'applicazione di una prima disciplina protettiva.

---

(14) *Court d'Appel de Paris, 18ème Chambre E, Arrêt du 6 juillet 2007*. Tale giurisprudenza ha ravvisato anche il contrasto con l'art. 11 della Convenzione, secondo il quale il periodo di prova deve avere una durata ragionevole.

(15) Su cui P. Loi, *La ragionevolezza come predicato delle differenze di trattamento*, in questo fascicolo di q. Riv., specie par. 3.

Una prima classificazione delle ipotesi nelle quali l'età viene presa in considerazione nell'ordinamento, elaborata sotto il profilo teleologico, consente di comprendere quali conseguenze comporta o potrebbe comportare una corretta applicazione della Direttiva n. 2000/78/Ce. Il criterio dell'età è preso in considerazione (16):

a) *come criterio selettivo, per l'ingresso e la permanenza nel mondo del lavoro.* A partire dalla essenziale normativa originaria relativa all'età minima, la disciplina si è articolata con la possibile previsione anche di un'età massima, stabilita dalla legge o fissata dalla contrattazione collettiva, e di ipotesi che consentono la fissazione di un'età massima limitatamente all'assunzione. La giustificazione di tali criteri può fondarsi sulla presunzione di una incapacità lavorativa o sull'esigenza di una tutela morale dei minori, anche in nome del diritto all'istruzione, mentre quando viene stabilita un'età massima di ingresso ciò corrisponde, di solito, a un interesse del datore di lavoro o del mercato del lavoro;

b) *come criterio selettivo per l'applicazione di una speciale disciplina protettiva del lavoratore.* In funzione dell'età, infatti, sono spesso stabilite norme che prevedono l'applicazione di una speciale disciplina in tema di orari, riposi, lavoro notturno ecc.;

c) *come criterio di identificazione di gruppi svantaggiati nel mercato del lavoro ai fini dell'assunzione o della conservazione del posto di lavoro.* L'incentivazione può avvenire mediante la concessione di aiuti ai datori di lavoro che assumono i soggetti appartenenti alle categorie ritenute svantaggiate o mediante l'introduzione di tipi contrattuali a essi riservati. La riduzione delle tutele, in questo caso, come nell'apprendistato o nel contratto di inserimento, è finalizzata ad avvantaggiare gli stessi soggetti, poiché grazie alla disparità di trattamento *in peius* la loro assunzione risulta agevolata;

d) un'ultima ipotesi si ha quando l'appartenenza a una determinata fascia di età determina una riduzione delle tutele, come nel caso precedente, ma tale svantaggio è esplicitamente finalizzato a favorire gruppi di lavoratori diversi da quelli che subiscono la menomazione. È il caso del pensionamento forzoso, tipico della legislazione spagnola, che consente alla contrattazione collettiva di stabilire un'età massima al raggiungimento della quale si produce l'estinzione del rapporto di lavoro. Il *Tribunal constitucional* lo ha ritenuto legittimo pro-

---

(16) Una rassegna delle fattispecie che prendono in considerazione il fattore età nel Diritto del lavoro in G. Loy, *La capacità fisica nel rapporto di lavoro*, Milano, 1993.

prio se interpretato nel senso di non presumere l'incapacità lavorativa dei lavoratori anziani e di considerarlo uno strumento di politica del lavoro volto a favorire l'ingresso di giovani nel mercato del lavoro (17). A non diverse conclusioni, come si vedrà, è pervenuta la Corte di Giustizia europea. In Italia, una ipotesi simile si ha con la perdita delle garanzie contro il licenziamento illegittimo al raggiungimento dell'età pensionabile, salvo nei casi consentiti di volontaria prosecuzione del rapporto, e con l'applicazione di criteri che sfavoriscono i lavoratori più anziani in caso di scelta dei lavoratori da licenziare per riduzione di personale. Il criterio di sfavore per i lavoratori più anziani è previsto anche in Francia ma in tal caso, in considerazione dell'insieme dei fattori che vengono presi in considerazione, ha un impatto assai limitato (18). In ogni caso, la penalizzazione per i lavoratori più anziani si traduce, simmetricamente, in un vantaggio per i lavoratori più giovani.

3. — *Prescrizioni ed eccezioni nell'ambito del divieto di discriminazione per età* — Considerata l'ampia portata della Direttiva n. 2000/78, tutte le volte che l'età è indicata come elemento selettivo per l'applicazione o per l'esclusione di particolari discipline, occorre sottoporre i relativi istituti a un vaglio di compatibilità con la normativa antidiscriminatoria. Limitatamente agli istituti che esaminiamo, si osserva come siano tutti caratterizzati da una disparità di trattamento, rispetto al rapporto *standard*: segnatamente per l'apposizione del termine e per il deteriore trattamento economico.

Anche i lavoratori esclusi per il fatto di non possedere i richiesti requisiti di età (o di sesso), per qualche verso, potrebbero lamentare una disparità di trattamento in quanto viene loro preclusa una ulteriore opportunità di inserimento lavorativo.

Sulla scia di alcune Carte costituzionali che indicano le «condizioni personali» tra i motivi che non consentono trattamenti discrimi-

---

(17) *Tribunal Constitucional*, sentenza 4 maggio 1989. Per un più recente riepilogo della evoluzione legislativa e giurisprudenziale in materia J. Cruz Villalón, *Novedades legislativas y jurisprudenciales en materia de pension por jubilación*, in *Quadernos de Derecho judicial*, I, 2005, pp. 259 ss.; S. Fernández Sánchez, *La recente evoluzione in tema di clausole convenzionali sul licenziamento forzoso in Spagna*, in *Previdenza e assistenza pubblica e privata*, 2006, pp. 483 ss.

(18) S. Laulom, *France*, in M. Sargeant (a cura di), *The law on age discrimination in the EU*, The Netherlands, 2008, p. 71.

natori (19) la Direttiva n. 2000/78 vieta la disparità di trattamento (anche) in base all'età in materia di accesso al lavoro, condizioni di lavoro, ivi compresa la disciplina delle promozioni e dei licenziamenti, la formazione professionale e l'affiliazione sindacale.

La Direttiva, peraltro, consente numerose vie d'uscita. Il principio generale, infatti, è attenuato sia dalle eccezioni al principio disposte per tutte le ipotesi di discriminazione, sia da specifiche eccezioni stabilite per il solo caso dell'età.

Quanto alle prime, vale il principio per cui una disparità di trattamento fondata su uno qualunque dei motivi contemplati dalla Direttiva «non costituisce discriminazione laddove, per la natura di un'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, tale caratteristica costituisca un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, purché la finalità sia legittima e il requisito proporzionato» (20).

L'età viene presa, invece, in considerazione, separatamente dagli altri profili (religione, convinzioni personali, *handicap*, tendenze sessuali), laddove si stabilisce che tali disparità «non costituiscono discriminazione laddove esse siano oggettivamente e ragionevolmente giustificate, nell'ambito del diritto nazionale, da una finalità legittima, compresi giustificati obiettivi di politica del lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale, e i mezzi per il conseguimento di tali finalità siano appropriati e necessari» (21).

Tra le eccezioni, infine, compare la possibilità di stabilire differenti requisiti di età per maturare il diritto alla pensione e di non appli-

---

(19) Così l'art. 3 della Costituzione italiana. L'art. 14 della Costituzione spagnola vieta ogni discriminazione, tra l'altro *por [...] cualquier otra condición o circunstancia personal*.

(20) Direttiva n. 2000/78, art. 4.1.

(21) *Ivi*, art. 6.1. Lo stesso articolo offre alcuni esempi di trattamenti differenziati che potrebbero non costituire discriminazione. Si tratta di ipotesi particolarmente estese che consentono:

la fissazione di condizioni speciali di accesso al lavoro e alla formazione professionale, di condizioni di lavoro, compreso il licenziamento, per i giovani e gli anziani, volte a favorire il loro inserimento professionale o a garantire la loro protezione;

la fissazione di condizioni minime per quanto si riferisce all'età, all'esperienza professionale o all'anzianità di servizio per l'accesso al lavoro o a particolari vantaggi connessi al lavoro;

la fissazione di un'età massima per l'assunzione che sia fondata sui requisiti di formazione richiesti dal posto di lavoro o sulla necessità di un ragionevole periodo di lavoro prima della pensione.

care la Direttiva alle Forze armate (limitatamente ai profili dell'età e della disabilità).

La Direttiva è stata oggetto di forti critiche in quanto considererebbe l'età «come la Cenerentola delle discriminazioni» (22) e non parrebbe neppure appartenere al diritto antidiscriminatorio, a quello genuino, proprio perché le deroghe consentite non sarebbero strettamente riservate al legislatore e sarebbe possibile giustificare persino le discriminazioni dirette (23).

L'unico effetto prodotto dalla Direttiva rispetto al passato consisterebbe nel fatto che, dopo la Direttiva, «le distinzioni basate sull'età adottate dai legislatori nazionali in tema di accesso al lavoro e ai benefici sociali, o in tema di incentivi all'occupazione, vengono considerate dalla Direttiva quadro come eccezioni espresse al divieto di discriminare su questa base, da interpretarsi, dunque, in senso restrittivo. Fino a ieri, invece, le soglie di età in ingresso o in uscita dal mercato del lavoro erano viste come distinzioni eque» (24). Così Marzia Barbera, che ritiene che le deroghe dovrebbero essere interpretate in senso restrittivo. Ma vi è anche chi sminuisce la rilevanza delle, supposte, discriminazioni per età, ritenendo che, a differenza di altri profili soggettivi, tutti i lavoratori attraversano le differenti fasce di età e, di conseguenza, saranno prima o poi destinatari delle medesime «differenze» di trattamento. Si tratterebbe, insomma, della più democratica tra le discriminazioni.

Proprio per la presenza di una miriade di ipotesi, peraltro disomogenee, che fondano differenze di trattamento sull'età, è opportuno chiedersi se sia possibile incominciare a costruire una teoria sulla discriminazione per età mediante la individuazione di criteri interpretativi di carattere generale.

4. — *Primi elementi per la costruzione di una teoria sulla discriminazione per età.* a) *Il diritto all'uguaglianza e il diritto al lavoro quale fondamento del divieto di discriminazione* — Il principio espresso nella Direttiva n. 2000/78 rappresenta la proiezione dell'art. 13 del Trattato, che prevede l'adozione di «provvedimenti opportuni per combattere le

(22) P. Chieco, *Le nuove Direttive comunitarie sul divieto di discriminazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, I, p. 105.

(23) D. Izzi, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori emergenti*. Napoli, 2005, p. 62.

(24) M. Barbera, *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2003, n. 3-4, p. 404.

discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli *handicap*, l'età o le tendenze sessuali». Il bene che la normativa antidiscriminatoria intende tutelare, in definitiva, altro non è che il diritto all'uguaglianza e, per alcuni versi, il diritto al lavoro, nell'accezione di cui all'art. 4 della Costituzione italiana, che si manifesta, con chiarezza, quando la disparità di trattamento limita le opportunità di inserimento lavorativo di alcune categorie o, solo per esse, riduce le tutele della stabilità del posto di lavoro. Si tratta, in ogni caso, di diritti fondamentali che, naturalmente, «possono essere compresi solo se ciò risulti indispensabile e non altrimenti evitabile per realizzare altri interessi e valori di pari grado e comunque con i mezzi strettamente necessari per il conseguimento del fine» (25). «Nel caso di collisione tra due diritti (fondamentali) o tra un diritto individuale e un interesse collettivo costituzionalmente protetto occorre procedere a una valutazione ponderata (cd. bilanciamento) per determinare, in rapporto alle circostanze concrete, la prevalenza dell'uno o dell'altro oppure la misura del contemperamento dell'uno con l'altro» (26).

Non si comprende, pertanto, come possa essere applicato in modo meno rigoroso il divieto di discriminazioni fondate sull'età, secondo quanto sostenuto dall'Avvocato Generale nel caso *Lindorfer*, in quanto «soggetto a molte più clausole condizionali e limitazioni di quanto valga per la discriminazione fondata sul sesso e rappresenta un fenomeno assai più recente» (27). Alla luce del criterio interpretativo che abbiamo assunto, non si può concordare con chi afferma che l'indicazione di numerose fattispecie di derogabilità al divieto di discriminazione consenta di «dare copertura a tutte le ordinarie e ragionevoli ipotesi di norme legali contenenti trattamenti differenziati in base all'età» (28). Ciò, al massimo, potrà corrispondere a un criterio interpretativo a mio avviso non corretto. Occorre, piuttosto, sottolineare il carattere meramente indicativo delle ipotesi indicate all'art. 6 e segnalare che la legittimità della deroga non deriva dalla ascrivibilità della fattispecie concreta a una delle

---

(25) G. Scaccia, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, p. 353. Nello stesso senso S. Borelli, *Principi di non discriminazione e frammentazione del lavoro*, Torino, 2007, p. 95.

(26) L. Mengoni, *Fondata sul lavoro: la Repubblica tra diritti inviolabili dell'uomo e doveri inderogabili di solidarietà*, in M. Napoli (a cura di), *Costituzione, lavoro, pluralismo sociale*, Milano 1998, p. 8.

(27) Si veda S. Borelli, cit., p. 109, nota 59.

(28) P. Chieco, cit., p. 105.

materie dell'elenco, ma dal fatto che il motivo della deroga corrisponde a una finalità legittima che, ritengo, si avrà solo quando sia volta a soddisfare un interesse riferibile a un diritto fondamentale.

5. — Segue: *b) I limiti formali alla possibilità di prevedere deroghe da parte degli Stati* — La Direttiva del 2000, a ben vedere, diversamente da come è stata interpretata da alcuni degli ordinamenti nazionali che l'hanno recepita, non prevede affatto un elenco di deroghe al divieto, ma la possibilità che gli Stati possano stabilire delle deroghe nell'ambito delle ipotesi consentite dalla Direttiva stessa.

Il «Considerando» n. 25, che introduce il tema delle deroghe, stabilisce che, «in talune circostanze, delle disparità di trattamento in funzione dell'età, possono essere giustificate e *richiedono pertanto disposizioni specifiche* (29) che possono variare *secondo la situazione* degli Stati membri...». Come si vede, la Direttiva individua in termini generali l'ambito delle possibili eccezioni, ma gli Stati dovranno indicare, *tassativamente*, in quali ipotesi intendano avvalersene; ne è inequivocabile dimostrazione il fatto che le disparità di trattamento possono variare secondo la situazione degli Stati membri. Nel dettaglio: il comma 4 dell'art. 3 stabilisce che «gli Stati membri *possono prevedere* che la presente Direttiva, nella misura in cui attiene le discriminazioni fondate sull'*handicap* o sull'età, non si applichi alle Forze armate»; il comma 2 dell'art. 6 stabilisce che «gli Stati membri *possono prevedere* che la fissazione per i regimi professionali di sicurezza sociale di un'età per poter accedere [...] non costituisca una discriminazione fondata sull'età...». Analogamente, all'art. 4, che riguarda le deroghe ammissibili per tutte le ipotesi di discriminazione, si legge che «gli Stati membri *possono stabilire* che una differenza di trattamento basata su una caratteristica correlata a uno qualunque dei motivi di cui all'art. 1, non costituisca discriminazione laddove...». E anche l'art. 6, nel descrivere le giustificazioni di disparità di trattamento in relazione al solo fattore dell'età, ribadisce che «gli Stati membri *possono prevedere* che le disparità di trattamento in ragione dell'età non costituiscano discriminazione laddove esse siano oggettivamente e ragionevolmente giustificate, nell'ambito del diritto nazionale». È più che evidente, insomma, che se gli Stati membri non prevedono esplicitamente tali deroghe, mediante *disposizioni specifiche*, esse non dovrebbero essere ammesse. Quando la Direttiva dispone in materia perentoria, infatti, u-

---

(29) Il corsivo è mio.

tilizza una differente e inequivocabile formula, come al comma 3 dell'art. 3: «la presente Direttiva non riguarda le differenze di trattamento basate sulla nazionalità...».

Gli Stati membri, in conclusione, per potersi avvalere delle eccezioni consentite dalla Direttiva dovranno, per un verso, dichiarare di volersi avvalere di tale facoltà, e, per altro verso (con specifico riferimento alle sole eccezioni consentite per la disparità di trattamento derivante dall'età), indicare nel dettaglio quali siano le ipotesi che intendono considerare legittime. L'art. 6 della Direttiva, pertanto, deve essere interpretato «nel senso che la clausola generale è criterio diretto esclusivamente agli Stati membri, ai quali è attribuito il compito di specificarne il contenuto» (30). Ciò ha senso, poiché, mentre in taluni casi la deroga è riconosciuta legittima alla sola condizione che gli Stati membri dichiarino di volersene avvalere (art. 6, comma 2; art. 3, comma 3), in altri casi, la facoltà degli Stati membri di escludere il carattere discriminatorio delle disparità di trattamento dovrà essere dettagliata. Ciò, tra l'altro, esclude che, in Italia, le deroghe possano essere stabilite da una fonte non statale, in quanto materia sicuramente appartenente all'ordinamento civile. La specificazione delle ragioni delle deroghe, infine, costituisce il fondamento della legittimità della deroga stessa. Ove si ammettesse che la *ratio legis* possa essere implicita sarebbe assai più difficile valutare la sua giustificazione.

Che le deroghe abbiano carattere di eccezionalità, infine, è confermato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, secondo la quale gli Stati membri devono verificare periodicamente se, in relazione all'evoluzione sociale, la deroga possa essere mantenuta (31). In relazione alle possibili deroghe, la recente Direttiva n. 2006/44/Ce stabilisce l'obbligo degli Stati membri di valutare se «tenuto conto dell'evoluzione sociale» le deroghe stabilite dall'art. 14 della Direttiva siano ancora giustificate, e prevede l'obbligo di comunicazione alla Commissione dell'esito di tale valutazione almeno ogni 8 anni. Si tratta di una norma dettata in materia di parità di trattamento tra uomini e donne, ma la formulazione della norma è sostanzialmente identica a quella stabilita dall'art. 4 della Direttiva n. 2000/78. La stessa Corte Costituzionale, del resto, proprio in relazione a una delle forme contrattuali che esaminiamo, l'apprendi-

---

(30) O. Bonardi, *Le discriminazioni basate sull'età*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Milano, 2007, p. 141.

(31) Corte di Giustizia Ce 15 maggio 1986, *Johnston*, C-222/84.

stato, ha affermato che «nel bilanciamento degli interessi è ragionevole che in presenza di una grave e acuta crisi dell'occupazione giovanile [...] sia operato un sacrificio di meccanismi di tutela pur così rilevanti» (32), ma ha ammonito sul fatto che in presenza di una deroga a fondamentali strumenti di garanzia per i lavoratori «non può giustificare inerzie nella ricerca di altri strumenti che non incidano su tali valori [...]. E non preclude una riconsiderazione della questione ove il sacrificio di questi si protragga troppo a lungo» (33).

Tutto ciò rafforza l'idea che gli Stati membri debbano giustificare e verificare le deroghe consentite dalla Direttiva proprio per il loro carattere di eccezionalità rispetto al principio.

Diversi Stati membri, peraltro, hanno applicato la Direttiva con modalità affatto differenti. Mentre alcuni hanno stabilito un dettagliato e completo elenco delle deroghe consentite all'interno dei rispettivi ordinamenti, che non significa averle limitate (34), la Spagna ha utilizzato una formula particolarmente sintetica: non ha neppure dichiarato esplicitamente di volersi avvalere di alcune delle possibili deroghe e si è limitata ad affermare, in termini addirittura più generali e generici della Direttiva stessa, che tutte le discriminazioni, e non soltanto quella relative all'età, non saranno tali se *objetivamente respondan a una finalidad legittima y los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios*. Una formula così ampia che neppure ripete, come invece ha fatto il legislatore italiano, il più dettagliato contenuto dell'art. 6 della Direttiva (35). Legislatore italiano che, nella trasposizione della Direttiva, non ha sicuramente recepito in maniera soddisfacente non soltanto l'art. 6, ma neppure l'art. 16, non avendo previsto le «misure necessarie per assicurare che tutte le disposizioni contrarie al principio della parità di trattamento contenute nei contratti di lavoro o nei contratti collettivi, nei regolamenti interni delle aziende o nelle regole che disciplinano il lavoro autonomo e le organizzazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro siano o possano essere dichiarate nulle e prive di effetto oppure siano modificate».

---

(32) Corte Cost. 10-12 aprile 1989, n. 181.

(33) *Ivi*.

(34) Per le modalità di applicazione della Direttiva nel Regno Unito si veda M. Sargeant, *United Kingdom*, in M. Sargeant (a cura di), *The law on Age Discrimination in the EU*, The Netherlands, 2008, pp. 207 ss.

(35) D.lgs. n. 215/2003.

6. — Segue: *Se le deroghe possano risultare legittime solo ove favoriscano lo stesso gruppo di lavoratori che subiscono una disparità di trattamento* — Una attenta dottrina ritiene che si possa individuare un limite di carattere generale alla possibilità di stabilire deroghe al divieto di discriminazione per motivi di età. Secondo tale dottrina, le politiche del lavoro volte a favorire particolari categorie di lavoratori, quali i giovani e gli anziani, incontrerebbero un rilevante limite soggettivo: il fattore età potrebbe essere preso in considerazione solo «allo scopo di recare un vantaggio allo stesso gruppo di soggetti ai quali la disposizione che lo prende in considerazione si riferisce» (36). Farebbe deporre in tal senso la formula contenuta nella lettera *a* del comma 1 dell'art. 6, laddove, esemplificando, ritiene legittima la fissazione di condizioni speciali di accesso al lavoro e alla formazione professionale per giovani e anziani, laddove siano volte a favorire la «loro» inserzione professionale o la protezione di «dette persone».

Secondo tale lettura, pertanto, «la disparità di trattamento realizzata nei confronti di un gruppo può considerarsi giustificata solo se e nella misura in cui sia diretta a favorire l'inserimento occupazionale e la protezione dei membri di quello stesso gruppo» (37).

La lettura è suggestiva, e non priva di razionalità logica. Il fondamento letterale, tuttavia, non appare sufficientemente solido. Il richiamo al vantaggio interno al gruppo, infatti, è contenuto in uno degli esempi contenuti nell'art. 6; articolo che, però, nella sua enunciazione, indica tra i fattori che possono giustificare una legittima disparità di trattamento situazioni di carattere più generale (come gli obiettivi di politica del lavoro, mercato del lavoro, formazione professionale...) senza alcun riferimento al fatto che i vantaggi debbano essere imputati esclusivamente al gruppo oggetto di disparità di trattamento.

Tale interpretazione, anche se non sufficientemente giustificata dalla lettera della legge, potrebbe essere sostenuta ricavandola dalla logica sottesa al provvedimento.

Non credo, tuttavia, che possa assurgere a criterio interpretativo di carattere generale. Innanzitutto, in moltissime delle ipotesi di disparità di trattamento per età, il vantaggio che si produce per altre categorie è quasi naturale. Mi riferisco a ipotesi generalissime quali la riduzione delle tutele contro il licenziamento individuale per effetto dell'età, che in

---

(36) O. Bonardi, cit., p. 137.

(37) *Ivi*.

Spagna può diventare licenziamento forzoso, ai criteri che nel licenziamento collettivo penalizzano i più anziani, evidentemente a favore dei più giovani. Anche nei casi in cui ciò è meno apparente, l'ipotesi è quasi sempre presente in modo implicito. Per rimanere nei casi alla nostra attenzione: nei contratti di inserimento non si ha solo una disparità di trattamento *in peius* per i destinatari espliciti, che si riterrebbe compensato dalla riserva nell'assunzione, ma si realizza anche una disparità di trattamento nei confronti della restante popolazione esclusa da tale tipologia contrattuale. Si potrebbe discutere se considerare disparità di trattamento quello riservato alla generalità della popolazione rispetto a un gruppo limitato di beneficiari. Ma quando, come nel complesso dei contratti di apprendistato e di inserimento, la platea dei beneficiari (considerando sia le donne che le persone «in età») è particolarmente ampia, va a finire che è quasi una minoranza quella dei «normali» disoccupati ai quali non venga offerta una delle opportunità «speciali» offerte dall'ordinamento.

Ma non credo valga tanto la pena di soffermarsi su questi dettagli, posto che la vera questione, il vero pericolo, sta nel fatto che se si porta alle estreme conseguenze l'aspetto della tutela individuale, intesa quale vero e proprio diritto di astensione da parte dello Stato da ogni iniziativa che possa menomare la «libertà di lavorare» di tutti i suoi cittadini, si potrebbe arrivare a negare agli Stati la legittimità di porre in essere politiche redistributive nell'ambito del mercato del lavoro. La Direttiva, invece, riconosce esplicitamente la legittimità delle misure di politica del lavoro. Il fatto è che ci troviamo in presenza di una situazione schizofrenica: da una parte, una tradizione costituzionale della maggior parte degli Stati membri fondata sul «diritto al lavoro»; dall'altra, una Carta, quella di Nizza, che attende solo il lasciapassare per costituire il fondamento di una sorta di Costituzione europea fondata, invece, sulla «libertà di lavorare» (cosa storicamente opposta al diritto al lavoro).

7. — *E per concludere: quale sia il rapporto tra l'art. 4 e l'art. 6 della Direttiva* — L'art. 6 della Direttiva del 2000 non può essere sopravvalutato in funzione delle esemplificazioni in esso contenute. Esso risente, certamente, di una approssimazione tecnica (38), probabilmente dovuta alle mediazioni intervenute durante l'*iter* legislativo, ma non per questo dilata in maniera smisurata le possibilità interpre-

---

(38) D. Izzi, cit., p. 389.

tative (39). Peraltro, «il principio generale di parità impone, in ogni caso, che le differenziazioni di trattamento basate sull'età debbano comunque essere giustificate sulla base oltretutto della finalità perseguita anche della *appropriatezza e necessità* del mezzo utilizzato» (40).

In risposta a una domanda che la dottrina si è posta, non mi pare che l'art. 6 possa avere solo la funzione di «specificare con riferimento a quest'ultimo (l'art. 4) i limiti generali già desumibili dall'art. 4» (41). La sistematica del provvedimento non lo consente. Peraltro, sussiste differenza tra *essenzialità e proporzionalità del requisito*, da una parte, e *giustificazione oggettiva e ragionevole* della disparità di trattamento. Nel primo caso si fa riferimento a un contenuto; nel secondo a una motivazione.

Siamo in presenza di due *test*, strutturalmente differenti.

Il primo è volto a verificare se il requisito dell'età, o del sesso, sia essenziale, o almeno proporzionale, rispetto alla natura di un'attività lavorativa. È essenziale che un ruolo femminile sia interpretato da una donna, o che siano richiesti 21 anni di età per fare il palombaro. Ma per il contratto di inserimento è certo che non sia affatto necessaria l'appartenenza a un sesso o a una determinata fascia di età: l'età e il sesso non costituiscono un requisito per poterlo svolgere.

Il secondo dei *test* prescinde dal fatto che il requisito sia connaturato con la natura della prestazione, e si interroga circa le motivazioni che inducono il legislatore a giustificare una disparità di trattamento sotto il profilo della sua finalità. Prima di tutto, occorre che la finalità del provvedimento sia legittima. Il fatto che debba essere legittima significa che dovrà quantomeno rispondere a un interesse costituzionalmente garantito, posto che i «diritti» all'uguaglianza o al lavoro che verrebbero menomati sono di rango costituzionale. Ma ciò non è sufficiente, posto che se un principio può essere realizzato solo a spese di un altro principio di pari dignità si verifica una collisione tra diritti e si dovrà ricorrere a un giudizio di bilanciamento.

Prima ancora, o successivamente, secondo la prassi della Corte di Giustizia europea, si rende necessaria un'analisi non sul piano giuridico, ma sul piano fattuale; occorre, cioè, stabilire se i mezzi indicati per il conseguimento della finalità legittima siano *a)* appropriati, e *b)* necessari. Come a dire che se, ad esempio, non è certo che il contratto di

---

(39) Secondo quanto sostiene F. Amato, *Il divieto di discriminazioni per motivi non di genere in materia di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, I, p. 285.

(40) O. Bonardi, cit., p. 137.

(41) *Ivi*, p. 137.

inserimento sia adeguato o necessario per la realizzazione del diritto al lavoro dei soggetti cui è destinato, non vi è alcun motivo per affrontare, con i criteri della proporzionalità, il bilanciamento tra tutti i diritti che ne verrebbero coinvolti: il diritto al lavoro dei destinatari, il loro diritto a un trattamento di uguaglianza, il diritto al lavoro dei soggetti esclusi ecc.

Pertanto, sotto un profilo logico, si dovrà prima di tutto verificare se lo strumento scelto sia adeguato: cioè idoneo (42) a conseguire la finalità dichiarata. L'idoneità costituisce il primo dei due criteri, indicati da Alexy, propedeutici al giudizio di bilanciamento. È evidente che tale idoneità non può essere rappresentata dalla mera intenzione soggettiva del legislatore storico: essa dovrà essere dimostrata mediante «la rappresentazione degli effetti della legge, dei risultati che ha realizzato in sede applicativa» (43). La giustificazione «oggettiva» della finalità legittima è strettamente connessa con l'idoneità dei mezzi impiegati. Il legislatore storico, evidentemente, concepisce il contratto di inserimento quale strumento volto a favorire l'ingresso dei giovani nel mercato del lavoro in attuazione del principio del diritto al lavoro. Ma tale strumento è veramente idoneo? Possiede caratteristiche tali da far sì che l'obiettivo possa essere raggiunto?

Il secondo dei criteri, anch'esso contenuto nella teoria di Alexy, è quello della necessità. Esso impone che la misura non sia giustificata quando esista uno strumento alternativo, altrettanto idoneo a conseguire l'effetto desiderato, che però interferisca meno intensamente sugli altri diritti. L'effetto desiderato, nel caso del contratto di inserimento, è evidentemente quello di fornire ai destinatari un rapporto di lavoro a tempo determinato che consenta l'adattamento della professionalità del lavoratore a un determinato contesto lavorativo. Ma è possibile conseguire lo stesso effetto mediante strumenti alternativi che comportino una penalizzazione minore per il lavoratore? Che, ad esempio, non producano una decurtazione sul salario? Potrebbe essere, ad esempio, un normale contratto a tempo determinato, che sarebbe sorretto dal principio di non discriminazione di cui alle Direttive sul contratto a tempo determinato e sul *part-time*.

---

(42) L'idoneità è il primo dei due criteri, propedeutici al giudizio di bilanciamento, indicati da R. Alexy, *Collisione e bilanciamento quale problema di base della dogmatica dei diritti fondamentali*, in M. La Torre, A. Spadaro (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, pp. 41 ss.

(43) G. Scaccia, cit., p. 119.

Ove si giunga alla conclusione che lo strumento è idoneo e necessario, nel senso che abbiamo appena indicato – quando, cioè, il diritto che si intende riconoscere (in questo caso il diritto al lavoro) implica il sacrificio di un altro (il diritto alla retribuzione, il principio di uguaglianza) –, si rende indispensabile un giudizio di ragionevolezza: cioè un bilanciamento da effettuare con il criterio della proporzionalità. Tale giudizio può determinare la prevalenza dell'uno sull'altro o stabilire la misura in cui uno dei due dovrà esser limitato, e dovrà valutare «se il principio di uguaglianza è stato postergato in nome di altro interesse costituzionalmente tutelato» (44). Come principio generale si può affermare che: «quanto più intenso si presenta un intervento in un diritto fondamentale, tanto più devono pesare i motivi giustificativi» (45).

Si può concludere, alla luce di tutto ciò, che l'ipotesi derogatoria di cui all'art. 4 e quella di cui all'art. 6, non sono una specificazione l'una dell'altra. Esse sono autonome, direi alternative, nel senso che ove il requisito (l'età, il sesso...) sia essenziale non occorre neppure procedere al *test* di cui all'art. 6; se la misura è giustificata da una finalità legittima, d'altra parte, non occorre che il requisito sia essenziale per lo svolgimento della attività lavorativa.

8. — *Più dubbi che certezze alla luce della prima giurisprudenza della Corte di Giustizia* — Prima di giungere a una conclusione, è opportuno un breve riferimento alle due, prime, sentenze della Corte di Giustizia in materia di discriminazione fondata sull'età. Si tratta di ipotesi concettualmente differenti, posto che la prima, il caso *Mangold* (46), ha riguardato una legge tedesca che consentiva di assumere con contratto a tempo determinato i lavoratori che avessero superato l'età di 52 anni, anche in mancanza delle cause richieste dalla legge generale per la stipulazione del contratto a termine. La seconda, *Palacios* (47), riguarda il caso di un lavoratore il cui rapporto di lavoro è stato dichiarato estinto per il raggiungimento dell'età massima stabilita dalla contrattazione collettiva sulla base di una disposizione di legge che autorizza tale clausola.

Nel primo caso, il lavoratore che subisce una disparità di trattamento (difficoltà di accedere a un normale contratto di lavoro a tempo in-

(44) S. Borelli, cit., p. 168.

(45) R. Alexy, cit., p. 42.

(46) Causa C-144/04, *Werner Mangold/Rüdiger Helm*.

(47) Causa C-411/05, *Felix Palacios de la Villa/Cortefiel Servicios SA*.

determinato) beneficia anche della opportunità di un più agevole accesso a un contratto a termine. Nel secondo caso, beneficiari della disparità di trattamento non sono coloro che la subiscono bensì (tendenzialmente) i giovani, nell'ambito di un sistema di solidarietà intergenerazionale descritto dal *Tribunal Constitucional*.

In entrambi i casi la Corte ha ritenuto legittima la finalità. Nel caso *Mangold* ha ritenuto non dimostrato che per la realizzazione dell'obiettivo «sia obiettivamente necessario» (48) ricorrere al contratto a tempo determinato senza causa e con riferimento all'unico criterio dell'età, ritenendo la normativa nazionale in contrasto con il principio comunitario. Nel caso *Palacios*, invece, ha ritenuto che «i mezzi per il conseguimento di tale finalità d'interesse generale non appaiano inappropriati e non necessari a tale scopo» (49).

È rilevante notare come nel primo caso la Corte giunga al riconoscimento di «un principio generale del Diritto comunitario» (50) che trova la sua fonte non nella Direttiva, bensì «in vari strumenti internazionali e nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri» (51), tanto che ha applicato il principio nonostante lo Stato tedesco non avesse ancora ratificato la Direttiva n. 2000/78 e i termini per la sua ratifica non fossero ancora scaduti. In tale sentenza ci è sembrato di cogliere un criterio particolarmente «rigoroso» quanto alla valutazione della adeguatezza e necessità dei mezzi impiegati.

Nella sentenza *Palacios*, per quanto sulle conclusioni finali si possa concordare, ci sembra di scorgere, invece, un criterio eccessivamente estensivo, soprattutto quando si enfatizza un «ampio margine di valutazione discrezionale» (52) da parte degli Stati membri e quando si precisa che tale discrezionalità può avvenire anche «sulla base di considerazioni di ordine politico, economico, sociale, demografico e/o di bilancio, tenuto conto della situazione concreta del mercato del lavoro» (53). È degno di nota anche il fatto che la Corte dichiara che si può fare a meno di «precisione della normativa nazionale relativamente allo

---

(48) Causa C-144/04, punto 25.

(49) *Ivi*, punto 79.

(50) *Ivi*, punto 75.

(51) *Ivi*, punto 74.

(52) Causa C-411/05, punto 68. Ritengono che nella sentenza *Palacios* il *test* di ragionevolezza sulla legittimità della discriminazione sulla base dell'età sia «decisamente meno stringente» anche S. Laulom, *L'interdiction des discriminations fondées sur l'âge*, in *Semaine Social Lamy*, n. 1/338, 2008, pp. 23 ss., e P. Loi, cit., par. 9.

(53) *Ivi*, punto 69.

scopo perseguito» (54), laddove «altri elementi, attinenti al contesto generale della misura interessata, consentano l'identificazione dell'obiettivo cui tende» (55).

9. — *Qualche conclusione* — Pare evidente, in conclusione, che la Direttiva n. 2000/78, consente una interpretazione rigorosa. Ma, allo stesso tempo, consente anche vie di fuga, soprattutto quando si enfatizzi il criterio della finalità legittima incorporandovi, automaticamente, politiche del lavoro, mercato del lavoro e formazione professionale. A mio avviso, nell'ambito di tali materie, le disparità di trattamento possono essere ammesse solo a condizione che rispondano all'interesse, costituzionale, del diritto al lavoro, così da controbilanciare, come si è detto, la menomazione di principi costituzionali (lo stesso diritto al lavoro e l'uguaglianza) che verrebbero lesi.

Per quanto riguarda il contratto di inserimento, occorre altresì osservare che i principi di non discriminazione hanno altresì la funzione «di evitare la segmentazione del mercato del lavoro generata dalla moltiplicazione delle forme contrattuali di impiego, o meglio di impedire che la frammentazione delle tipologie contrattuali si accompagni a una irragionevole differenziazione della loro regolamentazione» (56).

È agevole, in definitiva, ritenere che i contratti di inserimento, in principio, non possano rientrare tra le deroghe consentite dalla Direttiva proprio per carenza di una finalità legittima, potendosi persino dubitare che la creazione di occasioni di lavoro transitorie e precarie rappresenti una modalità di attuazione del diritto di cui all'art. 4 della Costituzione. Ciò è stato sostenuto in relazione al sesso dei destinatari (57) e vale anche in relazione al requisito dell'età.

Si può dubitare, in definitiva, del fatto che un'assunzione a tempo determinato con l'applicazione di una disciplina più deteriore rispetto a quella ordinariamente prevista per lo stesso contratto a tempo determinato costituisca un vantaggio. La prova del nove è data dal fatto che, verosimilmente, la soppressione di forme contrattuali a disciplina speciale riservate a determinate fasce di età produrrebbe un aumento di occasioni di lavoro «regolari» e più vantaggiose per tutti, compresi gli appartenenti alle categorie attualmente destinatarie del provvedimento.

---

(54) *Ivi*, punto 57.

(55) *Ivi*, punto 58.

(56) S. Borelli, cit., p. 179.

(57) S. Borelli, cit., p. 195.

Ma, anche ove se ne voglia riconoscere la finalità legittima, non appare giustificato, sotto il profilo dell'adeguatezza e della necessità, il mezzo consistente nella riduzione del trattamento retributivo, a meno che, come qualcuno propone, non si tenti di verificare, caso per caso, se l'onere affrontato dal datore di lavoro per la realizzazione del progetto di inserimento giustifichi (cioè sia compensato dal) la possibilità di corrispondere una retribuzione inferiore (58).

Per l'apprendistato il discorso appare più articolato. Per quello del primo tipo, essendo volto anche al conseguimento dell'obbligo scolastico, il requisito dell'età potrebbe anche rientrare nelle deroghe consentite dall'art. 4 della Direttiva. Qualche dubbio, invece, suscita l'età massima di 28 anni stabilita per le forme professionalizzanti e, più ancora, per quelle destinate all'alta formazione. L'esclusione degli adulti dalla possibilità di conseguire un *master* o una qualifica professionale mediante l'apprendistato incide, evidentemente, sia sull'eguaglianza che sul diritto al lavoro, di cui il diritto alla formazione è sicuramente un aspetto, senza l'evidenza di ragionevoli motivazioni per tale esclusione.

Quanto al trattamento economico, la sua riduzione, in principio, è evidentemente ragionevole: la dottrina è pressoché unanime nel riconoscere la non applicabilità del criterio costituzionale della sufficienza, ma non deve dimenticarsi che rimarrebbe in piedi il criterio della proporzionalità laddove la prestazione sia del tutto analoga a quella richiesta per le mansioni effettivamente svolte (59).

Altro discorso, ovviamente, si dovrà fare nei frequenti casi del diffuso utilizzo improprio dell'istituto (60). In relazione a ciò vale richiamare quanto detto circa il fatto che la finalità legittima, ai fini del *test* antidiscriminatorio, non dev'essere quella dichiarata ma quella obiettivamente verificabile.

---

(58) M. G. Garofalo, *I contratti a causa mista nel d.lgs. n. 276/2003*, in q. *Riv.*, 2004, I, p. 416.

(59) G. Loy, *Formazione e rapporto di lavoro*, Milano, 1988, pp. 233 ss.

(60) *Supra*, nota n. 7. Sull'ineffettività della formazione nei contratti formativi si veda P. Varesi, cit., p. 281 22.

Loredana Zappalà (\*)

FLESSICUREZZA, PARI OPPORTUNITÀ  
E NON DISCRIMINAZIONE: I PERCORSI  
(QUASI SEMPRE) VIRTUOSI DELLE POLITICHE  
E DEL DIRITTO SOCIALE EUROPEO

SOMMARIO: 1. I pezzi del *puzzle*: eguaglianza, occupazione, flessibilità e sicurezza. — 1.1. La formula magica che ricomponi il *puzzle*: la flessicurezza. — 2. La regolazione sovranazionale delle pari opportunità e della non discriminazione nella flessicurezza: un possibile esempio di integrazione virtuosa di *hard law* e *soft law*. — 3. La dimensione politica della flessicurezza fra promozione delle pari opportunità e strategie di contrasto alla segmentazione del mercato del lavoro. — 4. La dimensione giuridica della flessicurezza: dal divieto di discriminazione indiretta delle donne... — 4.1. Segue:... al diritto «fondamentale» dei lavoratori flessibili alla parità di trattamento. — 5. Le nuove frontiere del principio di parità di trattamento: verso un divieto di discriminazione degli *outsider*?

1. — *I pezzi del puzzle: eguaglianza, occupazione, flessibilità e sicurezza* — Tanto è stato scritto sulla nuova «età dell'oro» della legislazione antidiscriminatoria (1), dopo l'inserimento nel 1998 del nuovo art. 13 TCe, che estende il tradizionale divieto di discriminazione a una più larga serie di motivi illeciti, quali la razza, l'origine etnica, la religione, le convinzioni personali, l'*handicap*, l'età e l'orientamento sessuale (2),

(\*) Ricercatrice di Diritto del lavoro presso l'Università degli Studi di Catania.

(1) M. Barbera, *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2003, p. 399; nonché Idem, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, Milano, 2007, p. IX; F. Guarriello, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2003, p. 341.

(2) La letteratura in materia è ormai vastissima per alcuni riferimenti vedi i numerosi saggi contenuti nel volume a cura di M. Barbera, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, cit.; vedi, inoltre, G. De Simone, *Dai principi alle regole. Eguaglianza e divieti di discriminazione nella disciplina dei rapporti di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 50; D. Izzi, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro*, Jovene, Napoli, 2005; i numeri monografici sul tema *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2003, ed *Eguaglianza, nuove differenze, lavori flessibili*, in *Lav. dir.*, 2004; nonché, di recente, M. Militello, *Le nuove discriminazioni*, in S. Sciarra, B. Caruso (a cura di), *Il lavoro subordinato*, vol. V, *Trattato di Diritto privato dell'Unione europea*, diretto da G. Ajani, G. Benacchio, Giappichelli, Torino, 2008, p. 273.

nonché a seguito della proclamazione, nella Carta dei diritti fondamentali del 2000, del principio di eguaglianza, declinato quale diritto a non essere discriminati sulla base di specifiche caratteristiche soggettive, al rispetto della propria diversità culturale, religiosa e linguistica, alla parità tra uomini e donne, alla partecipazione sociale e professionale alla vita della Comunità in tutte le fasi della vita e nonostante la sussistenza di fattori disabilitanti (3). L'eguaglianza è, d'altra parte, «un concetto mutevole che evolve di pari passo con l'evoluzione della società e dei costumi trovando un proprio peculiare *ubi consistam* nella diversità del contesto sociale in cui opera» (4).

Dalla seconda metà degli anni novanta, il processo di integrazione europea è divenuto palcoscenico di ulteriori nuovi modelli applicativi del concetto di eguaglianza: esso è considerato nella sua dimensione *micro*, che riverbera i suoi effetti sul rapporto di lavoro, ma anche nella sua dimensione *macro*, rivelandosi in grado di incidere sulle dinamiche del mercato del lavoro (5). In tale contesto, la dimensione dell'eguaglianza interagisce e si interseca con la complessità della realtà economica e sociale del nuovo secolo, caratterizzata da una situazione occupazionale che, nonostante gli sforzi delle istituzioni sovranazionali e dei governi nazionali, permane critica, da una domanda di flessibilità da parte delle imprese e dei mercati che diviene ogni giorno più pressante, nonché dal bisogno di sicurezza dei prestatori che operano nel mercato del lavoro.

Le interazioni del principio di eguaglianza con le politiche occupazionali, con gli imperativi della flessibilità e con il bisogno di sicurezza dei lavoratori forniscono, dunque, l'occasione per una riflessione sulla evoluzione e sui percorsi di quello che potrebbe essere definito *il diritto delle pari opportunità* (6) e *della non discriminazione nella flessicurezza*. Il diritto, vale a dire, di tutti i soggetti di godere di pari opportunità nell'entrare e nel permanere nel mercato del lavoro anche tramite formule

---

(3) Sul punto cfr. B. Caruso, *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento costituzionale europeo*, in S. Sciarra, B. Caruso (a cura di), *Il lavoro subordinato*, cit.; S. Sciarra, *Fundamental Labour Rights after Lisbon Agenda*, in WP Csdle «Massimo D'Antona».INT – 36/2005; L. Angelini, *A proposito di diritti sociali e principio di eguaglianza nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Dir. rel. ind.*, 2001, p. 636.

(4) V. Piccone, «Modernizzazione» del Diritto del lavoro e principio di uguaglianza, 11 giugno 2008, sul sito *internet* <http://www.europeanrights.eu/index.php>.

(5) M. Barbera, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, cit., p. XXIII.

(6) Sul «diritto delle pari opportunità» vedi G. De Simone, *Eguaglianza e nuove differenze nei lavori flessibili, fra Diritto comunitario e diritto interno*, in *Lav. dir.*, 2004, p. 527.

contrattuali flessibili, possibilmente da loro volontariamente scelte, nonché il diritto dei medesimi soggetti a non essere discriminati per ragioni direttamente o indirettamente connesse alla circostanza di essere impiegati con un contratto di lavoro caratterizzato da elementi di flessibilità.

Nella prospettiva della flessicurezza, il principio di eguaglianza è stato, così, sempre più spesso, declinato come diritto di tutti – uomini, donne, anziani, lavoratori potenzialmente svantaggiati – alle pari opportunità nel mercato del lavoro, come diritto degli *outsider* a non essere penalizzati rispetto agli *insider*, come diritto dei lavoratori più deboli a non essere *indirettamente* discriminati tramite l'applicazione di criteri apparentemente neutri, quali l'essere impiegati con formule contrattuali flessibili, come diritto dei lavoratori flessibili *tout court* a non essere *direttamente* discriminati per motivi connessi al loro *status* contrattuale. Si tratta di multiformi dimensioni dell'eguaglianza, in senso formale e in senso sostanziale (7), che prendono in considerazione fattori che riguardano le più diverse manifestazioni della natura e della personalità umana, ma anche le specifiche modalità con cui le persone si collocano, o aspirano a collocarsi, sul mercato del lavoro, e che, dunque, riverberano i loro effetti non solo sul diritto antidiscriminatorio tradizionalmente inteso, ma anche sul «resto del Diritto del lavoro» (8).

1.1. — *La formula magica che ricomponne il puzzle: la flessicurezza* — La ricerca dell'eguaglianza, la promozione dell'occupazione, le pressanti richieste di flessibilità e il bisogno di sicurezza dei lavoratori hanno trovato un fertile terreno di contemperamento nell'ambito delle ambiziose strategie di promozione delle pari opportunità e di flessicurezza, che hanno ispirato le politiche comunitarie in materia di occupazione a partire dal Consiglio straordinario di Lussemburgo, ma anche le due Direttive sui lavori flessibili della seconda metà degli anni novanta, l'Accordo sul telelavoro del 2002 e la Proposta di direttiva sul lavoro temporaneo tramite agenzia, presentata nel 2002 e di recente tornata al centro del dibattito istituzionale comunitario.

Nel tempo, la flessicurezza è stata elevata al rango di strategia onnicomprensiva in grado di ricomporre i pezzi del *puzzle*: una sorta di formula magica che tenta, «in maniera *sincronica e coordinata*, di aumenta-

---

(7) Sulla coesistenza delle due dimensioni vedi, di recente, M. V. Ballestero, *Eguaglianza e differenze nel Diritto del lavoro*, in *Lav. dir.*, 2004, p. 501.

(8) G. De Simone, *Eguaglianza e nuove differenze...*, cit., p. 537.

re la flessibilità del mercato del lavoro, dell'organizzazione e delle relazioni di lavoro, da una parte, e di aumentare la sicurezza dei gruppi più deboli dentro e fuori il mercato del lavoro, dall'altra» (9). La flessicurezza, da originario criterio ispiratore di nuovi modelli di organizzazione del lavoro (10), poi divenuta una delle più significative linee-guida nell'ambito del pilastro dell'adattabilità, nonché principio che ha influenzato la legislazione sociale in materia di lavori flessibili, è di recente diventata una strategia complessa, che taglia trasversalmente una pluralità di obiettivi cui aspira l'Europa sociale: la qualità del lavoro, le pari opportunità, la lotta alle discriminazioni, per ragioni connesse sia a qualità soggettive dei prestatori, sia al loro *status* contrattuale, e più in generale l'inclusione degli *outsider* nel mercato del lavoro.

2. — *La regolazione sovranazionale delle pari opportunità e della non discriminazione nella flessicurezza: un possibile esempio di integrazione virtuosa di hard law e soft law* — Le strategie di flessicurezza sono declinate mediante le politiche e, soprattutto, mediante il diritto. Attraverso il metodo aperto di coordinamento, divenuto «l'archetipo della nuova *governance* europea multilivello» (11), ma anche tramite interventi di armonizzazione legislativa *hard*, frutto del «metodo comunitario classico» (12), i pezzi del *puzzle* interagiscono in una dimensione attiva che incoraggia gli Stati membri a porre in essere strategie politiche inclusive, volte a promuovere pari opportunità per tutti e a eliminare i dualismi del mercato del lavoro. Essi interagiscono, inoltre, in una dimensione prescrittiva, che obbliga gli Stati medesimi ad assicu-

(9) Così T. Wilthagen, R. Rogowski, *Legal Regulation of Transitional Labour Markets*, in G. Schmid, B. Gazier (a cura di), *The Dynamics of Full Employment: Social Integration through Transitional Labour Markets*, 2002, Edward Elgar, Cheltenham, pp. 250 ss. Nonché T. Wilthagen, *A New Paradigm for Labour Market Policy Reform?*, Flexicurity Research Programme FXPaper Nr. 1, OSA/Institute for Labour Studies, Tilburg University, 1998, pp. 8 ss.

(10) L'idea di un necessario bilanciamento fra flessibilità e sicurezza viene, per la prima volta, lanciata nel *Libro verde* del 1997 su *Partnership for a New Organization of work*, COM (97) 126 def. del 16 aprile 1997.

(11) Così A. Lo Faro, A. Andronico, *Metodo aperto di coordinamento e diritti fondamentali. Strumenti complementari o grammatiche differenti?*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2005, p. 513.

(12) Sulla distinzione fra *multilevel governance* e metodo comunitario classico vedi M. Barbera, *Nuovi processi deliberativi e principio di legalità nell'ordinamento europeo*, in *Lav. dir.*, 2005, p. 349; nonché B. Caruso, *I cambiamenti nei luoghi di lavoro e il dialogo tra giuslavoristi nel «villaggio globale»*, in L. Montuschi (a cura di), *Un diritto in e-*

rare l'effettività di una tutela antidiscriminatoria sempre più attenta a proteggere i prestatori da nuovi insidiosi «fattori di rischio» (13), connessi alla forma contrattuale flessibile con la quale i medesimi prestatori sono frequentemente impiegati.

Le politiche e il diritto delle pari opportunità e della non discriminazione nella flessicurezza rappresentano uno degli ambiti nel quale gli obiettivi occupazionali e le finalità sociali, e, per essi, le politiche di coordinamento e gli interventi di armonizzazione posti in essere a livello sovranazionale, coesistono secondo una logica di complementarità, di bilanciamento e di reciproca integrazione (14).

Come meglio si vedrà nelle pagine che seguono, l'analisi della regolazione delle dinamiche di interazione dei pezzi del *puzzle* sopra citati fornisce l'occasione per una riflessione sul come, in materia di eguaglianza, occupazione, flessibilità e sicurezza, diverse modalità di *governance* possano positivamente integrarsi in una prospettiva multilivello, nella quale l'intervento legislativo *hard* si rivela funzionale a chiarire e a puntellare talune indicazioni generali, se non anche ambigue, dettate nell'ambito della strategia di intervento *soft* di cui è espressione la politica occupazionale europea.

Il tema delle pari opportunità e della non discriminazione nella flessicurezza è stato, di recente, al centro dell'iniziativa politica sovranazionale. Il *Libro verde* sulla modernizzazione del Diritto del lavoro del 2006, la Comunicazione della Commissione sulla flessicurezza (15) e i successivi principi comuni di flessicurezza adottati dal Consiglio (16),

---

*voluzione. Studi in onore di Yasuo Suwa*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 273; M. Barbera, B. Caruso, *The contribution of Italian labour law scholarship to the theories on European integration*, in *J. Monnet Working Paper*, 2007, n. 11, NYU.

(13) G. De Simone, *Dai principi alle regole...*, cit., p. 47.

(14) C. Kilpatrick, *New EU Employment Governance and Constitutionalism*, in G. De Búrca, J. Scott (a cura di), *New Governance and Constitutionalism in Europe and the US*, Hart Publishing, Oxford, 2006, p. 121. In generale cfr. pure D. Trubek, L. Trubek, *The Coexistence of New Governance and Legal Regulation: Complementarity or Rivalry?*, Paper presentato all'Annual Meeting of the Research Committee on the Sociology of Law, Parigi, luglio 2005.

(15) Commissione europea, *Verso principi comuni di flessicurezza: Posti di lavoro più numerosi e migliori grazie alla flessibilità e alla sicurezza*, COM (2007) 359 def., del 27 giugno 2007.

(16) Si rinvia a Consiglio dell'Ue, *Verso principi comuni di flessicurezza – Conclusioni del Consiglio*, Doc. 16201/07, Bruxelles, 6 dicembre 2007, contenente in allegato i *Principi comuni di flessicurezza* di seguito approvati dal Consiglio europeo di Bruxelles del 14 dicembre 2007. Sul punto vedi il *Dossier Flexicurity, Posti di lavoro più*

che poi hanno largamente ispirato gli orientamenti del Consiglio in favore dell'occupazione, nell'ambito degli orientamenti integrati del 2008 (17), hanno, infatti, sposato una visione «orizzontale» della flessicurezza, chiamata a intervenire «contemporaneamente sulla flessibilità dei mercati del lavoro, l'organizzazione e le relazioni di lavoro, la conciliazione tra lavoro e vita familiare, la sicurezza occupazionale e la protezione sociale» (18). Come si dirà, il diritto delle pari opportunità e della non discriminazione nella flessicurezza, declinato attraverso gli strumenti *soft* delle politiche occupazionali comunitarie, rappresenta però un'arma, ma soprattutto uno scudo, piuttosto debole, incapace di incidere fino in fondo sulle dinamiche regolative nazionali, sul reale funzionamento del mercato del lavoro e sulle concrete modalità di svolgimento dei rapporti individuali di lavoro flessibili (19).

La debolezza della regolazione *soft* è tuttavia presto colmata, grazie ai più forti principi di parità di trattamento e di non discriminazione contenuti nelle direttive sociali, come recentemente interpretate dalla Corte di Giustizia Ce. In tale ambito, il principio di eguaglianza, e, per esso, il diritto antidiscriminatorio, si è posto quale «ultimo baluardo di un sistema di garanzie giuridiche che perde sempre più di peso rispetto agli imperativi dell'economia» (20). Nell'ultimo ventennio, esso ha confermato la propria funzione di argine alle discriminazioni indirette perpetrate a danno delle lavoratrici flessibili, ma al medesimo tempo si è, di fatto, rafforzato, estendendo il proprio ambito di intervento ad altre figure di lavoratori flessibili «a rischio», quali, per esempio, gli anziani, ma anche stringendo le maglie del controllo sulle cause di giustificazione delle disparità di effetti nei confronti dei lavoratori flessibili a rischio, adducibili dai governi nazionali e/o dai datori di lavoro. Il principio di e-

---

*numerosi e migliori grazie alla flessibilità e alla sicurezza*, a cura di C. Massimiani, n. 10/2008, sul sito internet <http://www.lex.unict.it/eurolabor/fricercal/dossier.htm>.

(17) Cfr. la decisione del Consiglio del 15 luglio 2008, sugli orientamenti per le politiche degli Stati membri a favore dell'occupazione (2008/618/Ce), Orientamenti integrati dal n. 17 al n. 24.

(18) Cfr. decisione del Consiglio del 15 luglio 2008, cit., allegato.

(19) Vedi *infra*, par. 3.

(20) Cfr. M. Barbera, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, cit., p. IX. Sulla tutela antidiscriminatoria come «strumento sostitutivo, e più debole, rispetto alla previsione di specifici diritti» vedi, invece, le osservazioni di S. Scarponi, *Luci e ombre dell'Accordo europeo in materia di lavoro a tempo parziale*, in q. *Riv.*, 1999, p. 399; sul punto vedi pure P. Chieco, *Lavoratore comparabile e modello sociale nelle legislazione sulla flessibilità del contratto e dell'impresa*, in q. *Riv.*, 2002, p. 767.

guaglianza applicato direttamente a tutela dei lavoratori flessibili – indipendentemente dalle loro caratteristiche soggettive – ha, infine, prepotentemente affermato il proprio ruolo di vera e propria «leva di Archimede» (21), in grado di tutelare efficacemente i lavoratori discriminati in ragione del loro *status* contrattuale.

Se quanto detto è vero, è però anche vero che l'intervento legislativo *hard*, avendo subito gli effetti della *ibridazione* delle tecniche di regolazione utilizzate (22), ma anche della commistione del linguaggio del diritto con il linguaggio delle politiche occupazionali (23), riserva talune *sorprese* interpretative per il giurista nazionale. Accanto all'affermazione di taluni principi inderogabili che fissano *standard* di tutela per i lavoratori flessibili, la legislazione sociale in materia di flessibilità contiene, infatti, anche prescrizioni dirette a rimuovere taluni ostacoli o vincoli allo sviluppo del lavoro flessibile, volte a promuovere le pari opportunità degli *outsider* che aspirano a entrare nel mercato del lavoro.

3. — *La dimensione politica della flessicurezza fra promozione delle pari opportunità e strategie di contrasto alla segmentazione del mercato del lavoro* — Nel 1997 i pilastri delle «pari opportunità» e dell'«adattabilità», appena delineati nell'ambito della Strategia europea per l'occupazione varata a Lussemburgo, sembravano muoversi attraverso due strategie parallele destinate a non incontrarsi, se non in maniera marginale. Il pilastro delle pari opportunità affrontava, principalmente, il problema delle discriminazioni fra uomini e donne, delle difficoltà di conciliare tempi di vita e tempi di lavoro, cercando di incrementare i livelli di occupazione femminile. Il pilastro della adattabilità, pur tentando di bilanciare flessibilità e sicurezza, era rivolto a promuovere l'ammodernamento dell'organizzazione del lavoro e delle forme contrattuali utilizzabili dalle imprese. Le connessioni e la necessità di una maggiore integrazione tra i due ambiti di intervento sono emerse con maggiore chiarezza all'inizio del nuovo secolo: nonostante i tentativi di bilanciamento fra flessibilità e sicurezza, per i lavoratori flessibili, rappresentati soprattutto da donne,

---

(21) M. Barbera, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, cit., p. XLII.

(22) Sul punto cfr. B. Caruso, *I cambiamenti nei luoghi di lavoro...*, cit., pp. 233 ss.; D. M. Trubek, P. Cottrell, M. Nance, «Soft Law», «Hard Law» and European Integration: *Toward a Theory of Hybridity*, in *Jean Monnet Working Paper*, 02/05.

(23) Sulla commistione del linguaggio del diritto con il linguaggio delle politiche occupazionali in materia di lavori flessibili sia consentito rinviare a L. Zappalà, *I lavoratori flessibili*, in S. Sciarra, B. Caruso (a cura di), *Il lavoro subordinato*, cit., p. 309.

permanevano numerosi svantaggi: diverso trattamento; bassi salari; minore formazione (24). Nel 2003, le istituzioni comunitarie decidono di rivedere le modalità di intervento della Strategia europea per l'occupazione; individuando tre obiettivi strategici generali: piena occupazione; qualità e produttività del posto di lavoro; coesione e mercato del lavoro inclusivo (25). Come suggerito dal rapporto della *taskforce* presieduta da Wim Kok (26), la strategia volta a promuovere le pari opportunità per tutti – uomini, donne, anziani, *outsider*, flessibili – e a combattere le discriminazioni perpetrate a danno di tali soggetti, viene progressivamente spalmata su tutti e tre i macro-obiettivi. Con la revisione della strategia di Lisbona (27) e con gli orientamenti integrati per la crescita e l'occupazione 2005-2008 (28) si auspica la promozione della parità di genere e la lotta alle discriminazioni nei confronti di tutte le persone svantaggiate in tutte le azioni intraprese.

L'approccio politico al tema delle pari opportunità e della non discriminazione è stato così progressivamente scisso in due percorsi paralleli. Da una parte, il tema della parità è stato incanalato in una più ampia e autonoma strategia politica finalizzata a promuovere i diritti fondamentali, la non discriminazione e le pari opportunità per tutti (29).

(24) Cfr. COM (2002) 416 def. del 17 luglio 2002, *Bilancio di cinque anni della Strategia europea per l'occupazione*, p. 15.

(25) COM (2003) 6 def. del 14 gennaio 2003, *Il futuro della Strategia europea per l'occupazione (Seo)*, «Una strategia per il pieno impiego e posti di lavoro migliori per tutti». Su tale fase della strategia vedi J. Rubery, D. Grimshaw, C. Fagan, H. Figueiredo, M. Smith, *Gender equality still on the European agenda – but for how long?*, in *Industrial Relations Journal*, 2003, p. 477; J. Rubery, *Gender mainstreaming and the gender equality in the EU: the impact of the EU employment strategy*, in *Industrial Relations Journal*, 2002, p. 500.

(26) Cfr. *Jobs, Jobs, Jobs, Creating more employment in Europe*, Report of the Employment Taskforce chaired by Wim Kok, November 2003, pp. 27 ss.

(27) COM (2005) 24 def. del 2 febbraio 2005, *Lavorare insieme per la crescita e l'occupazione. Il rilancio della strategia di Lisbona*.

(28) Decisione del Consiglio del 12 luglio 2005 sugli orientamenti per le politiche degli Stati membri a favore dell'occupazione (2005/600/Ce), Orientamenti integrati dal n. 17 al n. 24.

(29) Cfr. il *Libro verde su Uguaglianza e non discriminazione nell'Unione europea allargata*, adottato dalla Commissione europea il 28 maggio 2004 COM (2004) 379; nonché COM (2005) 224 def. del 01 giugno 2005, *Una strategia quadro per la non discriminazione e le pari opportunità per tutti*; COM (2006) 92 def. del 01 marzo 2006, *Una tabella di marcia per la parità tra donne e uomini 2006-2010*; COM (2008) 10 def. del 23 gennaio 2008, *La parità tra le donne e gli uomini – 2008*. Sul punto vedi E. Howard, *The European Year of Equal Opportunities for All-2007: Is the EU Moving*

Dall'altra, esso si è infiltrato trasversalmente in quasi tutti gli orientamenti in materia di occupazione, assumendo un ruolo decisivo nelle strategie politiche di regolazione della flessibilità.

Sotto tale ultimo profilo, in particolare, dopo il preoccupante silenzio del *Libro verde* sulla modernizzazione del Diritto del lavoro (30), dimostratosi poco attento ai possibili «fattori di rischio» insiti nel modello di modernizzazione proposto (31), la complementarità fra il tema della flessibilità e le politiche volte a promuovere le pari opportunità e la non discriminazione emerge chiaramente nella successiva comunicazione della Commissione europea sulla flessicurezza (32), sulla cui scorta il

---

*Away From a Formal Idea of Equality?*, in *European Law Journal*, 2008, p. 168. Di recente vedi, inoltre, le prospettive di intervento enunciate nella *Agenda sociale rinnovata: Opportunità, accesso e solidarietà nell'Europa del XXI secolo*, COM (2008) 412 def. del 2 luglio 2008.

(30) Cfr. Commissione europea, *Libro verde. Modernizzare il Diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo*, COM (2006) 708 def., del 22 novembre 2006. Sul *Libro verde* oramai la letteratura è molto corposa: per alcuni riferimenti vedi *I giuslavoristi e il Libro verde «Modernizzare il Diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XX secolo»*, all'interno del *Dossier Dal Libro verde sulla Modernizzazione del Diritto del Lavoro alla Comunicazione sulla Flexicurity*, a cura di C. Massimiani, n. 9/2007, sul sito internet <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/dossier.htm>; nonché Sciarra, «*Modernization*» of *Labour Law: A Current European Debate*, International Institute for Labour Studies, Geneva, 2007; M. G. Garofalo, *Post-moderno e Diritto del lavoro. Osservazioni sul Libro verde «Modernizzare il Diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XX secolo»*, in *q. Riv.*, 2007, p. 135; E. Ales, *Modello sociale europeo e flexicurity: una sorta di «patto leonino» per la modernizzazione*, in *Dir. lav. merc.*, 2007, p. 523.

(31) Cfr. il Parere della Commissione per i diritti della donna e l'uguaglianza di genere su «*Modernizzare il Diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo*» del 8 maggio 2007, 2007/2023 (INI), nel quale si sottolinea criticamente come il *Libro verde* «non si concentri sugli effetti differenziati per genere delle modifiche proposte». Si osserva, inoltre, «con profonda preoccupazione che questo, pur riconoscendo che le attuali condizioni del mercato del lavoro creino una disparità di genere, ad esempio in termini di divario salariale di genere nonché in termini di segregazione occupazionale e settoriale, ignora completamente gli obblighi e le responsabilità nei confronti della Tabella di marcia per la parità tra le donne e gli uomini», laddove invece «un moderno Diritto del lavoro dovrebbe garantire la piena applicazione della legislazione comunitaria e nazionale che vieta la discriminazione sul mercato del lavoro», fintanto che «le attuali condizioni del mercato del lavoro non garantiranno i diritti sociali per tutti e non forniranno ai lavoratori gli strumenti necessari per far sentire la propria voce in sede di programmazione dell'orario di lavoro e di adattamento del medesimo alle loro esigenze» (punti 5, 19 e 23).

(32) Commissione europea, *Verso principi comuni di flessicurezza: Posti di lavoro più numerosi e migliori grazie alla flessibilità e alla sicurezza*, COM (2007) 359 def., del 27 giugno 2007.

Consiglio europeo ha adottato un insieme di principi comuni di flessicurezza (33).

Fra i principi comuni, di fondamentale importanza ai fini del discorso fin qui condotto appare l'affermazione secondo la quale la strategia integrata di flessicurezza «comporta accordi contrattuali flessibili e affidabili». Essa, inoltre, «implica un giusto equilibrio tra diritti e responsabilità per i datori di lavoro, i lavoratori, le persone in cerca di impiego», «dovrebbe ridurre il divario tra gli *insider* e gli *outsider* nel mercato del lavoro», «dovrebbe supportare la parità di genere promuovendo un accesso equo a un'occupazione di qualità per le donne e gli uomini e offrendo possibilità di conciliare il lavoro e la vita familiare, oltre a fornire pari opportunità ai migranti, ai giovani disabili e ai lavoratori anziani» (34). I citati principi comuni si propongono, dunque, di ricomporre e ricondurre a unità i pezzi del *puzzle* di cui si è detto in premessa al presente lavoro: eguaglianza, occupazione e flessibilità si fondono in quelle che si sono sopra definite le politiche delle pari opportunità e della non discriminazione nella flessicurezza, attente – come emerge dagli orientamenti integrati 2008-2010 – a migliorare la qualità del lavoro, a promuovere la «sicurezza occupazionale», ma anche a «ridurre la segmentazione del mercato del lavoro» e il «divario retributivo tra i sessi» (35).

Nonostante siano molteplici i possibili profili di critica all'approccio politico delle istituzioni comunitarie nei confronti del rapporto eguaglianza/flessicurezza (36), va comunque rilevato il merito dell'approccio

(33) Si rinvia a Consiglio dell'Ue, *Verso principi comuni di flessicurezza – Conclusioni del Consiglio*, Doc. 16201/07, Bruxelles, 6 dicembre 2007, contenente in allegato i *Principi comuni di flessicurezza* di seguito approvati dal Consiglio europeo di Bruxelles del 14 dicembre 2007.

(34) Commissione europea, *Verso principi comuni di flessicurezza*, cit., pp. 10 e 11. Sul punto vedi B. Caruso, C. Massimiani, *Prove di democrazia in Europa: la «flessicurezza» nel lessico ufficiale e nella pubblica opinione*, in *Dir. lav. merc.*, 2007, p. 457; C. Massimiani, *Flessicurezza e lavoro dignitoso in Europa: una convivenza possibile?*, 24 aprile 2008, sul sito *internet* <http://www.europeanrights.eu/index.php>.

(35) Decisione del Consiglio del 15 luglio 2008, cit., Allegato, orientamenti nn. 20 e 21. Divario retributivo fra i sessi che, come recentemente sottolineato anche dalla Commissione europea, può scaturire anche da determinate caratteristiche del rapporto contrattuale (tipo di contratto o *status* contrattuale); cfr. COM (2007) 424 def. del 18 luglio 2007, *Combattere il divario di retribuzione tra donne e uomini*, p. 17.

(36) Cfr. le molteplici critiche sollevate in proposito dal Parlamento europeo, *Relazione sui principi comuni in materia di flessicurezza*, A6-0446/2007 del 15 novembre 2007, p. 7, nella quale, ad esempio, si sottolinea che, «per quanto nella comunicazione della Commissione sia enunciato il principio dell'uguaglianza tra donne e uomini, la sua formulazione è debole perché non affronta la fondamentale disparità tra

medesimo nell'aver opportunamente evidenziato il collegamento fra il tema della flessibilità e l'esistenza di specifici «fattori di rischio» connessi allo *status* contrattuale di lavoratore flessibile. Fattori di rischio che rafforzano storiche disuguaglianze e discriminazioni, ma che ne creano anche di nuove. Fattori che, per usare il linguaggio economico, producono fenomeni di «segmentazione dei mercati del lavoro», vale a dire degli spartiacque fra *insider* e *outsider*, uomini e donne o altri lavoratori svantaggiati, lavoratori stabili e lavoratori a tempo determinato o temporanei, lavoratori a tempo pieno e lavoratori *part-time*.

Le politiche delle pari opportunità e della non discriminazione nella flessicurezza scontano, tuttavia, la debolezza connaturata al loro essere cristallizzate in strumenti regolativi *soft*. Dette politiche, inoltre, sono pervase da una pluralità di elementi di ambiguità che ne indeboliscono ulteriormente la capacità di impatto sui sistemi nazionali. Solo per fare un esempio, legittimi appaiono i dubbi di coloro i quali hanno sottolineato la potenziale enigmaticità della ventilata necessità di ridurre la segmentazione del mercato del lavoro: «se con ciò si intende un indirizzo di progressivo adattamento alle forme contrattuali atipiche di istituti di sicurezza e protezione del lavoro tipico, all'insegna del principio costituzionale di parità, ciò non farebbe che attuare principi generali e speciali dell'ordinamento comunitario in via di consolidamento giudiziario». Se, invece, la ventilata riduzione delle distanze dovesse preludere a un allentamento dei vincoli contro il licenziamento, la ricetta finirebbe per contrapporsi anche a taluni diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Ue (37). Denso di ambiguità è pure il generico richiamo degli orientamenti 2008-2010 alla lotta alle discriminazioni di genere, nonché il silenzio sulle discriminazioni connesse allo *status* di lavoratore flessibile. Come si fa, infatti, a perseguire un reale bilanciamento fra flessibilità e sicurezza se non si invitano con convinzione gli Stati membri a rafforzare la lotta alle discriminazioni dirette perpetrate nei confronti dei lavoratori flessibili? Come si promuove la flessicurezza se non si afferma con forza che gli obiettivi occupazionali non possono

---

donne e uomini in termini di accesso e partecipazione al mercato del lavoro e di divisione equa del lavoro non retribuito».

(37) Così B. Caruso, C. Massimiani, *Prove di democrazia in Europa...*, cit., p. 457. Per una lettura di tale indirizzo coerente con la nuova filosofia di fondo della *flexicurity* vedi G. Bronzini, *Come evitare la «segmentazione» del mercato del lavoro: la filosofia europea della flexicurity e i contratti a termine*, 11 giugno 2008, sul sito internet <http://www.europeanrights.eu/index.php>.

in nessun caso andare a detrimento della qualità del lavoro, rischiando di discriminare i soggetti più svantaggiati? Che senso ha, infine, promuovere la flessicurezza se non si afferma chiaramente che le pari opportunità di ingresso nel mercato del lavoro per gli *outsider* non possono comportare riduzioni discriminatorie negli *standard* di qualità del lavoro medesimo, anche quando questo venga svolto tramite formule contrattuali flessibili?

Le ambiguità e le debolezze delle politiche delle pari opportunità e della non discriminazione nella flessicurezza vengono, tuttavia, colmate nel momento in cui la regolazione *soft* sopra analizzata è integrata dalla più incisiva legislazione *hard*, frutto del metodo comunitario classico, che, nel tempo, è intervenuta a consolidare un modello relazionale di eguaglianza/occupazione/flessibilità nel quale un ruolo fondamentale è giocato dal principio «costituzionale» di eguaglianza e da quello che man mano si è confermato un vero e proprio diritto fondamentale dei lavoratori flessibili alla parità di trattamento e alla non discriminazione a prescindere dalle proprie caratteristiche soggettive e/o dal proprio *status* contrattuale.

4. — *La dimensione giuridica della flessicurezza: dal divieto di discriminazione indiretta delle donne...* — La dimensione giuridica della flessicurezza si concretizza in regole volte a promuovere la flessibilità, ma soprattutto in precetti normativi finalizzati a garantire la sicurezza all'interno del rapporto di lavoro. Se, come si è detto, il bilanciamento fra flessibilità e sicurezza presuppone un giusto equilibrio fra diritti e doveri delle parti del rapporto di lavoro, ma anche pari opportunità per tutti, può ritenersi che la verifica dell'*an* e del *quantum* detto bilanciamento sia concretamente realizzato e realizzabile in ambito sovranazionale passi necessariamente attraverso l'analisi dell'ambito di operatività e delle modalità di funzionamento del principio di pari opportunità, di parità di trattamento e del divieto di effettuare «discriminazioni multiple» (38) nei confronti dei lavoratori flessibili.

Dall'inizio degli anni ottanta, come è noto, attraverso una giurisprudenza efficacemente definita «obliqua» (39), la Corte ha dato avvio a una lunga stagione di tutela antidiscriminatoria dei lavoratori flessibili.

---

(38) F. Guarriello, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, cit., p. 343.

(39) M. Roccella, *La Corte di Giustizia e il Diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 25.

Per lungo tempo, essi sono stati tutelati non tanto per il fatto di essere stati assunti con forme contrattuali flessibili, quanto per determinate caratteristiche «soggettive» dei lavoratori medesimi, quali l'appartenenza a un sesso sottorappresentato (40) o a una nazionalità diversa da quella del paese ove era stato instaurato il rapporto di lavoro (41).

Dalla lettura in controluce della giurisprudenza della Corte di Giustizia Ce degli anni ottanta e novanta in materia di discriminazioni e lavoro *part-time*, risulta tuttavia evidente come, pur garantendo, di fatto, una prima forma di tutela alle lavoratrici a tempo parziale, in quanto donne discriminate, in quegli anni fosse del tutto assente una reale volontà di impedire trattamenti discriminatori posti in essere a danno dei lavoratori flessibili, in quanto soggetti occupati con un contratto di lavoro non *standard*. Spesso, infatti, le giustificazioni addotte dai governi e/o dai datori di lavoro per smentire la sussistenza di una discriminazione nei confronti delle donne consistevano in una ammissione, *tollerata* dalla Corte, della sussistenza di vere e proprie discriminazioni *dirette* fra lavoratori a orario ridotto e lavoratori a tempo pieno, poste in essere in base a precise scelte organizzative aziendali e/o di politica sociale e/o occupazionale, dirette a disincentivare il lavoro a orario ridotto o a ridurre i costi dello stesso (42).

A fronte di simili giustificazioni, la Corte, per un lungo tempo, lungi dal rigettare *in toto* le argomentazioni addotte a sostegno di scelte aziendali e/o disposizioni normative e/o contrattuali volte a penalizzare i lavoratori *part-time* in quanto tali, ne ha quasi sempre sancito la compatibilità con il Diritto comunitario, purché ne venisse accertata in concreto, dal giudice nazionale competente, la idoneità del mezzo al raggiungimento dello scopo, oltreché, ovviamente, la totale estraneità a qualsiasi finalità discriminatoria in ragione del sesso. Trattamenti differenti fra lavoratori flessibili in quanto tali e lavoratori *standard* erano, dunque, possibili. Non importava, in fondo, che essi fossero giustificati da una reale volontà di promuovere e/o tutelare maggiormente il lavoro a tempo pieno o da una celata strategia di risparmio sui costi del lavoro

---

(40) Cfr. G. De Simone, *Flessibilità, lavori flessibili, Diritto comunitario*, in *D&L - Riv. crit. dir. lav.*, 2002, p. 503.

(41) Cfr. la lunga vicenda processuale dei lettori di lingua straniera per lungo tempo assunti con contratti a tempo determinato dalle Università italiane, sulla quale, di recente, sia consentito rinviare a L. Zappalà, *I lavori flessibili*, cit., p. 309.

(42) Per una analisi più approfondita si rinvia a L. Zappalà, *I lavori flessibili*, cit., p. 309.

flessibile, a meno che, tali differenze, non nascondessero una discriminazione indiretta a danno delle lavoratrici, in percentuale maggiore occupate con contratti di lavoro a orario ridotto.

Solo alla fine degli anni novanta, nel mutato clima che ha condotto all'adozione della Direttiva sul lavoro a tempo parziale, è possibile leggere in controluce, nella giurisprudenza della Corte di Giustizia Ce, i primi segnali di una certa sensibilità nei confronti delle finalità sottese all'utilizzo del lavoro *part-time* da parte delle donne (43) o, comunque, quale modalità organizzativa del proprio tempo di lavoro liberalmente scelta dal prestatore (44).

Nell'ultimo decennio si è aperta una nuova stagione del diritto antidiscriminatorio delle lavoratrici e dei lavoratori flessibili.

Da una parte, infatti, la Corte di Giustizia Ce, oltre che attenersi al consolidato orientamento su *part-time* e discriminazione per ragioni di sesso (45), ha avuto modo di estendere l'operatività del divieto di discriminazione ad altri lavoratori flessibili «svantaggiati», come i lavoratori anziani, affermando l'assoluta prevalenza del divieto medesimo rispetto agli obiettivi occupazionali perseguiti dagli Stati membri. Nel caso *Mangold* (46), la Corte ha considerato sproporzionata, anche rispet-

(43) Primi segnali di una maggiore sensibilità nei confronti del lavoro a tempo parziale come strumento finalizzato a conciliare il lavoro con i carichi familiari si riscontrano nella sentenza *Gerster* (Corte di Giustizia Ce 2 ottobre 1997, C-1/95, *Hellen Gerster c. Freistaat Bayern*), nonché in *Hill e Stapleton* (Corte di Giustizia Ce 17 giugno 1998, C-243/95, *Kathleen Hill e Ann Stapleton c. The Revenue Commissioners e Department of Finance*): il primo caso di «lavoro frazionato» o *job-sharing* sottoposto all'attenzione della Corte di Giustizia Ce, nel quale due lavoratrici erano state penalizzate relativamente all'attribuzione di alcuni scatti di anzianità.

(44) Significativi, in tal senso, sono i casi *Bötel* (Corte di Giustizia Ce 4 giugno 1992, C-360/90, *Arbeiterwohlfahrt der Stadt Berlin e V. c. Monika Bötel*) e *Lewark* (Corte di Giustizia Ce, 6 febbraio 1996, C-457/93, *Kuratorium für Dialyse und Nierentransplantation e V. c. Johanna Lewark*).

(45) Cfr. i casi *Steinicke* (Corte di Giustizia Ce 11 settembre 2003, causa C-77/02, *Erika Steinicke c. Bundesanstalt für Arbeit*), *Elsner* (Corte di Giustizia Ce 27 maggio 2004, C-285/02, *Edeltraud Elsner-Lakeberg c. Land Nordrhein-Westfalen*) e *Voß* (Corte di Giustizia Ce 6 dicembre 2007, causa C-300/06, *Ursula Voß c. Land Berlin*).

(46) Corte di Giustizia Ce 22 novembre 2005, C-144/04, *Werner Mangold c. Rüdiger Helm*. Su tale importante sentenza vedi V. Piccone, S. Sciarra, *Principi fondamentali dell'ordinamento comunitario, obbligo di interpretazione conforme, politiche occupazionali*, in *Foro it.*, 2006, IV, p. 342; D. Schiek, *The ECJ Decision in Mangold: A Further Twist on Effects of Directives and Constitutional Relevance of Community Equality Legislation*, in *Industrial Law Journal*, 2006, n. 3, p. 329; O. Bonardi, *Le clause di non regresso e il divieto di discriminazioni per motivi di età secondo la Corte di Giustizia Ce*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, p. 250; L. Calafà, *Clause di non regresso e divieti di di-*

to alla finalità occupazionale perseguita, una disparità di trattamento dei lavoratori in ragione dell'età, fissata da una disposizione che, ammettendo senza limiti la possibilità di stipulare contratti a termine con lavoratori «anziani», escludeva gli stessi dalla «garanzia della stabilità dell'occupazione» (punto 73). In questo caso, si è, infatti, ritenuto che l'esclusione dal «beneficio della stabilità dell'occupazione» (punto 64) imponesse un sacrificio eccessivo ai lavoratori a termine ultra-cinquantaduenenni, costituendo pertanto una deroga sproporzionata al «principio generale del Diritto comunitario» a non essere discriminati in ragione dell'età.

Dall'altra, a seguito dell'approvazione delle Direttive n. 97/81/Ce e n. 99/70/Ce, che sanciscono il principio di non discriminazione dei lavoratori flessibili in quanto tali, si è progressivamente affermato nell'ordinamento comunitario un vero e proprio diritto «fondamentale» dei lavoratori flessibili *tout court* alla parità di trattamento, che rappresenta sempre di più un argine alla sedimentazione di certi dualismi esistenti nel mercato del lavoro (47).

4.1. — Segue:... *al diritto «fondamentale» dei lavoratori flessibili alla parità di trattamento* — Nonostante, nelle due Direttive sui lavori flessibili della fine degli anni novanta, alla tutela antidiscriminatoria sia attribuito un ruolo centrale al fine di migliorare la qualità delle condizioni di vita e di lavoro dei prestatori, nonché di annullare le forme più odiose di concorrenza tra lavoro stabile e lavoro precario (48), il precetto di parità in esse contenuto è stato per lungo tempo considerato eccessivamente debole e inadeguato a combattere le diverse forme di discriminazione «occulta» che «passano attraverso quelle direttive» (49).

In effetti, a differenza di altri divieti di discriminazione di vecchia e di nuova generazione, il divieto di discriminazione dei lavoratori in base al loro *status* contrattuale nasce senza avere alle spalle disposizioni egualitarie «forti» come il vecchio art. 119 TCe (ora art. 141), ma anche come il nuovo art. 13 TCe. Il principio di non discriminazione dei lavoratori flessibili trova la propria base giuridica nei più generali artt. 136

---

*scriminazione per età: il caso Mangold e i limiti alla discrezionalità del legislatore nazionale in materia di lavoro*, in q. *Riv.*, 2006, II, p. 250.

(47) J. Cruz-Villalón, *Lo sviluppo della tutela antidiscriminatoria nel Diritto comunitario*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2003, p. 356.

(48) In tal senso, cfr. P. Chieco, *Lavoratore comparabile e modello sociale nella legislazione sulla flessibilità del contratto e dell'impresa*, in q. *Riv.*, 2002, p. 767.

(49) G. De Simone, *Eguaglianza e nuove differenze...*, cit., p. 540.

e 137 TCe, che legittimano l'intervento dell'Unione in materia di politica sociale e, in particolare, al fine di migliorare le condizioni di vita e di lavoro dei prestatori. Neanche in tempi più recenti, d'altra parte, il divieto di discriminazione dei lavoratori in base al loro *status* contrattuale ha esplicitamente ricevuto una legittimazione «costituzionale» esplicita, come è avvenuto per altri diritti sociali (50): il divieto di discriminazione dei lavori flessibili non rientra nemmeno tra i motivi di discriminazione espressamente vietati dall'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali del 2000.

Il diverso fondamento giuridico del principio e la stessa mancanza di una espressa previsione «costituzionale» dello stesso ne hanno probabilmente minato *in nuce* la credibilità agli occhi degli interpreti, ma probabilmente anche delle stesse istituzioni comunitarie. Primi preoccupanti segnali di una certa debolezza del precetto di parità sancito nelle due direttive sono, infatti, emersi nel caso *Wippel* (51). In esso, la Corte, pronunciandosi su una fattispecie di *part-time* «a chiamata», senza obbligo di disponibilità del lavoratore, e divieto di discriminazione sancito dalla clausola 4 della Direttiva n. 97/81/Ce, ha escluso la sussistenza di una discriminazione nei confronti dei lavoratori a orario ridotto, poiché tale lavoratore non era di per sé «comparabile» con il lavoratore a tempo pieno occupato nella stessa impresa. Si è trattato di una occasione perduta poiché, come è stato rilevato in dottrina, la «Corte, anziché giudicare sulla discriminazione, ha ritenuto di disimpegnarsi con un sofisma assai formalistico» (52), lasciando, di fatto, i lavoratori a chiamata privi di qualunque forma di tutela contro le discriminazioni. In un'ottica di valorizzazione del principio di parità sancito dalla clausola 4 prima citata, sarebbe stato invece logico estendere la tutela antidiscriminatoria a qualunque forma di lavoro a orario ridotto, a prescindere dalle concrete modalità di organizzazione dell'orario e anche a costo di superare le dif-

---

(50) B. Caruso, *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento costituzionale europeo*, in S. Sciarra, B. Caruso (a cura di), *Il lavoro subordinato*, cit., p. 707.

(51) Corte di Giustizia Ce 12 ottobre 2004, C-313/02, *Nicole Wippel c. Peek & Cloppenburg GmbH & Co. KG*. Su tale sentenza vedi M. Militello, *Part-time e lavoro intermittente in due recenti pronunce della Corte di Giustizia*, in *Dir. lav. merc.*, 2005, 3, p. 661; L. Corazza, *Lavoro intermittente senza obbligo di risposta e principi comunitari in materia di discriminazioni indirette*, in *Mass. Giur. lav.*, 2005, p. 176; S. Bellumat, *Lavoro intermittente e divieti di discriminazione fra disciplina interna ed interpretazione della Corte di Giustizia*, in *Lav. giur.*, 2005, 12, p. 1137.

(52) V. Bavaro, *Lavoro a chiamata e Corte di Giustizia. A proposito di fattispecie ed effetti discriminatori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, p. 777.

ficoltà insite nel giudizio di comparazione, da molti ritenuto inadeguato a garantire una effettiva affermazione del principio di uguaglianza nell'ordinamento comunitario (53).

La valorizzazione del principio di parità di trattamento dei lavoratori flessibili nell'ordinamento comunitario non ha comunque tardato ulteriormente.

Già pochi anni dopo la sentenza *Wippel*, la Corte di Giustizia Ce ha, infatti, affrontato in maniera approfondita l'ambito di operatività del precetto di parità sancito nella Direttiva n. 99/70/Ce. Nella sentenza *Impact* (54), la Corte ha affermato che la clausola 4 dell'Accordo quadro sul lavoro a termine esclude in generale e in termini non equivoci qualsiasi disparità di trattamento non obiettivamente giustificata nei confronti dei lavoratori a tempo determinato per quanto riguarda le condizioni di impiego. Per tale ragione essa deve essere considerata, «sotto il profilo del suo contenuto, incondizionata e sufficientemente precisa (55) per poter essere invocata da un singolo dinanzi a un giudice nazionale» (punti 59-68) anche prima del recepimento della direttiva da parte di un ordinamento nazionale.

Come già statuito in *Mangold*, l'efficacia diretta del principio di non discriminazione dei lavoratori flessibili, e, con essa, la possibilità di vincolare i datori di lavoro pubblici, è espressamente riconosciuta dalla Corte di Giustizia Ce anche prima dell'entrata in vigore della legislazione con la quale si è trasposta nell'ordinamento nazionale la direttiva. Nel caso *Impact*, tuttavia, la forza giuridica del principio di non discrimina-

---

(53) Cfr. M. Barbera, *Not the same? The judicial role in the new anti-discrimination law context*, in *Industrial Law Journal*, 2002, 1, p. 82; M. Barbera, *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2003, nn. 99-100, p. 399; M. Bell, *Shifting conceptions of sexual discriminations*, in *European Law Journal*, 1999, n. 5, p. 63.

(54) Corte di Giustizia Ce 15 aprile 2008, C-268/06, *Impact c. Minister for Agriculture and Food, Minister for Arts, Sport and Tourism, Minister for Communications, Marine and Natural Resources, Minister for Foreign Affairs, Minister for Justice, Equality and Law Reform, Minister for Transport*.

(55) I Ministeri irlandesi resistenti contestavano, invece, l'efficacia diretta del divieto di discriminazione dei lavoratori a tempo determinato, ritenuto indeterminato nel contenuto a causa dell'utilizzo di concetti giuridici indeterminati e per il riferimento a principi quali quello del *pro rata temporis* enunciato nella clausola 4, punto 2, dell'Accordo quadro. In proposito, in particolare, i resistenti rilevavano che il divieto di discriminazione non fosse incondizionato, in quanto necessiterebbe ancora – come previsto al punto 3 della stessa clausola – della definizione di modalità applicative da parte degli Stati membri.

zione ha spinto la Corte a pronunciarsi anche sulle modalità procedurali attraverso le quali i diritti sanciti dalle direttive possono essere fatti valere di fronte ai giudici nazionali, affermando l'efficacia diretta del principio anche nei confronti di quei giudici cui non è stata conferita dal diritto nazionale alcuna competenza esplicita al riguardo.

Un impulso decisivo all'operatività del principio di non discriminazione dei lavoratori flessibili è stato, inoltre, dato dalla Corte di Giustizia Ce nella interpretazione della nozione di «condizioni di impiego» cui si riferisce il precetto di parità nella formulazione sia della Direttiva n. 97/81/Ce, sia della Direttiva n. 99/70/Ce.

A differenza del divieto di discriminazione *ex art.* 141 TCe, il divieto di discriminazione dei lavoratori a tempo parziale, come anche dei lavoratori a termine, trova fondamento nell'art. 137, n. 2, TCe, che abilita il Consiglio a emanare direttive al fine di migliorare le condizioni di vita e di lavoro dei prestatori in materia, appunto, di «condizioni di lavoro». Come previsto dal successivo n. 5 dell'art. 137 TCe, tale competenza della Comunità non si estende, però, alle «retribuzioni, al diritto di associazione, al diritto di sciopero, né al diritto di serrata». Alla luce di tali premesse, la limitazione del principio di non discriminazione alle sole «condizioni di impiego» ingenera il dubbio sulla riferibilità o meno del precetto di parità anche ai trattamenti retributivi corrisposti ai lavoratori flessibili; la legittimità di tale dubbio, peraltro, pareva avallata dalla circostanza secondo la quale da tempo il legislatore comunitario ha distinto, in materia di parità uomo-donna, il principio di non discriminazione per quanto riguarda le condizioni di lavoro, di cui alla Direttiva n. 76/207/Ce, dal diverso divieto di discriminazione per quanto attiene alla retribuzione, sancito nella Direttiva n. 75/117/Ce, così nettamente distinguendo i due ambiti di operatività della tutela antidiscriminatoria.

Nel caso *Del Cerro Alonso* (56), la Corte è stata chiamata a definire l'ambito di applicazione del divieto di discriminazione cui si riferisce la clausola 4 dell'Accordo europeo sul lavoro a termine, al fine, in particolare, di chiarire se le questioni retributive connesse al fatto di essere lavoratori a termine rientrassero o meno nella nozione di «condizioni di impiego». A tal proposito, la Corte ha sostenuto come il principio di non discriminazione «non possa essere interpretato in modo restrittivo»

---

(56) Corte di Giustizia Ce, 13 settembre 2007, C-307/05, *Yolanda Del Cerro Alonso c. Osakidetza-Servicio Vasco de Salud*. Su tale sentenza si rinvia a L. Zappalà, *La parità retributiva dei lavoratori flessibili nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, p. 326.

(punto 38). Ciò che necessita di una interpretazione restrittiva è, invece, la deroga introdotta dall'art. 137, n. 5, del TCe alle competenze legislative della Comunità in materia di «condizioni di impiego», al fine di non pregiudicare la possibilità di un reale miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro dei prestatori secondo quanto prescritto dall'art. 136 TCe. Se è vero, pertanto, che, allo stato attuale del Diritto comunitario, la «determinazione del livello degli stipendi rientra nell'autonomia contrattuale delle parti sociali su scala nazionale, nonché nella competenza degli Stati membri in materia», è però anche vero che la riserva di competenza nazionale in materia di retribuzione «non può impedire a un lavoratore a tempo determinato di richiedere, in base al divieto di discriminazione, il beneficio di una condizione di impiego riservata ai soli lavoratori a tempo indeterminato, allorché proprio l'applicazione di tale principio comporta il pagamento di una differenza di retribuzione» (punti 40 e 42).

Il differente livello delle retribuzioni percepite dai lavoratori a tempo determinato è uno dei più evidenti segnali delle discriminazioni subite dai lavoratori assunti con un contratto a termine, emblema di un frequente ricorso «abusivo» alla stipula di contratti di durata predeterminata da parte delle imprese come *escamotage* per ridurre i più gravosi costi del lavoro stabile. Ciò posto, è chiaro che la non applicazione del divieto di discriminazione alla più importante delle «condizioni di impiego», vale a dire al trattamento retributivo, pregiudicherebbe il principale effetto utile del precetto di parità sancito dalla direttiva.

Sulla scorta del medesimo ragionamento, nella successiva sentenza *Impact*, la Corte di Giustizia Ce, oltre a riconfermare quanto sostenuto nel caso *Del Cerro Alonso* a proposito dell'applicabilità del divieto di discriminazione anche ai trattamenti retributivi dei lavoratori a termine, ha chiarito come nella medesima nozione di «condizioni di impiego» rientrino anche «le pensioni che dipendono da un rapporto di lavoro tra lavoratore e datore di lavoro, a esclusione delle pensioni legali di previdenza sociale meno dipendenti da un rapporto siffatto che da considerazioni di ordine sociale» (punto 132).

Le sentenze *Del Cerro Alonso* e *Impact* confermano quella tendenza del Diritto comunitario verso una «rivisitazione del diritto antidiscriminatorio, attraverso una significativa espansione del suo raggio di operatività», non più confinato alle aree tradizionali e originarie della parità fra lavoratori dei due sessi, bensì come strumento in grado di «dare tu-

tela indiretta alla stabilità» (57), ma soprattutto «di offrire un ombrello protettivo dalle condizioni di svantaggio che segnano gli appartenenti ai più rilevanti gruppi a rischio di emarginazione sociale» (58). Pare possibile affermare che le sentenze citate, di fatto, elevino il principio di non discriminazione dei lavoratori flessibili da mera regola dettata dal diritto derivato a vero e proprio diritto fondamentale (59) dei lavoratori flessibili, espressione del più generale principio di eguaglianza che, «svincolato dalla stessa sua matrice normativa e declinato in chiave di incomprimibile tutela della parità nelle condizioni di lavoro per i dipendenti a tempo determinato comparabili, focalizza l'attenzione della Corte e fornisce un nuovo assetto alle competenze in ambito comunitario» (60).

Il principio di non discriminazione dei lavoratori flessibili si è, infatti, dimostrato in grado di garantire un'ampia tutela ai lavoratori a termine, riuscendo addirittura ad allentare le rigide maglie delle competenze in materia sociale dell'Unione e, dunque, a infiltrarsi nelle apparentemente intoccabili competenze nazionali in tema di retribuzione. Il principio citato mostra, pertanto, una forza e una portata inattese, tanto da scardinare alcuni assiomi su primazia ed effetti diretti che sembravano intoccabili (61), preparandosi a vivere una stagione intensa di cambiamenti e affinamenti che, probabilmente, lo trasformeranno nell'ago della bilancia in grado di dare concretezza alle ambiziose strategie di flessibilità di cui si è sopra ampiamente detto.

Il principio di eguaglianza, declinato come principio di non discriminazione dei lavoratori flessibili, si configura, dunque, come principio «costituzionale» che non ha *direttamente* attraversato il «momento della scrittura» (62), ma che, tuttavia, può trovare *implicitamente* riconoscimento nel generale divieto di discriminazione sancito dall'art. 21 della

(57) M. V. Ballestrero, *Europa dei mercati e promozione dei diritti*, in *WP Csdle «Massimo D'Antona»*.INT – 55/2007, p. 25.

(58) Così M. Roccella, *Le fonti e l'interpretazione nel Diritto del lavoro: l'incidenza del Diritto comunitario*, in *Dir. lav. merc.*, 2006, p. 109.

(59) Da ultimo, vedi M. Cartabia, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Il Mulino, Bologna, 2007, pp. 13 ss.

(60) V. Piccone, «*Modernizzazione*» del *Diritto del lavoro...*, cit. Sugli effetti del diritto antidiscriminatorio sull'assetto delle competenze vedi anche J. Cruz-Villalón, *Lo sviluppo della tutela antidiscriminatoria...*, cit., p. 358; M. Barbera, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, cit., p. XLIII.

(61) V. Piccone, «*Modernizzazione*» del *Diritto del lavoro...*, cit., p. 3.

(62) C. Pinelli, *Il momento della scrittura. Contributo al dibattito sulla Costituzione europea*, Il Mulino, Bologna, 2002.

Carta dei diritti fondamentali del 2001. Come ricordato da parte della dottrina, molte Costituzioni nazionali contengono una elencazione non esaustiva di divieti di discriminazioni ritenute particolarmente inaccettabili; tale elencazione non esaurisce la possibile «lista» di casi e motivi egualmente censurabili nei quali può verificarsi una lesione del principio di eguaglianza, che trova la sua fonte nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri (63) e che – come recentemente sottolineato anche dall'Avvocato Generale Tizzano nel caso *Mangold* (64) – si pone come «precetto chiaro, preciso e incondizionato», che si rivolge «a tutti i soggetti dell'ordinamento e può quindi essere invocato dai privati sia verso lo Stato, sia nei confronti di altri privati» (punti 83, 84 e 101) (65).

5. — *Le nuove frontiere del principio di parità di trattamento: verso un divieto di discriminazione degli outsider?* — Come si è avuto modo di osservare nelle pagine precedenti, il diritto delle pari opportunità e della non discriminazione nella flessicurezza ha, in questi ultimi anni, faticosamente tentato di conciliare la ricerca dell'eguaglianza, la promozione dell'occupazione, le pressanti richieste di flessibilità e il bisogno di sicurezza dei lavoratori. Tale difficile operazione di contemperamento non sfugge, tuttavia, ai dilemmi – da tempo riproposti anche da parte della dottrina giuslavoristica – sui costi dei divieti di discriminazione «in termini di riduzione di competitività nel mercato del lavoro e quindi [di] rischio di disoccupazione»; rischi «sopportati da quelle categorie che con detti divieti si intende formalmente proteggere» (66), vale a dire i disoccupati, gli *outsider* che aspirano a entrare nel mercato del lavoro.

Il Diritto del lavoro comunitario, da tempo, ha rappresentato un terreno nel quale gli obiettivi di politica occupazionale perseguiti dagli Stati

---

(63) M. Bell, *Equality and the European Union Constitution*, in *Industrial Law Journal*, 2004, p. 242; M. Barbera, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, cit., p. XLIII. L'esistenza di un generale principio di eguaglianza è stata più volte affermata anche dalla Corte di Giustizia Ce; vedi, per esempio, Corte di Giustizia Ce 12 dicembre 2002, C-442/00, *Caballero c. Fondo de Garantía Salarial*.

(64) Conclusioni dell'Avvocato Generale Tizzano, presentate il 30 giugno 2005 nella causa *Mangold*, C-144/04.

(65) Sul diritto fondamentale dei lavoratori che discende dal principio di eguaglianza dopo la Carta di Nizza vedi G. Pistorio, *L'influenza della Carta di Nizza nelle sentenze della Corte di Giustizia in materia di uguaglianza e dignità della persona*, 2008, sul sito *internet www.europeanrights.eu*.

(66) P. Ichino, *Spunti critici sui costi della tutela antidiscriminatoria*, in q. *Riv.*, 1994, p. 358. In generale, *contra* tale impostazione cfr. G. De Simone, *Dai principi alle regole...*, cit., pp. 20 ss.

membri, e per essi i potenziali interessi degli *outsider* ad abdicare alla tutela antidiscriminatoria pur di trovare una collocazione nel mercato, sono stati contemperati con gli imperativi del diritto, primo fra tutti il diritto a non essere discriminati in base a determinate caratteristiche soggettive (67). Pure di recente, come si è sopra accennato, l'ordinamento comunitario ha confermato di ritenere inaccettabili trattamenti discriminatori nei confronti dei lavoratori più svantaggiati, anche qualora detto diverso trattamento debba ritenersi finalizzato ad aumentare l'occupabilità dei lavoratori medesimi. In *Mangold*, infatti, la più ampia possibilità di assumere a termine i lavoratori anziani viene considerata dalla Corte incompatibile con il principio comunitario di non discriminazione, nonostante i potenziali effetti benefici sulla crescita del tasso di lavoratori ultracinquantenni occupabili.

Nonostante le forti spinte politiche in tal senso, fino a qualche tempo fa era, dunque, possibile registrare una insensibilità del Diritto comunitario alle pretese degli *outsider*, laddove le misure di politica occupazionale potessero intaccare i divieti di discriminazione sanciti dal Trattato e dalla legislazione secondaria. In tempi recenti, tuttavia, pare potersi rilevare una maggiore porosità dell'ordinamento sovranazionale rispetto agli obiettivi occupazionali e, con essi, ai potenziali diritti di coloro che sono alla ricerca di un posto di lavoro, anche se flessibile.

Particolarmente significativo in tal senso appare il caso *Michaeler* (68), nel quale la Corte di Giustizia Ce ha affrontato la questione della compatibilità con il Diritto comunitario della normativa italiana (69)

---

(67) In *Nolte* (Corte di Giustizia Ce 14 dicembre 1995, C-317/93, *Inge Nolte c. Landesversicherungsanstalt Hannover*) e in *Megner e Scheffel* (Corte di Giustizia Ce 14 dicembre 1995, C-444/93, *Ursula Megner e Hildegard Scheffel c. Innungskrankenkasse Rheinessen-Pfalz, già Innungskrankenkasse Vorderpfalz*) la Corte ha affrontato il caso di una normativa nazionale che escludeva dal regime legale di assicurazione di vecchiaia le attività lavorative subordinate prestate per un orario settimanale normale inferiore alle quindici ore. Nel contesto di una politica di lotta contro la disoccupazione e il lavoro nero, scopo della disposizione era quello di rendere attraente per i datori di lavoro l'utilizzo di questa categoria di lavoratori, attraverso l'esonero dei contributi previdenziali.

(68) Corte di Giustizia Ce 24 aprile 2008, C-55/07 e C-56/07, *Othmar Michaeler (C-55/07 e C-56/07), Subito GmbH (C-55/07 e C-56/07) e Ruth Volgger (C-56/07) c. Amt für sozialen Arbeitsschutz e Autonome Provinz Bozen*.

(69) L'art. 2 del d.lgs. n. 61 del 2000 (abrogato dal d.lgs. n. 276 del 2003) prevedeva l'obbligo, per il datore di lavoro, di trasmettere alla competente Direzione provinciale dell'Ispettorato del lavoro e della previdenza sociale una copia del contratto di lavoro a tempo parziale, entro 30 giorni dalla stipulazione dello stesso. Secondo l'art. 8 del d.lgs. n. 61 del 2000, l'inosservanza di tale obbligo comportava

che imponeva alle imprese di notificare alle autorità competenti una copia di ogni contratto di lavoro a tempo parziale, prevedendo altresì una sanzione amministrativa pecuniaria per i datori inadempienti. In proposito, il governo italiano aveva sostenuto la legittimità di tale disposizione, finalizzata al soddisfacimento di interessi pubblici, quali la lotta al lavoro nero, e ad assicurare un elevato livello di trasparenza nel funzionamento del mercato del lavoro. Secondo l'Avvocato Generale Ruiz-Jarabo Colomer (70), tale disposizione doveva invece ritenersi contrastante con le clausole 4 e 5 dell'Accordo sul lavoro a tempo parziale. Essa, infatti, scoraggiava i datori di lavoro a ricorrere al lavoro a tempo parziale e, dunque, provocava una disparità di trattamento fra lavoratori a tempo pieno e aspiranti lavoratori a tempo parziale. Il sottile ragionamento che traspare dalla lettura delle Conclusioni dell'Avvocato Generale è quello per cui il principio di parità di trattamento sancito dalla Direttiva n. 97/81/Ce non fissa soltanto il divieto di discriminazione fra lavoratori a tempo pieno e lavoratori a tempo parziale, ma – «al fine di promuovere l'occupazione» – anche il divieto di discriminazione fra *potenziali* lavoratori a tempo pieno e *potenziali* lavoratori a tempo parziale. Il principio di parità di trattamento non opererebbe, dunque, solo all'interno del rapporto di lavoro (71): esso dispiegherebbe i suoi effetti anche nel mercato del lavoro, tutelando i lavoratori *outsider*. In tal senso, secondo l'Avvocato Generale, la clausola 5 dell'Accordo quadro, volta a promuovere la diffusione del lavoro a tempo parziale negli Stati membri e a eliminare gli ostacoli alla diffusione dello stesso, rappresenta la concretizzazione dell'obiettivo di eliminare qualsiasi discriminazione tra i contratti di lavoro a tempo parziale e quelli a tempo pieno e, quindi, a «eliminare ogni squilibrio» fra le due forme di occupazione (par. 31-32). La clausola 5 dell'Accordo quadro è così considerata dall'Avvocato Generale una disposizione di «armonizzazione con effetti liberalizzanti» (72) che rea-

---

una sanzione amministrativa pari a euro 15 per ciascun lavoratore interessato e per ogni giorno di ritardo.

(70) Nelle sue Conclusioni presentate il 24 gennaio 2008 (par. 39).

(71) Lo stesso Avvocato Generale riconosce, infatti, che «la presente causa non riguarda il contenuto del contratto di lavoro, poiché la normativa italiana controversa introduce misure burocratiche nell'ambito degli obblighi amministrativi a carico dei datori di lavoro. Pertanto, essa opera in un rapporto verticale tra l'autorità pubblica (l'Ispettorato del lavoro) e un soggetto privato (il datore di lavoro)» (par. 33).

(72) Cfr. le Conclusioni dall'Avvocato Generale Ruiz-Jarabo Colomer, il quale fa riferimento alla clausola 5, n. 1, dell'Accordo come disposizione che «armonizza» (punti 38, 40 e 52).

lizza la parità di opportunità e di trattamento fra aspiranti lavoratori a tempo pieno e aspiranti lavoratori a tempo parziale. Ciò premesso, una disparità di trattamento, come quella imposta dalla legislazione italiana che imponeva maggiori oneri amministrativi per le assunzioni a tempo parziale, rispetto alle assunzioni dei lavoratori a tempo pieno, andava giustificata e valutata alla luce dei criteri di adeguatezza, necessità e proporzionalità, in modo che il «giudizio di uguaglianza risulti più trasparente e determini una maggiore certezza del diritto» (par. 37). Il citato *test* di adeguatezza, necessità e proporzionalità viene poi effettuato dall'Avvocato Generale Colomer alla luce dei consolidati orientamenti della Corte di Giustizia Ce in materia di restrizioni alla libera prestazione dei servizi e libertà di stabilimento, conducendo l'Avvocato a ritenere la non conformità della legislazione italiana alla direttiva comunitaria, poiché sarebbero esistite misure meno onerose con le quali il governo italiano avrebbe potuto controllare il mercato e combattere il lavoro nero.

Sebbene con una argomentazione molto più stringata, la sentenza *Michaeler* accoglie quasi integralmente l'impostazione proposta dall'Avvocato Generale: la clausola 5 dell'Accordo quadro è finalizzata a promuovere l'occupazione e, dunque, le pari opportunità tra uomini e donne; gli ostacoli di natura giuridica o amministrativa che limitano il *part-time* vanno eliminati, perché dissuadono i datori di lavoro a ricorrere a tale forma contrattuale e, pertanto, la disposizione italiana è sicuramente da considerare incompatibile con la clausola 5 citata. Non vi è – secondo la Corte – la necessità di soffermarsi sul principio di parità di trattamento di cui alla clausola 4 (par. 30), ma, come si è detto, appare implicito il collegamento fra obbligo di rimozione degli ostacoli alla diffusione del *part-time* e promozione delle pari opportunità per coloro che ambiscono a entrare nel mercato del lavoro attraverso tale forma contrattuale.

La decisione della Corte nel caso *Michaeler* si rivela senza dubbio innovativa. Già in passato, la Corte aveva avuto l'occasione di pronunciarsi sulla impossibilità di discriminare i lavoratori che aspiravano a un impiego a tempo parziale; nel caso *Steinicke* (73), in particolare, la Corte aveva ritenuto contrastante con il Diritto comunitario una disposizione che trattava in maniera differente i lavoratori a tempo pieno e i lavora-

---

(73) Corte di Giustizia Ce 11 settembre 2003, causa C-77/02, *Erika Steinicke c. Bundesanstalt für Arbeit*.

tori a tempo parziale per quanto riguarda la concessione del beneficio del lavoro *part-time* per motivi di età. In quel caso, tuttavia, il divieto di discriminare l'aspirante lavoratrice *part-time*, già *insider* nell'azienda occupata a metà tempo, ha trovato fondamento nella Direttiva n. 76/207/Ce, che, come è noto, fissa il 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. Si trattava, in quel caso, della legittima pretesa della lavoratrice *insider* a esercitare un diritto derivante dal rapporto di lavoro allora in corso. Nel caso *Michaler*, invece, una disposizione giustificata dall'obiettivo di soddisfare un interesse generale di controllo e di trasparenza del mercato del lavoro viene, di fatto, censurata perché ritenuta produttiva di effetti discriminatori nei confronti degli aspiranti lavoratori a tempo parziale. La disuguaglianza fra lavoratori parziali e lavoratori a tempo pieno non riguarda, in questo caso, un differente trattamento all'interno del rapporto di lavoro, ma la diversa regolazione di alcuni profili «pubblicitici» connessi alla instaurazione del rapporto di lavoro medesimo. Il giudizio di comparazione non viene effettuato per stabilire a quali tutele ha diritto il lavoratore *part-time* rispetto al lavoratore a tempo pieno, bensì per identificare a quali forme di controllo è soggetto il lavoro flessibile a differenza del normale lavoro a tempo pieno. La comparazione e la successiva rimozione della discriminazione non ha l'effetto di aumentare le tutele dei lavoratori *part-time* e/o di migliorare il loro *status* contrattuale parificandolo ai lavoratori a tempo pieno, ma ha effetti liberalizzanti, vale a dire di rimozione di forme di controllo pubblico sull'utilizzo della flessibilità da parte delle imprese. Il caso *Michaeler* rappresenta, dunque, un esempio di come il diritto delle pari opportunità e il Diritto del lavoro possano correre su due «binari paralleli», sui quali si sedimentano nuove «separazioni» (74), capaci di mettere in crisi il paradigma tipico della materia e il suo agire per finalità di tutela del soggetto debole che agisce nel rapporto di lavoro e nel mercato.

Se, in astratto, le argomentazioni dell'Avvocato Generale Colomer e la decisione della Corte possono anche ritenersi condivisibili, non può non rilevarsi la pericolosità insita in tale ragionamento, nel quale «il concreto bilanciamento di interessi tra il rispetto dei diritti della persona e le esigenze economiche dell'impresa, o del mercato del lavoro, o della politica sociale, è comunque rimesso all'apprezzamento del

---

(74) G. De Simone, *Eguaglianza e nuove differenze...*, cit., p. 539.

giudice» (75): come si fa a distinguere ciò che è discriminatorio per gli *outsider* da ciò che è necessario per garantire il buon funzionamento del mercato del lavoro e/o è funzionale a garantire un adeguato livello di protezione per i lavoratori *tout court*? Come si fa concretamente a bilanciare attraverso il *test* di proporzionalità, adeguatezza e necessità gli interessi pubblici e le finalità di tutela dei soggetti più deboli con il non meglio definito diritto degli *outsider* a non essere discriminati e, dunque, a poter essere più facilmente assunti con forme contrattuali flessibili? Come si accerta che la rimozione dei limiti al ricorso al lavoro flessibile sia effettivamente necessaria per favorire le pari opportunità fra i lavoratori che volontariamente scelgono di essere flessibili e non sia, invece, funzionale a soddisfare unilateralmente la domanda di flessibilità proveniente dal mondo imprenditoriale? In ultima analisi, come si decide cosa è «ostacolo» alla promozione dell'occupazione?

Nonostante i rischi insiti a tale nuova visione liberalizzante dell'eguaglianza, può probabilmente ritenersi che il sistema sia stato congegnato in modo tale da avere al suo interno i necessari anticorpi per sopravvivere ai pericoli di una incontrollata deregolamentazione della materia. Il limite alla rimozione degli ostacoli per favorire le pari opportunità degli aspiranti lavoratori a tempo parziale è, infatti, in ogni caso, costituito dal divieto di discriminazione dei lavoratori stessi, che, una volta assunti, hanno il diritto fondamentale di godere delle stesse tutele di cui godono i lavoratori *insider* comparabili.

La tenuta del sistema, del resto, pare confermata anche dalla ormai imminente regolamentazione del lavoro temporaneo tramite agenzia, che, come il precedente Accordo sul lavoro a tempo parziale, sconta tutte le contraddizioni delle strategie di flessicurezza che tentano di contemperare la promozione dell'occupazione e un adeguato livello di tutele per i lavoratori coinvolti. La proposta di Direttiva sul lavoro temporaneo tramite agenzia (76), nell'ottica di «migliorare la qualità del lavo-

---

(75) F. Guarriello, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, cit., p. 345.

(76) Commissione europea, COM (2002) 149 def., del 20 marzo 2002 e la successiva Proposta di direttiva modificata COM (2002) 701 def. del 28 novembre 2002; per l'analisi di tale proposta e del dibattito politico-istituzionale a essa connesso sia consentito rinviare a L. Zappalà, *La «flessibilità nelle sicurezze» alla prova. Il caso del lavoro temporaneo fra soft law e hard law*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2003, pp. 69 ss.; nonché K. Ahlberg, B. Bercusson, N. Bruun, H. Kountouros, C. Vigneau, L. Zappalà (a cura di), *Transnational Labour Regulation. A Case Study of Temporary Agency Work*, Peter Lang, Bruxelles, 2008. Dopo una lunga fase di stallo, solo nel giugno del 2008, superata l'ostilità del governo britannico, il Consiglio ha raggiunto un accordo politico a maggio-

ro temporaneo tramite agenzia garantendo il rispetto del principio della parità di trattamento nei confronti dei lavoratori temporanei tramite agenzia [...], tenendo conto nel contempo della necessità di inquadrare adeguatamente il ricorso al lavoro temporaneo tramite agenzia al fine di contribuire efficacemente alla creazione di posti di lavoro e allo sviluppo di forme di lavoro flessibili» (art. 2), invita, infatti, gli Stati membri al riesame dei divieti e delle restrizioni, stabilendo che «i divieti o le restrizioni imposti quanto al ricorso al lavoro tramite agenzie di lavoro interinale sono giustificati soltanto da ragioni d'interesse generale che investono in particolare la tutela dei lavoratori tramite agenzia interinale» (art. 4) (77). Gli obiettivi di promozione dell'occupazione e, dunque, i potenziali diritti degli *outsider* che aspirano a essere reclutati dalle agenzie interinali trovano, come si è detto, un limite invalicabile nelle ragioni di interesse generale finalizzate a garantire anche la tutela dei lavoratori medesimi contro le discriminazioni, in ragione di determinate caratteristiche soggettive dei lavoratori medesimi, ma anche in relazione allo *status* di lavoratore interinale (78).

Promozione delle opportunità per gli *outsider* tramite la rimozione degli ostacoli inutili che appesantiscono le dinamiche di funzionamento del mercato e diritto alla parità delle tutele nel rapporto di lavoro rappresentano, dunque, ancora una volta, i profili di una stessa medaglia: il tanto ambizioso, quanto a volte sfuggente, diritto delle pari opportunità e della non discriminazione nell'era della flessicurezza.

---

ranza qualificata sulla Proposta di direttiva modificata, che attende ora di essere ridiscussa dal Parlamento. Sul punto cfr. la Proposta modificata di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alle condizioni di lavoro dei lavoratori temporanei – Accordo politico su una posizione comune, 10587/08 SOC 358 CODEC 761 dell'11 giugno 2008.

(77) Nonché le «prescrizioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro o la necessità di garantire il buon funzionamento del mercato del lavoro e la prevenzione di abusi».

(78) Cfr. art. 5, secondo il quale: «Per tutta la durata della missione presso un'impresa utilizzatrice, le condizioni di base di lavoro e d'occupazione dei lavoratori tramite agenzia interinale sono almeno identiche a quelle che si applicherebbero loro se fossero direttamente impiegati dalla stessa impresa per svolgervi il medesimo lavoro. Ai fini dell'applicazione del comma 1 le regole in vigore nell'impresa utilizzatrice riguardano: a) la protezione delle donne in stato di gravidanza e in periodo di allattamento e la protezione dei bambini e dei giovani; e b) la parità di trattamento fra uomini e donne e ogni azione volta a combattere qualsiasi forma di discriminazione fondata su sesso, razza od origine etnica, religione o convinzioni personali, disabilità, età o tendenze sessuali, devono essere rispettate a norma di quanto stabiliscono le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative, i contratti collettivi e/o le altre disposizioni di portata generale».



*Olivia Bonardi* (\*)

## DIRITTO ALLA SICUREZZA SOCIALE E DIVIETI DI DISCRIMINAZIONE

SOMMARIO: 1. Premessa: le nozioni di *welfare* e di discriminazione. — 2. Il divieto di discriminazioni e il *welfare* nelle Carte fondamentali. — 3. *Welfare* e discriminazioni di genere. — 4. *Welfare* e discriminazioni nei confronti degli stranieri. — 5. *Welfare* e discriminazioni per età: l'innalzamento dell'età pensionabile e la previdenza complementare come panacea per tutti i mali. — 6. Quale futuro per il sistema di *welfare*: il *Libro verde sul futuro del modello sociale*.

1. — *Premessa: le nozioni di welfare e di discriminazione* — Affrontare il tema dei nessi tra *welfare* e discriminazioni presuppone anzitutto una precisazione su cosa si intende per *welfare* e cosa per discriminazione. Il *welfare* è spesso definito come il sistema volto a contrastare la povertà attraverso interventi mirati, quasi esclusivamente, sui soggetti più deboli. Questa è una nozione che ha come principale limite la «scarsa attenzione al benessere sociale effettivamente e complessivamente realizzabile». In una concezione più ampia, il *welfare* può essere inteso come risultato al quale concorrono tutti i fattori che caratterizzano un determinato assetto sociale e che insieme realizzano il *well being* degli individui (1). In quest'ottica, esso è fondamentalmente uno strumento di redistribuzione del reddito volto a compensare le disuguaglianze prodotte dal mercato (2). Se si muove da questo diverso presupposto, si può osservare una stretta analogia con la tutela antidiscriminatoria: sistemi di *welfare* e divieti di discriminazioni sono due diversi rimedi contro la disuguaglianza. Vi è anche un'altra analogia forte: il diritto antidiscriminatorio nasce e si sviluppa, soprattutto sul piano internazionale, come garanzia del go-

(\*) Professore associato di Diritto del lavoro presso l'Università degli Studi di Milano.

(1) Cfr. Franzini, *Il mercato, il Welfare State e il benessere sociale: riflessioni sulla situazione italiana*, in Guerzoni (a cura di), *La riforma del welfare. Dieci anni dopo la «Commissione Onofri»*, in <http://www.irs-online.it/materiali.php?idmat=63&id=9>, pp. 35 e 36.

(2) Franzini, *Il mercato, il Welfare State...*, cit., p. 36.

dimento dei diritti fondamentali: anch'esso è dunque anzitutto volto a combattere le differenze che si traducono in esclusione sociale. Inoltre, come è stato rilevato, esiste uno stretto rapporto tra discriminazione e debolezza. La debolezza e l'eguaglianza sono dunque concetti relazionali, tra loro strettamente connessi (3), in quanto la debolezza è la situazione di chi non ha o non può esercitare un diritto in condizioni di eguaglianza (4). Le connessioni vanno però anche oltre il carattere relazionale delle due nozioni. È stato infatti osservato che «segregazione» (e dunque esclusione sociale) e «discriminazione» sono «fenomeni non separati, ma intrinsecamente connessi l'uno all'altro» (5): anzi, è proprio l'utilizzo di criteri di distinzione e di parametri considerati normali in quanto radicati nella coscienza comune ma di fatto discriminatori a determinare la sistematicità dello svantaggio di determinati gruppi (6). Dunque sussiste un nesso indissolubile tra il principio di uguaglianza e la situazione di debolezza dei soggetti e tra questa e il godimento dei diritti. Si afferma, infatti, che un soggetto è debole quando non può usufruire al pari degli altri di un determinato patrimonio di diritti. E si ritiene, d'altro canto, che si debba considerare l'eguaglianza «un principio costitutivo di diritti della persona» e insieme «una condizione sociale verso cui l'attività dello Stato va indirizzata» (7).

Le analogie e le connessioni non devono però indurre a ritenere che le due forme di tutela – il *welfare* e il diritto antidiscriminatorio – possano considerarsi intercambiabili: esse operano sulla base di presupposti diversi e hanno ambiti di applicazione almeno in parte differenti. Così come non si può pensare che la tutela antidiscriminatoria possa sostituirsi al *welfare*, parimenti non è pensabile che un avanzato ed esteso sistema previdenziale o di sicurezza sociale possa rendere inutili i divieti di discriminazione. Esemplificando al massimo, e a rischio di banalizzazioni eccessive, si può osservare come una completa parità tra uomini e donne non potrebbe mai portare a ritenere superflua la tutela pensionistica, e, viceversa, una estesa tutela pensionistica non potrà,

(3) Azzena, *Divieto di discriminazione e posizione dei soggetti «deboli»*. Spunti per una teoria della debolezza, in Calmieri (a cura di), *Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale: Atti del Seminario di Perugia del 18 marzo 2005*, Torino, 2006, pp. 35 ss.

(4) Azzena, *Divieto di discriminazione...*, cit., pp. 35 ss.

(5) M. Barbera, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Milano, 1991, p. 291, la quale si riferisce, però, alla segregazione occupazionale.

(6) Vedi, ancora, M. Barbera, *Discriminazioni ed eguaglianza...*, cit., p. 225.

(7) M. Barbera, *Discriminazioni ed eguaglianza...*, cit., p. 182.

da sola, mai cancellare le discriminazioni che la donna vive nel lavoro e nella società in generale. Sembra un'ovvietà, ma non lo è affatto: sia il *welfare*, sia la tutela antidiscriminatoria, sono spesso interpretati in senso riduttivo come garanzia dell'accesso ai diritti fondamentali o come garanzia di prestazioni volte ad assicurare solo il minimo vitale. Ma, come è stato lucidamente osservato, è proprio dall'idea che, poiché sono garantite le pari opportunità nelle condizioni di partenza, gli individui possano poi essere caricati interamente delle evenienze negative che possono incontrare nel corso della vita, o, in altre parole, dall'idea che tutti hanno avuto una possibilità, che nasce la disaffezione della società verso il *welfare* (8).

In questo saggio si cercherà di dimostrare che i due rimedi contro la disuguaglianza vanno, per così dire, insieme: che non vi potrà essere sostanziale uguaglianza se non sono predisposti adeguati strumenti di *welfare* e che non vi potrà essere un *welfare* effettivo se non garantendo che a esso si acceda in condizioni di uguaglianza. Sarebbe sufficiente una rapida rassegna dell'evoluzione storica del diritto antidiscriminatorio per rendersene conto (basti pensare alla tutela della maternità e alla disciplina dei congedi parentali, ma anche alla disciplina previdenziale di tutela dei lavoratori licenziati per rappresaglia sindacale o, ancora, per venire a questioni emerse più recentemente, al dibattito circa l'estensione dei diritti sociali ai cittadini extracomunitari presenti sul nostro territorio (su cui vedi *infra*, par. 4). Tuttavia non si tratta di risultati che possono darsi per acquisiti, perché è sottovalutato, e si stenta a comprendere, un aspetto fondamentale: che non si può avere superamento effettivo della disuguaglianza muovendo da concetti di *welfare* e di discriminazioni riduttivi, intesi (il primo) come tutela solo del minimo essenziale e (il secondo) come parità nell'accesso alle opportunità o ai soli diritti fondamentali: solo muovendo, invece, dal riconoscimento pieno e integrale dei diritti al *welfare* e alla parità di trattamento saranno possibili il superamento dell'esclusione sociale e l'effettiva partecipazione di tutti alla vita politica, economica e sociale del paese.

2. — *Il divieto di discriminazioni e il welfare nelle Carte fondamentali* — Il primo interrogativo che ci si pone è se i divieti di discriminazioni trovino applicazione anche nell'ambito del *welfare* e, più in specifico, del diritto previdenziale. Si tratta, in proposito, di verificare quale sia

---

(8) Z. Bauman, *Lavoro, consumismo e nuove povertà*, Troina, 2004.

l'effettivo ambito di applicazione dell'art. 3 Cost. e della recente normativa antidiscriminatoria. Il dubbio circa la valenza dei divieti in questione nell'ambito previdenziale sorge anzitutto perché la lista dei fattori di discriminazione vietati dall'art. 3 Cost. è più ristretta rispetto a quella contenuta nella più recente normativa e giurisprudenza comunitarie e internazionali. Mentre la nostra Costituzione sancisce l'uguaglianza davanti alla legge senza distinzione «di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali», l'art. 13 TCe prevede quali motivi di discriminazione anche l'*handicap*, l'età o le tendenze sessuali, mentre l'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea si estende ulteriormente, fino a comprendere anche le caratteristiche genetiche, l'appartenenza a una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita. Anche la Cedu contiene divieti di discriminazione per motivi diversi da quelli previsti dall'art. 3 Cost., e tra questi assume oggi rilievo particolare quello per nazionalità, che, come si vedrà meglio in prosieguo, costituisce una questione ampiamente dibattuta sia da parte del legislatore, sia in ambito giudiziario. Per altro verso, l'ambito di applicazione effettivo di alcuni dei divieti è limitato, nel diritto derivato comunitario e nella legislazione nazionale, ad alcuni più ristretti ambiti. In particolare, i divieti di discriminazione di cui alla Direttiva n. 2000/78/Ce (9) si applicano solo ai settori dell'accesso al lavoro, delle condizioni di lavoro, e dell'affiliazione e partecipazione alle attività delle organizzazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori, prevedendosi tra l'altro espressamente l'esclusione dei «pagamenti di qualsiasi genere effettuati dai regimi statali o da regimi assimilabili, ivi inclusi i regimi statali di sicurezza sociale o di protezione sociale».

A fronte, dunque, di una simile articolazione del principio di parità in diversi divieti, da un lato, e del diverso ambito di applicazione di essi, dall'altro, ci si deve chiedere se e in che misura siano ammessi nei sistemi di *welfare* trattamenti differenziati fondati direttamente o indirettamente sui fattori considerati discriminatori.

Diverse ragioni inducono a mio avviso a ritenere che tutti i fattori di discriminazione menzionati nella Costituzione italiana e/o nella Carta dei diritti fondamentali o in altri atti internazionali trovino applicazione anche e tendenzialmente integralmente nell'ambito del diritto previdenziale.

---

(9) Si tratta di età, *handicap*, orientamento sessuale e religione e convinzioni personali.

La questione è peraltro complicata dal fatto che l'interpretazione dell'art. 3 Cost. è sempre stata concentrata sulla definizione del principio di parità, sia formale, sia sostanziale, mentre è stato del tutto trascurato l'altro elemento rilevante dell'art. 3, comma 1, Cost.: l'elenco dei fattori di discriminazione vietati (10). Ancor meno approfondito è l'aspetto più interessante di tale elenco: il suo carattere aperto; la clausola «condizioni personali e sociali», infatti, non può che essere intesa come un contenitore destinato a essere riempito, e il criterio che porta all'individuazione del suo contenuto non può che essere quello storico e sistematico. Dal punto di vista storico è utile ricordare come un determinato fattore attinente all'identità della persona diventi discriminatorio in ragione della sistematicità e pervasività della discriminazione di cui i soggetti che ne sono portatori sono vittime e della sensibilità con cui il legislatore si fa carico della situazione e tenta di porvi rimedio attraverso il divieto di trattamenti differenziati (11). Sul piano sistematico, si deve, a mio avviso, ritenere che gli atti comunitari più recenti costituiscano il riconoscimento della sussistenza di nuove discriminazioni sistematiche e generalizzate fondate su altri fattori di discriminazione che all'epoca dell'entrata in vigore della Costituzione non erano stati ancora individuati e/o giudicati meritevoli di tutela, ma che ora devono considerarsi specificazioni delle condizioni personali e sociali cui fa riferimento il comma 1 dell'art. 3 Cost. e rientrare così a pieno titolo nella sua sfera di operatività.

Alle stesse conclusioni si può giungere oggi con riferimento ai divieti di discriminazione sanciti dalla Cedu, sulla base del combinato disposto della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte Costituzionale italiana. La prima ha, infatti, riconosciuto l'applicabilità dei divieti di discriminazione sanciti dall'art. 14 Cedu anche alle prestazioni di assistenza e previdenza sociale (12); la seconda ha affermato, sia pure con riferimento a questioni non attinenti alla materia

---

(10) L'osservazione è di M. Barbera, *Discriminazioni ed eguaglianza...*, cit., pp. 34 ss.

(11) Da ultimo, in questo senso, vedi Bell, Waddington, *Diversi eppure eguali. Riflessioni sul diverso trattamento delle discriminazioni nella normativa europea in materia di eguaglianza*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2003, p. 393.

(12) La sentenza più importante in questo senso è Cedu 30 settembre 2003, *Koua Poirrez c. Francia*; per una rassegna di tutta la giurisprudenza della Cedu cfr. G. Cinelli, *I «diritti sociali» nella recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu); W. Chiaromonte, *Il diritto fondamentale dei non comunitari alla sicurezza sociale tra Cedu e Carta di Nizza*, *ibidem*.

che qui si sta trattando, che il nuovo testo dell'art. 117 Cost. «rende inconfutabile la maggior forza di resistenza delle norme Cedu rispetto a leggi ordinarie successive». Esigenze di brevità impongono di non trattare, ma segnalare soltanto, che un primo ordine di problemi oggi assai rilevante riguarda le tecniche di tutela giudiziale *ex* art. 14 Cedu. Si discute, infatti, se il giudice di merito, rilevato un contrasto con i divieti di discriminazione sanciti dalla normativa comunitaria e dalla Cedu, possa direttamente disapplicare la norma nazionale discriminatoria – come è avvenuto con riferimento al diritto alle prestazioni assistenziali per gli stranieri, su cui vedi *infra*, par. 4. – o se debba, invece, ogni volta rimettere la questione alla Corte Costituzionale – come sembrerebbe desumersi dalla più recente giurisprudenza costituzionale relativa all'efficacia della Cedu nell'ordinamento interno (13).

Un primo importante passo verso l'apertura del divieto di discriminazioni di cui all'art. 3 ad altri fattori non espressamente in esso menzionati si ha con riferimento alla condizione giuridica dello straniero e, più in specifico, al diritto di questi di accedere proprio alle prestazioni di assistenza sociale. Benché la Corte Costituzionale non abbia mai affermato esplicitamente che la nazionalità rientra tra le condizioni personali e sociali cui fa riferimento l'art. 3, comma 1, Cost., essa ha tuttavia affermato che «il principio di uguaglianza non tollera discriminazioni tra la posizione del cittadino e quella dello straniero [...] riferito al godimento dei diritti inviolabili dell'uomo» (14); che, anche laddove non si tratti di diritti essenziali, le scelte del legislatore devono comunque essere effettuate in ossequio al principio di ragionevolezza. Pertanto le differenziazioni ai fini dell'accesso a misure di solidarietà sociale tra cittadini italiani e cittadini di paesi stranieri finiscono «con l'introdurre nel tessuto normativo elementi di distinzione del tutto arbitrari» (15).

Se, dunque, si può oggi ritenere sussistente un divieto di discriminazioni di rango costituzionale esteso a tutti i fattori di discriminazione previsti dall'art. 3 Cost., e integrato da quelli previsti dalle disposizioni comunitarie e internazionali, il passaggio successivo della sua applicazione concreta nel sistema di *welfare* appare tutt'altro che scontato, sia per quanto riguarda l'estensione dell'ambito di applicazione, sia per quanto riguarda l'intensità e le tecniche di tutela.

(13) Cfr. Corte Cost. 24 ottobre 2007, n. 348.

(14) Corte Cost. 2 dicembre 2005, n. 432.

(15) Corte Cost. 2 dicembre 2005, n. 432; vedi anche, in precedenza, ma in termini meno espliciti, Corte Cost. 30 dicembre 1998, n. 454.

Quanto all'ambito di applicazione dei divieti di discriminazione nel settore del *welfare*, si può osservare anzitutto come la questione si ponga in modo diverso nel settore della previdenza obbligatoria rispetto a quella complementare. Nella prima, infatti, l'accesso ai trattamenti è pressoché interamente regolato dalla legge e/o da provvedimenti di carattere amministrativo, sicché non è necessario il passaggio ulteriore della sussistenza di una norma che sancisca espressamente la nullità degli atti di autonomia privata discriminatori. Più problematica sotto questo profilo è invece la disciplina della previdenza complementare, essendo la stessa in gran parte stabilita convenzionalmente. Paradossalmente, però, quanto meno rispetto al genere e dal punto di vista formale, proprio nel settore della previdenza complementare si è registrato il maggior intervento legislativo e giurisprudenziale volto a garantire la parificazione dei trattamenti per uomini e donne (ciò peraltro è avvenuto solo in quanto la prestazione pensionistica complementare è stata considerata parte della retribuzione e quindi soggetta al divieto di discriminazioni salariali di cui all'art. 141 TCe) (16).

Quanto all'applicazione dei divieti e all'intensità della tutela, un primo ordine di problemi riguarda quei fattori per i quali la legislazione nazionale ordinaria, e quella comunitaria derivata, non prevedono uno specifico divieto di discriminazione esteso al settore delle prestazioni previdenziali e assistenziali. È il caso, ad esempio, dell'età, utilizzata quale requisito per l'accesso a determinati trattamenti (la pensione di vecchiaia anzitutto) o per la determinazione della loro durata (come avviene per le indennità di mobilità e di disoccupazione). È il caso, ancora, dell'orientamento sessuale, che nell'ordinamento nazionale costituisce tuttora una barriera insormontabile per l'accesso alle prestazioni di famiglia o alle pensioni di reversibilità e indiretta.

Un secondo ordine di questioni riguarda, invece, quei fattori di discriminazioni, quali la nazionalità e il genere, per i quali sussiste una norma che sancisce un divieto generale di discriminazione applicabile anche al settore del *welfare*, ma al quale fanno da contraltare tutta una serie di differenziazioni di trattamento, deroghe ed eccezioni – preesistenti al divieto o successivamente introdotte – che direttamente o indirettamente

---

(16) Per questi aspetti vedi Izzi, *I fondi pensione e il principio di parità di trattamento nell'ordinamento comunitario*, in Bessone, Carinci (a cura di), *La previdenza complementare*, Torino, 2004, p. 69; Bonardi, *I destinatari della previdenza complementare*, in Tursi (a cura di), *La nuova disciplina della previdenza complementare*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2007, 3-4, p. 578.

sono basate sul motivo di discriminazione vietato e che richiedono una valutazione circa la loro legittimità. È il caso, ad esempio, delle norme che subordinano l'accesso alle prestazioni di assistenza al soggiorno sul territorio nazionale per un determinato periodo di tempo e che possono costituire una discriminazione per motivi di nazionalità; è il caso, ancora, dell'utilizzo di criteri differenziati per uomini e donne per il calcolo di determinate prestazioni previdenziali o della mancata considerazione delle mansioni tipicamente femminili tra i lavori usuranti.

Si tratta, come si vede, di questioni e problemi diversi, che richiedono valutazioni e soluzioni interpretative differenziate, ma che a mio avviso dovrebbero essere oggi affrontate muovendo da alcuni presupposti comuni.

È pur vero che i divieti sono spesso differentemente articolati, hanno ambiti di applicazione diversi, e talvolta anche le differenziazioni di trattamento appaiono variamente giustificate; ed è altresì vero che tale diversa articolazione dipende in parte dalla necessità di adeguare il principio di parità alla specificità della discriminazione di volta in volta considerata e in parte dalla capacità di pressione dei gruppi discriminati e dal contesto in cui i divieti sono recepiti negli ordinamenti (17). Tuttavia, negli atti comunitari si afferma chiaramente che non sussiste una gerarchia tra i fattori di discriminazione: tutti sono parimenti intollerabili (18). Tutti, inoltre, sono espressione del più generale principio di parità e, nel Diritto comunitario, tutti hanno sostanzialmente una matrice legislativa comune: identiche sono le definizioni di discriminazione diretta e indiretta; identica è la nozione di molestia; identico è il regime dell'onere della prova. Le differenze normative tra i vari fattori di discriminazione, dunque, sussistono, ma non sembrano riguardare elementi essenziali della fattispecie. Ciò impone, a mio avviso, che il giudizio di legittimità di una norma che introduce una differenza di trattamento debba sempre essere ef-

---

(17) Vedi, in proposito, tra i molti, Bell, Waddington, *Diversi eppure eguali...*, cit., p. 393; Gottardi, *Dalle discriminazioni di genere alle discriminazioni doppie o sovrapposte: le transizioni*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2003, pp. 449 ss., e spec. p. 454, ove l'Autore avverte come non sempre le scelte di tecnica normativa e di contenuto intendevano rispondere alle esigenze dello specifico fattore di rischio; M. Barbera, *Introduzione*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Milano, 2007, p. XXVI.

(18) Vedi, in questo senso, la Decisione del Consiglio del 27 novembre 2000, relativa al programma d'azione comunitario per la lotta alle discriminazioni; Izzi, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Napoli, 2005, p. 382; M. Barbera, *op. cit.*, p. 403.

fettuato in modo rigoroso, secondo il parametro della cd. *strict necessity*, da tempo utilizzato in materia di discriminazioni di genere (19).

Quand'anche, tuttavia, non si volesse condividere la suddetta conclusione, si dovrebbe comunque ritenere che i trattamenti differenziati in base a uno dei fattori vietati dall'art. 3 Cost. e dalle norme comunitarie e internazionali debbano comunque sempre essere sottoposti al *test* di adeguatezza e proporzionalità, sia pure declinato nella sua versione più blanda (20). Si potrà, insomma, discutere della severità con cui effettuare tale *test* e di quali diversi elementi di volta in volta possano essere presi in considerazione e ponderati nel giudizio di legittimità di una certa differenziazione, ma un cambiamento rispetto al passato è obbligato: il legislatore oggi gode di una discrezionalità assai più limitata nella definizione dei requisiti per accedere ai trattamenti di *welfare*, dovendo perseguire una finalità legittima, con mezzi appropriati e necessari. Ciò comporta, in primo luogo, che in quell'opera di bilanciamento tra le esigenze di tutela della persona, da un lato, e quelle di contenimento della spesa pubblica, dall'altro, che giustifica la selezione dei soggetti e delle condizioni di accesso alle prestazioni di *welfare*, dovrà fare ingresso un terzo elemento di valutazione: l'esigenza di tenere conto degli effetti discriminatori dei provvedimenti che si adottano e di scegliere, tra le varie soluzioni possibili, sempre quella avente il minor impatto discriminatorio.

In conclusione, l'ambito di applicazione e l'operatività dei divieti di discriminazione sono decisamente ampi e rendono necessaria un'attenta ricognizione di tutta la legislazione in materia di previdenza e di sicurezza sociale per verificarne la legittimità alla luce della più recente evoluzione del diritto antidiscriminatorio. Esigenze di brevità impongono qui di limitarsi a individuare alcuni aspetti particolarmente significativi delle possibili dinamiche e questioni che l'evoluzione del diritto previdenziale, da un lato, e del principio di uguaglianza, dall'altro, sollevano. Si farà più in specifico riferimento a tre particolari fattori di discriminazione: il genere, la nazionalità e l'età, dai quali emerge con chiarezza come il godimento dei diritti di solidarietà e il dibattito sulle prospettive di riforma del *welfare* siano compromessi dall'incapacità di considerare adeguatamente il problema delle differenziazioni di trattamento.

---

(19) In argomento sia consentito rinviare a Bonardi, *Le discriminazioni basate sull'età*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio...*, cit., p. 141; ma si vedano anche le diverse interpretazioni di Loi e Loy in questo fascicolo di q. *Riv.*

(20) Vedi, in proposito, Loi, in questo fascicolo di q. *Riv.*

3. — *Welfare e discriminazioni di genere* — Il primo, grande e storicamente più noto problema di discriminazione nell'ambito dei sistemi previdenziali è quello di genere. Se non vi è dubbio sulla sussistenza di un principio di parità tra uomini e donne nel campo previdenziale, più volte sancito dal legislatore (21) e applicato dalla Corte Costituzionale (22), non si può, d'altro canto, non osservare come la sua realizzazione sia il frutto di un lento cammino, non ancora concluso e, anzi, per molti versi ancora tutto da compiere. Ciò anche perché gli aspetti sui quali sono intervenuti il legislatore e il giudice costituzionale hanno polarizzato l'attenzione, al punto da offuscare il carattere ancora fortemente discriminatorio che permea l'intero sistema. Si è, insomma, indotti a ritenere che l'estensione della pensione di reversibilità al vedovo oltre che alla vedova (23), l'adozione della stessa età pensionabile – peraltro durata pochi anni e nuovamente regredita a diritto della donna di optare per il proseguimento dell'attività lavorativa fino al raggiungimento della stessa età prevista per gli uomini – e l'estensione della parità tra i genitori nella fruizione dei congedi parentali abbiano, tutto sommato, raggiunto l'obiettivo dell'uguaglianza nell'accesso al *welfare*.

Sono però i dati circa l'entità delle pensioni e, più ancora, sulla povertà a smentire tale convinzione. L'analisi del sistema pensionistico e previdenziale in generale denota ancora oggi numerose differenziazioni di trattamento non sempre adeguatamente giustificate e talora fondate esclusivamente su considerazioni di bilancio.

La questione più annosa e nota, come si è già accennato, è quella relativa alla diversa età pensionabile per uomini e donne. Tale differenza è espressamente presa in considerazione dalla Direttiva n. 79/7/Ce, relativa al principio di parità tra uomini e donne in materia di sicurezza sociale, che all'art. 7, comma 1, consente agli Stati membri di fissare limiti di età pensionabile differenti, ma che al suo comma 2 impone agli stessi di esaminare periodicamente se, tenuto conto dell'evoluzione sociale, la differenza sia ancora giustificata. La Corte di Giustizia ha inol-

---

(21) Vedi ora l'art. 30, del Codice delle pari opportunità, approvato con d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198, e, in precedenza, le disposizioni contenute negli artt. 9-12 della legge n. 903/77.

(22) Vedi, tra le più significative: Corte Cost. 11 luglio 1969, n. 123, Corte Cost. 15 luglio 1969, n. 137, relative alla diversa età pensionabile; Corte Cost. 30 gennaio 1980, n. 6, relativa alla pensione ai superstiti.

(23) Cfr. art. 11, legge n. 903/77, poi dichiarato illegittimo da Corte Cost. 30 gennaio 1980, n. 6, nella parte in cui riconosceva il diritto alla pensione al marito superstito solo in caso di invalidità di questi.

tre precisato che la facoltà di deroga è concessa solo in via temporanea, deve essere intesa in senso restrittivo e solo al fine di permettere agli Stati di modificare gradatamente i sistemi pensionistici (24).

Il problema era stato affrontato in Italia con la legge n. 335/95, che aveva superato il vecchio sistema, fondato su due età di pensionamento diverse per uomini e donne, a favore di un sistema unico e flessibile, basato sulla scelta del singolo, al fine di tenere maggiormente in conto le esigenze dei diversi soggetti che vi accedevano. Sempre la legge n. 335/95 aveva adottato un sistema di calcolo delle prestazioni basato su coefficienti di trasformazione variabili in funzione dell'età di uscita dal mercato del lavoro, ma uguali per uomini e donne. Il sistema, certo, non riduceva, anzi, per alcuni versi aggravava, sia le difficoltà che le donne incontrano nell'accesso alle prestazioni, sia il problema dell'esiguità delle pensioni delle donne. Anzi, l'abolizione della cd. «pensione minima» aveva rappresentato la rottura del patto sociale che si era realizzato con il precedente sistema pensionistico: tale pensione consentiva di fatto alle donne che avevano avuto vite lavorative discontinue di accedere a un trattamento pensionistico mediano tra una pensione che consentisse di mantenere il tenore di vita raggiunto durante la vita lavorativa e il livello minimo di assistenza garantito a tutti i cittadini.

Il sistema delineato dalla legge n. 335/95 aveva tuttavia il pregio di creare le basi affinché tali problemi potessero essere in futuro affrontati partendo da una disciplina uguale per uomini e donne, nella quale, dunque, le difficoltà connesse al raggiungimento dei requisiti pensionistici avrebbero potuto essere superate disegnando una disciplina funzionale alle esigenze di entrambi i generi.

Le due più recenti riforme, contenute nella legge n. 243/04 e nella legge n. 247/07, riportano il discorso della parità di genere molto indietro: la differenza di età pensionabile tra uomini e donne è ripristinata. Se dal punto di vista pratico l'impatto della diversa età pensionabile non appare particolarmente forte, essendo sempre possibile l'opzione per il proseguimento fino all'età degli uomini, l'effetto mediatico è, però, considerevole: alle donne è concesso di andare in pensione prima per permettere loro di tornare a occuparsi «esclusivamente della famiglia» (25)

---

(24) Vedi, in questo senso, Corte di Giustizia Ce 27 aprile 2006, C-423/04, *Richards*.

(25) Sono le parole di Corte Cost. 11 luglio 1969, n. 123; in argomento i rilievi critici di Izzi, *Eguaglianza e differenze...*, cit., p. 116, e, ivi, ulteriori richiami alla giurisprudenza costituzionale in materia.

e per il maggior grado di usura cui sono esposte a causa del doppio lavoro (26). La retromarcia effettuata dal legislatore non pare né temporanea, né giustificata dall'esigenza di adeguamento del sistema pensionistico al principio di parità e, dunque, appare in contrasto con i limiti che l'art. 7 della Direttiva comunitaria n. 79/7/Ce, come interpretato dalla Corte di Giustizia, pone alla facoltà di deroga al divieto di differenziazioni in base al genere. Inoltre, si deve rilevare che l'anticipazione comporta un trattamento più basso (perché più bassa è l'età, più basso è il coefficiente di trasformazione) ed è subordinata alla condizione che la pensione raggiunga comunque una soglia minima. Ancora una volta il metodo utilizzato per raggiungere un fine pure legittimo (27) (il riconoscimento del maggior carico di lavoro e l'esigenza di consentire il lavoro di cura in ambito familiare) viene perseguito con un mezzo quanto meno inadeguato: l'anticipazione, svincolata dalla maternità, non è parametrata né sul carico di lavoro e familiare specifico sopportato durante la vita attiva, né su quello previsto per il futuro: più rozza è collegata al sesso della persona. Nessun tipo di riconoscimento ai fini previdenziali è previsto per il lavoro svolto in ambito familiare né dall'uomo, né dalla donna (salvo ovviamente quello legato alla maternità e, in minima parte; alla cura di familiari portatori di *handicap*); nessuna considerazione ha tale lavoro nell'ambito della disciplina dei lavori usuranti che consentono l'accesso ai trattamenti pensionistici con un regime di maggior favore. Anzi, a ben guardare anche l'elenco dei lavori usuranti (28) comprende attività che sono svolte in netta prevalenza da uomini.

Un piccolo accenno merita inoltre la previsione, contenuta nel comma 9, dell'art. 1, legge n. 243/04, non modificata dalla legge n. 247/07,

---

(26) Vedi Izzi, *Eguaglianza e differenze...*, cit., p. 124, la quale osserva che la scelta del legislatore di ritornare alla precedente età differenziata «è impossibile da spiegare e giustificare senza evocare l'assorbente funzione familiare delle donne e il peso delle faticose incombenze a essa legate».

(27) Ma vedi ancora i rilievi critici di Izzi, *Eguaglianza e differenze...*, cit., p. 124.

(28) Si tratta, infatti, di lavori in galleria, in cassoni ad aria compressa, ad alte temperature, dei palombari, dei lavoratori del vetro cavo, degli asportatori dell'amianto e dei lavori espletati in spazi ristretti, dei lavoratori notturni così come previsto dal d.lgs. n. 66/2003, dei lavoratori addetti alla «linea catena» e dei conducenti di veicoli pesanti adibiti a servizi pubblici di trasporto di persone. Sui lavori usuranti vedi, per tutti, Olivelli, *I lavori usuranti*, in M. Cinelli, G. Ferraro, *Lavoro, competitività, welfare. Commentario alla legge 24 dicembre 2007, n. 247, e riforme correlate*, Torino, 2008, p. 569.

che consente alle donne di accedere al pensionamento di anzianità con i requisiti previsti dalla disciplina previgente: cioè con 57 anni di età, ma a condizione di optare per il calcolo della pensione con il sistema integralmente contributivo. La previsione lascia perplessi perché in questo caso non si tratta della semplice possibilità di accedere alla pensione a una età inferiore in considerazione del raggiungimento di una considerevole anzianità di lavoro: al trattamento di maggior favore consistente nell'anticipo di 3 anni dell'età di pensionamento fa da contraltare un sistema di calcolo della prestazione che è nella maggior parte dei casi penalizzante e che può risultare conveniente solo a fronte di carriere professionali, per così dire, discendenti, ove la persona abbia redditi al termine dell'attività lavorativa molto bassi o si trovi in stato di disoccupazione. Non si tratta, quindi, dell'attribuzione di un vantaggio, ma della previsione di un trattamento previdenziale completamente diversificato, che pone serie difficoltà di comparazione rispetto al trattamento spettante ai lavoratori di sesso maschile e che non appare rispondente a chiare ragioni giustificatrici.

Peraltro si deve osservare che la legge n. 247/07 ha introdotto un meccanismo di adeguamento della normativa che potrebbe avere un forte impatto di genere, in senso sia antidiscriminatorio, sia discriminatorio, a seconda dell'uso – proprio o improprio – che ne verrà fatto. Si prevede, infatti, che una Commissione composta da dieci esperti dovrà proporre modifiche agli attuali coefficienti di trasformazione (già d'altra parte abbassati dalla stessa legge n. 247/07) al fine di tenere conto delle dinamiche demografiche e migratorie, del lavoro discontinuo e del rapporto intercorrente tra durata della vita e settore di attività. In particolare la previsione della garanzia di una pensione non inferiore al 60% delle retribuzioni percepite durante la vita attiva sembra introdurre un meccanismo di solidarietà tale da consentire un riequilibrio dei trattamenti pensionistici femminili: sono infatti le donne le principali titolari di carriere lavorative discontinue.

L'osservazione ci consente ora di passare ad affrontare quello che è il problema forse più spinoso della tutela previdenziale femminile: quello della scarsa entità dei trattamenti, dovuta sia alla discontinuità delle carriere lavorative, sia alla discriminazione salariale, ancora oggi elevata. Un utile punto di partenza è tuttora l'osservazione per cui l'unica politica che ha consentito un effettivo riequilibrio dei trattamenti retributivi è stata la strategia egualitarista perseguita dalle organizzazioni sindacali degli anni settanta: come ha osservato Marzia Barbera, l'inquadramento u-

nico introdotto nel 1973 e il punto unico di contingenza del 1975 sono stati gli elementi di base di una politica di tutela dei redditi più bassi che ha portato la percentuale dei salari femminili rispetto a quelli maschili dal 68,7% all'84% (29). Differenziale, quest'ultimo, che negli anni successivi, con il mutamento delle politiche salariali, maggiormente differenziate sulla base della professionalità e del rendimento, è sostanzialmente rimasto immutato e si ripropone oggi in modo pressante, come segno evidente del ritorno all'utilizzo di criteri di determinazione del salario confezionati a misura esclusivamente maschile.

La discriminazione subita nel lavoro si riproduce automaticamente sui trattamenti pensionistici, calibrati sulla base delle retribuzioni percepite durante tutto l'arco della vita lavorativa. È, insomma, oggi automatico che a retribuzioni inferiori corrispondano necessariamente trattamenti pensionistici più bassi. Tuttavia, l'analisi della questione salariale induce anche ad altre considerazioni. Infatti, proprio come è avvenuto con i differenziali retributivi, la strategia di tutela dei trattamenti previdenziali meno elevati perseguita di recente dal legislatore (30) potrebbe non solo contribuire a ridurre il grave problema della povertà e dell'esclusione sociale delle classi più disagiate, ma potrebbe anche ridurre il divario esistente tra i trattamenti pensionistici maschili e femminili. Come la strategia di tutela delle retribuzioni più basse, anche quella di tutela delle pensioni più basse potrebbe, insomma, ridurre lo scarto esistente tra uomini e donne nell'accesso ai mezzi necessari per la liberazione dal bisogno. Con alcune cautele e alcune condizioni, tuttavia.

In primo luogo, si deve osservare che, a differenza dell'egualitarismo salariale, quello previdenziale non elimina il problema che vi è alla radice e che è dato dal sistema di calcolo della prestazione pensionistica fondata sul binomio anzianità-contributi: fintanto che le retribuzioni femminili resteranno inferiori, l'accesso delle donne a pensioni dignitose resterà affidato alla politica di solidarietà nei confronti dei soggetti più deboli: esso non sarà quindi frutto del riconoscimento del lavoro svolto dalle donne nel mercato del lavoro e tanto meno di quello da esse svolto fuori mercato. In secondo luogo, proprio in quanto frutto della solidarietà generale nei confronti dei meno abbienti, l'egualitarismo

---

(29) M. Barbera, *Discriminazioni ed eguaglianza...*, cit., p. 287.

(30) Vedi l'art. 38, legge 28 dicembre 2001, n. 448, che ha incrementato le maggiorazioni sociali dei trattamenti pensionistici fino a 516,46 euro (pari a un milione al mese di vecchie lire), elevate dall'art. 5, d.l. 2 luglio 2007, n. 81, convertito in legge 3 agosto 2007, n. 127, a 580,00 euro.

previdenziale rimane maggiormente esposto ai mutevoli orientamenti politici e soprattutto alle sempre più pressanti esigenze di contenimento della spesa pubblica. Infine, la stessa strategia di tutela delle pensioni più basse rischia di essere vanificata dall'utilizzo improprio di alcuni dei criteri di determinazione dei trattamenti pensionistici a cui il Protocollo del luglio 2007 e la legge n. 247/907 hanno fatto riferimento. Si allude in particolare alla prevista revisione dei coefficienti di trasformazione, che deve considerare anche il rapporto tra vita media attesa e settore di attività. Come per i lavori usuranti, occorre che nella definizione di questi elementi si adottino criteri che non abbiano un impatto discriminatorio.

In conclusione, l'innalzamento dei livelli pensionistici minimi ha sì il merito di aumentare i trattamenti delle donne, ma ha al contempo il grande limite di operare solo all'interno di quello che è stato definito il primo pilastro o, secondo una concezione più evoluta, la prima porzione del sistema di *welfare*: quello dell'assistenza minima (31). Anche in campo previdenziale, dunque, si conferma l'esistenza di una sorta di soffitto di cristallo al di sopra del quale al genere femminile non è dato elevarsi. A tale fine, altri sono gli strumenti che appaiono necessari e che riguardano la possibilità di contribuzione figurativa non solo per i periodi di disoccupazione, ma anche per i periodi di attività svolta fuori dal mercato, per la formazione, l'assistenza ai familiari e così via (32). Alcuni passi avanti, anche nella legislazione più recente, sono stati fatti, ma si tratta ancora di provvedimenti insufficienti, in quanto sempre onerosi per il richiedente e talvolta ancora discriminatori, come avviene, ad esempio, in materia di riscatto, per il quale si prevedono tuttora tabelle differenziate per uomini e donne (33).

Occorrerebbero invece provvedimenti ben più consistenti, non a favore delle donne ma per il riconoscimento di tutte quelle funzioni e attività che concorrono al progresso materiale e spirituale della società (art. 4 Cost.). In questo senso si è del resto espressa anche la Corte Costituzionale, che, occupandosi della diversa questione del diritto

---

(31) Per queste distinzioni vedi, tra i più recenti, Ferrera, Jessoula, *Le politiche pensionistiche*, in Ferrera, *Le politiche sociali*, Bologna, 2006, pp. 60 ss.; Natali, *Vincitori e perdenti. Come cambiano le pensioni in Italia e in Europa*, Bologna, 2007, pp. 49 s.

(32) Vedi, in proposito, la rilevanza attribuita alla contribuzione figurativa nel sistema svedese: Natali, *Vincitori e perdenti...*, cit., pp. 77 ss.

(33) Cfr. S. Gatto, *Scalini, riscatti e totalizzazione: novità in materia previdenziale*, in *Note informative*, 2008, n. 41, pp. 27 ss., e spec. p. 36.

delle cittadine straniere casalinghe al ricongiungimento familiare, ha affermato che la mancanza di reddito derivante da lavoro non può pregiudicare tale diritto in quanto «il rilievo assunto dall'attività lavorativa all'interno della famiglia, non può non comportare la conseguenza che tale attività debba essere assimilata alle forme di "occupazione"». A tale conclusione la Corte è giunta anche sulla base dell'osservazione per cui «il lavoro effettuato all'interno della famiglia, per il suo valore sociale e anche economico, può essere ricompreso, sia pure con le peculiari caratteristiche che lo contraddistinguono, nella tutela che l'art. 35 della Costituzione assicura al lavoro in tutte le sue forme e applicazioni» (34).

La questione è densa di implicazioni e si tornerà sull'argomento in seguito; per il momento è sufficiente rilevare come l'inadeguatezza del sistema di *welfare* sembri derivare dalla stretta connessione esistente tra vita lavorativa e tutele, da un lato, e dalla elevata standardizzazione dei trattamenti, ancora stabiliti a misura del lavoratore maschio a tempo pieno e indeterminato, dall'altro.

4. — *Welfare e discriminazioni nei confronti degli stranieri* — Sia le convenzioni internazionali, sia le direttive comunitarie, sia la legislazione interna prevedono da tempo la parità di trattamento in materia di previdenza e di sicurezza sociale tra cittadini italiani, stranieri e apolidi. Non è possibile in questa sede dare conto compiutamente del numero e dei contenuti delle diverse fonti internazionali e comunitarie che disciplinano la materia. Rinviando pertanto questi aspetti ad altri studi (35), l'analisi sarà qui limitata ad alcune questioni riguardanti la disciplina nazionale ritenute particolarmente significative.

Il divieto di discriminazione nei confronti dei cittadini stranieri è sancito dagli artt. 2 e 43 del T.U. n. 286/98 ed è esteso a tutti gli aspetti attinenti alla vita sociale della persona.

È peraltro opportuno premettere che la connessione esistente tra la questione delle discriminazioni nei confronti delle persone straniere e la disciplina dell'immigrazione determina alcune caratteristiche peculiari della normativa previdenziale in materia: in primo luogo, la lettura del

---

(34) Corte Cost. 19 gennaio 1995, n. 28; in argomento vedi Gottardi, *Il ricongiungimento familiare*, in Tursi (a cura di), *Lavoro e immigrazione*, Torino, 2005, p. 310.

(35) Tozzoli, *La cornice internazionale ed i principali modelli europei di disciplina del fenomeno migratorio per ragioni di lavoro*, in Tursi (a cura di), *Lavoro e immigrazione*, cit., p. 63.

fenomeno in termini di ordine pubblico e sicurezza, che ha storicamente caratterizzato la normativa italiana (36), si traduce nel campo previdenziale nel timore di eccessivi costi per le finanze degli enti previdenziali e di disincentivare il rimpatrio dei lavoratori stranieri (37); in secondo luogo, il ruolo eccessivamente ampio giocato dalla prassi amministrativa nel governo della materia (38), nel campo previdenziale, comporta l'attribuzione all'Inps di una considerevole discrezionalità nell'interpretazione e applicazione della normativa.

Una terza peculiarità della materia che stiamo affrontando, e che non è solo italiana, ma è dovuta anch'essa alla stretta connessione con il fenomeno delle migrazioni, è data dal fatto che la parità nell'accesso al *welfare*, così come in materia di lavoro, risponde non solo alla funzione di tutela delle popolazioni migranti contro fenomeni di sfruttamento, ma anche, e di riflesso, all'esigenza di tutelare le popolazioni autoctone dalla «concorrenza sleale» di quelle migranti: la contribuzione previdenziale costituisce, infatti, almeno dal punto di vista economico, una parte rilevante del costo del lavoro, di cui l'imprenditore tiene conto nell'organizzazione dell'impresa e, conseguentemente, nella scelta dei lavoratori da impiegare.

A ogni modo, mentre non pare dubbio che l'art. 38, comma 2, Cost., relativo alle prestazioni di carattere strettamente previdenziale, si riferisca alla generale categoria dei lavoratori e non ponga «alcun distinguo attorno al requisito della cittadinanza» (39), più complessa è la questione dell'accesso alle prestazioni assistenziali, che il comma 1 dell'art. 38 sembrerebbe in effetti riservare al «cittadino» (40). Peraltro, la restrizione dell'accesso non appare giustificata per varie ragioni. In primo luogo perché l'art. 2 Cost. riferisce i diritti inviolabili, a tutela dei

---

(36) Di Stasi, Ariotti Branciforti, Torsello, *Profili di diritto della sicurezza sociale dello straniero*, in Aa.Vv., *Lavoratore extracomunitario ed integrazione europea. Profili giuridici*, Bari, 2007, pp. 305 ss., e spec. p. 306, e Mc Britton, *Immigrazione e lavoro nell'esperienza giuridica italiana*, *ibidem*, p. 195.

(37) Di Stasi, Ariotti Branciforti, Torsello, *Profili di diritto della sicurezza sociale...*, cit., p. 326.

(38) Ancora Mc Britton, *Immigrazione e lavoro...*, cit., p. 196; Di Stasi, Ariotti Branciforti, Torsello, *Profili di diritto della sicurezza sociale...*, cit., p. 306.

(39) Corte Cost. 30 dicembre 1998, n. 454; Vettor, *I diritti sociali dei lavoratori stranieri: le innovazioni della legge n. 189/2002*, in Tursi (a cura di), *Lavoro e immigrazione*, cit., p. 293; Di Stasi, Ariotti Branciforti, Torsello, *Profili di diritto della sicurezza sociale...*, cit., p. 307.

(40) Vedi, per questi aspetti, Di Stasi, Ariotti Branciforti, Torsello, *Profili di diritto della sicurezza sociale...*, cit., p. 307.

quali è posta anche l'assistenza alla persona e non al solo cittadino (41). Inoltre perché le convenzioni internazionali, e in particolare la Convenzione OIL n. 143 del 24 giugno 1975 e la Direttiva n. 2000/43/Ce, assicurano la parità nei regimi di sicurezza sociale e non solo di previdenza. Infine perché, come si è rilevato al par. 2., il divieto di discriminazioni per nazionalità è sancito dall'art. 14 Cedu e integra il contenuto dell'art. 3, comma 1, Cost. Di conseguenza, il discrimine tra chi può accedere alla prestazione assistenziale e chi no deve essere fondato non sulla cittadinanza, bensì sulla residenza (42). Ciò ha innescato diverse questioni giuridiche, dovute soprattutto al fatto che, mentre l'art. 41, d.lgs. n. 286/98, aveva sancito il diritto a tutte le prestazioni di assistenza dopo un anno di permanenza regolare sul territorio, il legislatore successivo ha subordinato tale diritto alla residenza sul territorio da diversi anni, saliti a dieci per l'assegno sociale con l'ultimo provvedimento contenuto nell'art. 20, comma 10, d.l. n. 112/08. Sulla questione si tornerà al par. 6.; è però utile segnalare sin da ora che la Corte Costituzionale ha ritenuto illegittimi i documenti di soggiorno per il rilascio dei quali è necessario avere determinati livelli di reddito, perché in contrasto con gli artt. 3, 32 e 38 Cost. (43), mentre la giurisprudenza di merito ha ritenuto illegittimi i provvedimenti che richiedono periodi di residenza più lunghi e li ha disapplicati perché in contrasto con i divieti di discriminazione sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dalla Cedu (44).

Non meno problematico è il tema dell'accessibilità alle prestazioni strettamente previdenziali: benché sia in generale riconosciuta l'assicurazione e contribuzione alle principali tutele (invalidità, vecchiaia, superstiti, infortuni sul lavoro e malattie professionali, maternità e malat-

---

(41) Corte Cost. 2 dicembre 2005, n. 432; Di Stasi, Ariotti Branciforti, Torsello, *Profili di diritto della sicurezza sociale...*, cit., p. 306; Vettor, *I diritti sociali...*, cit., p. 293.

(42) Corte Cost. 2 dicembre 2005, n. 432; Vettor, *I diritti sociali...*, cit., p. 295; Di Stasi, Ariotti Branciforti, Torsello, *Profili di diritto della sicurezza sociale...*, cit., p. 306.

(43) Corte Cost. 29 luglio 2008, n. 306, relativa al diritto all'indennità di accompagnamento.

(44) Corte d'App. Firenze, Sez. lav., 9 giugno 2007, n. 76/05; Corte d'App. Milano 21 settembre 2007, n. 41/07, entrambe in <http://www.europeanrights.eu>; vedi anche – successiva alle sentenze della Corte Costituzionale n. 348/07 e n. 348/07, che hanno negato la possibilità di disapplicazione del diritto interno contrastante con le norme Cedu, e in aperto dissenso con queste – la sentenza del Tribunale di Ravenna 12 dicembre 2007, n. 501/06, *ibidem*, e, in argomento, i commenti citati alla nota 12.

tia), restano comunque ancora delle lacune, in particolare per i lavoratori stagionali, che sono esclusi dalla tutela contro la disoccupazione e dal diritto agli assegni per il nucleo familiare. Si è tendenzialmente portati a ritenere tali esclusioni giustificate in ragione delle particolari caratteristiche di questo tipo di attività, per la quale il lavoratore migrante entra nel territorio nazionale solo per la stagione e ritorna a casa durante le fasi di non attività. Il lavoratore, insomma, non maturerebbe i requisiti per godere dell'indennità di disoccupazione e, d'altro canto, non dovrebbe avere nemmeno diritto all'assegno per il nucleo familiare «essendo improbabile» che egli si porti al seguito la famiglia per un periodo di tempo così ridotto (45). Si tratta, tuttavia, di conclusioni affrettate, in quanto fondate su indebite generalizzazioni, o meglio sullo stereotipo del lavoratore che arriva da solo, per il solo periodo del lavoro stagionale, per poi rientrare nel paese di origine senza più fare ritorno in Italia e senza migrare altrove. La probabilità che il lavoratore abbia famiglia in Italia o che rientri di anno in anno per le stagioni successive non è, insomma, considerata. Si ritiene, di conseguenza, che il lavoratore non maturi mai i requisiti di contribuzione e assicurazione necessari per accedere ai trattamenti di disoccupazione: evenienza, questa, certamente impossibile dopo il primo ingresso, ma altamente probabile in quelli successivi, probabilmente al terzo o al quarto. Peraltro, il comma 2 dell'art. 25 mantiene comunque l'obbligo contributivo in capo ai datori di lavoro, ma disponendo altresì che essi siano destinati al fondo appositamente costituito per gli interventi di carattere socio-assistenziale a favore degli stranieri. Si tratta pur sempre di un intervento di solidarietà, ma che viene realizzato privando i lavoratori stagionali dell'accesso a importanti prestazioni senza che tale esclusione appaia ragionevolmente giustificata.

Per connessione è utile segnalare che il diritto a percepire l'intera indennità di disoccupazione da parte del lavoratore extracomunitario che ne abbia maturato i requisiti sembra ora minato dalla previsione contenuta nell'art. 22, comma 11, del T.U. n. 286/98, come modificato dalla legge n. 189/02, in base alla quale lo straniero che abbia perso il posto di lavoro ha diritto di restare sul territorio nazionale alla ricerca di un altro posto per un periodo pari alla durata residua del permesso di soggiorno e comunque non superiore a 6 mesi. La norma è stata introdotta

---

(45) Così Di Stasi, Ariotti Branciforti, Torsello, *Profili di diritto della sicurezza sociale...*, cit., p. 317.

ta prima dell'allungamento del periodo di godimento dell'indennità ordinaria di disoccupazione (prima a 7 e poi a 8 mesi per i soggetti minori di 50 anni e a 12 mesi per i disoccupati di età superiore) avvenuto con la legge n. 247/07 (art. 1, comma 25). La legge, inoltre, nulla dice circa il diritto dello straniero che ha dovuto lasciare il territorio dello Stato al mantenimento dell'indennità anche per i mesi oltre il sesto, ma poiché tale diritto sussiste fintanto che la persona è disponibile allo svolgimento di una nuova attività, in base alla normativa in materia di incontro tra domanda e offerta di lavoro (art. 1, comma 25, legge n. 247/07), il rischio di esclusione appare assai forte.

Il tema più interessante ai fini che qui interessano è però quello relativo alla maturazione del diritto alla pensione di vecchiaia e alla cd. restituzione dei relativi contributi. Il comma 11 dell'art. 22 sanciva il diritto del lavoratore, al momento del rimpatrio, di richiedere la «restituzione» dei contributi versati (anche per la quota a carico del datore di lavoro). Il nuovo comma 13 dell'art. 21, modificato dalla legge n. 189/02, dispone ora invece che in caso di rimpatrio il lavoratore conserva i diritti previdenziali e di sicurezza sociale maturati e può goderne indipendentemente dalla vigenza di un accordo di reciprocità al verificarsi della maturazione dei requisiti previsti dalla normativa vigente, al compimento del sessantacinquesimo anno di età, anche in deroga al requisito contributivo minimo previsto dall'art. 1, comma 20, della legge 8 agosto 1995, n. 335. Al di là della restrizione avvenuta in via interpretativa del diritto alla prestazione alle sole pensioni liquidate con il sistema contributivo e non a quelle liquidate con il sistema misto (46), e della conseguente illegittima privazione sia del diritto alla prestazione previdenziale (in caso non si sia maturata una adeguata anzianità contributiva), sia della restituzione dei contributi per coloro che andranno in pensione con il sistema misto, qui preme svolgere qualche riflessione sulla finalità perseguita dal legislatore e sulla *ratio* complessiva della norma, poiché né la soluzione della restituzione dei contributi, né quella contenuta nella nuova formulazione della norma, appaiono convincenti, anche se per ragioni diverse.

Anzitutto, la restituzione dei contributi prevista dalla disposizione previgente era assai controversa, perché costituiva una rilevante eccezione ai principi generali vigenti in materia previdenziale di obbligatorietà

---

(46) Secondo la nota interpretazione dell'Inps, nelle Circolari n. 45 e n. 122 del 2003, su cui vedi Vettor, *I diritti sociali...*, cit., p. 297.

dell'assicurazione, e, prima ancora, di indisponibilità della tutela previdenziale. Essa si spiegava con la necessità di assicurare in qualche modo un ristoro del danno subito dal lavoratore che, rientrando nel paese di origine, non avesse potuto percepire la pensione a causa della mancanza di un sistema di convenzioni internazionali che garantisse la totalizzazione dei contributi versati nei diversi paesi di migrazione. Da questo punto di vista, pareva corretta l'osservazione di chi considerava tale differenza rispetto ai lavoratori italiani un «parziale ed embrionale tentativo di adeguamento funzionale della disciplina previdenziale al fenomeno migratorio» (47). Secondo alcuni si sarebbe quindi trattato di un trattamento diverso volto a consentire, «nella sostanza», un trattamento uguale (o quanto meno non inferiore) (48). Era, tuttavia, una soluzione molto rischiosa, perché se, da un lato, essa assicurava al lavoratore un ristoro a fronte della perdita della possibilità di usufruire delle prestazioni previdenziali, d'altro canto, non teneva conto della possibilità che il lavoratore in futuro rientrasse nuovamente nel territorio italiano e maturasse così finalmente il diritto alla pensione. In caso di ritorno, il precedente rimborso contributivo si sarebbe risolto in un trattamento meno favorevole rispetto alla successiva maturazione del diritto alla pensione. Insomma, per non rischiare di lasciare del tutto a mani vuote il lavoratore gli si garantiva un ristoro che poteva essere ben inferiore al diritto che avrebbe potuto maturare in seguito. Con ciò non si vuole negare l'utilità della previsione in questione, ma si vuole semplicemente sottolineare l'inadeguatezza rispetto all'esigenza di conciliare la differente situazione dello straniero con il principio – pur posto a tutela del beneficiario – di indisponibilità della tutela previdenziale, che porta a trattamenti differenziati non necessariamente equi e ancora una volta basati su modalità di lavoro e di vita stereotipate (come quella, appunto, del lavoratore che migra una volta sola nella propria vita).

D'altra parte, nemmeno la nuova disciplina introdotta nel 2002 sembra trovare un adeguato equilibrio tra le diverse esigenze. Essa è stata criticata in quanto la cancellazione del diritto alla restituzione dei contributi è stata determinata dall'esigenza di contenimento degli esborsi dell'Inps, che aveva addirittura portato a parlare di un timore infondato

---

(47) Viscomi, *Disposizioni in materia di lavoratori immigrati extracomunitari*, in Cester (a cura di), *La riforma del sistema pensionistico*, Torino, 1997, p. 374; Gottardi, *Le discriminazioni basate sulla razza e sull'origine etnica*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio...*, cit., pp. 1 ss., e spec. p. 36.

(48) Vettor, *I diritti sociali...*, cit., p. 300.

di «inarrestabili emorragie» delle finanze degli enti previdenziali (49), oltre che di un «*sentiment anti-immigrazione*» (50). In effetti, le motivazioni che hanno portato alla riforma non appaiono affatto condivisibili, in quanto è pur vero che le esigenze di contenimento della spesa pubblica possono giustificare una limitazione dei trattamenti previdenziali e finanche una loro riduzione (51), ma non si può ritenere che ciò possa avvenire introducendo trattamenti differenziati in ragione della nazionalità o di altri motivi che l'art. 3 Cost. considera discriminatori, come del resto è stato chiaramente affermato anche dalla Corte Costituzionale (52), sia pure con riferimento a prestazioni di carattere assistenziale. In altre parole, se riduzione o limitazione vi ha da essere, questa deve essere realizzata in modo tale da non penalizzare ulteriormente proprio le categorie di soggetti che già sono discriminate.

Altre ragioni inducono, peraltro, a ritenere che la previsione del mantenimento della posizione assicurativa e contributiva realizzi una forma di tutela, almeno in teoria, adeguata: la previsione del godimento della prestazione anche nel caso in cui il lavoratore non abbia maturato i requisiti minimi, infatti, sembra in linea di principio individuare un adeguato bilanciamento dei diritti in questione: essa non si traduce in un alleggerimento del bilancio pubblico, ma solo in un posticipo dell'esborso da parte dell'ente previdenziale, e non comporta la compromissione del diritto alla pensione di vecchiaia, che è presente, invece, nella previsione del rimborso immediato dei contributi. In sostanza, essa non fa venir meno il dovere di solidarietà imposto dall'art. 2 Cost. e consistente nell'imposizione dell'obbligo contributivo, né il diritto del singolo alla solidarietà da parte dell'intera collettività, anch'esso derivante dall'art. 2 Cost. e consistente nell'acquisizione del diritto alla prestazione di vecchiaia. Il mantenimento della posizione assicurativa, con diritto alla prestazione pensionistica anche in deroga al possesso dei requisiti minimi, dal mio punto di vista, consentirebbe quindi un adeguamento della disciplina nazionale in funzione delle esigenze di tutela previdenziale

---

(49) Di Stasi, Ariotti Branciforti, Torsello, *Profili di diritto della sicurezza sociale...*, cit., p. 326.

(50) Sono parole di Tursi, *La nuova disciplina dell'immigrazione per lavoro: una ricognizione critica*, in Tursi (a cura di), *Lavoro e immigrazione*, cit., p. 28, riprese da Gottardi, *Le discriminazioni basate sulla razza...*, cit., p. 37.

(51) Cinelli, *Previdenza sociale e orientamenti della giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, I, p. 99.

(52) Corte Cost. 2 dicembre 2005, n. 432.

del lavoratore migrante. L'uso del modo condizionale è però d'obbligo perché, se il principio appare in generale condivisibile, la formulazione che ne è stata data nell'art. 21, comma 13, T.U. n. 286/98, come modificato dalla legge n. 189/02, appare invece decisamente rozza e fonte di numerose difficoltà e iniquità. Il diritto si riferisce, infatti, indistintamente a tutte le prestazioni, siano esse di previdenza o di assistenza, ma nella definizione del momento di insorgenza del diritto si crea parecchia confusione. Esso è, infatti, riconosciuto «al verificarsi della maturazione dei requisiti previsti dalla normativa vigente, al compimento del sessantacinquesimo anno di età». Ma quest'ultima previsione sembra calibrata esclusivamente sulla pensione di vecchiaia, mentre la prima parte della norma riferisce il diritto a tutte le prestazioni, per le quali il requisito dei 65 anni di età appare incongruo. Ma anche per quanto riguarda la pensione di vecchiaia esso appare ingiustificato, in quanto non tiene conto della diversa età pensionabile prevista per uomini e donne. La norma, del resto, non poteva giustificarsi nemmeno vigente il sistema di pensionamento di vecchiaia originariamente stabilito dalla legge n. 335/95 con età flessibile tra i 57 e i 65 anni uguale per tutti, perché avrebbe limitato il diritto dello straniero rimpatriato rispetto a quello del cittadino italiano o dello straniero residente sul territorio italiano. Ora che l'età di pensionamento flessibile non esiste più, la disposizione appare fortemente di dubbia legittimità sotto il diverso profilo della disparità di trattamento tra le lavoratrici italiane e quelle straniere (53).

5. — *Welfare e discriminazioni per età: l'innalzamento dell'età pensionabile e la previdenza complementare come panacea per tutti i mali* — L'invecchiamento della popolazione è legato a due fattori distinti ma tra loro strettamente connessi: l'innalzamento della vita media della popolazione e la riduzione dei tassi di natalità, cui si aggiunge un terzo fattore, di carattere, però, contingente, costituito dall'invecchiamento della generazione cd. del *baby boom* (54). Il problema ha dimensione mondiale e interessa in modo particolare l'Europa. Le stime sono davvero impressionanti: secondo alcuni calcoli riguardanti l'Europa (a 15) nei prossimi 40 anni il numero di persone con oltre 65 anni passerà da 65,2 milioni nel

(53) Vettor, *I diritti sociali...*, cit., p. 298.

(54) Madama, Maino, *Ageing and the Italian welfare state*, in A. Walker e C. Aspalter (eds.), *Securing the future for old-age in Europe*, Hong Kong, Casa Verde Publishing, 2008; Cinelli, *Un welfare da ristrutturare: a proposito del Protocollo d'intesa 23 luglio 2007*, in *Mass. Giur. lav.*, 2007, n. 11, pp. 814 ss., e spec. p. 816.

2004 a 114,2 milioni nel 2050; il numero di persone con oltre 80 anni nello stesso periodo passerà da 16,3 milioni a 44,2 milioni (55). Ciò comporterà inevitabilmente pensioni da corrispondere in numero maggiore e per periodi più lunghi, una maggiore richiesta di assistenza sanitaria e la necessità di forme di tutela per la non autosufficienza (56).

Secondo i più recenti studi, i diversi paesi risponderanno alla sfida dell'invecchiamento ciascuno in modo diverso, a seconda della differente strutturazione del proprio sistema di *welfare*. Nel panorama europeo, però, il caso italiano sembra essere tra i più preoccupanti, sia per la maggiore rapidità dell'invecchiamento della nostra popolazione (57) e per la più elevata riduzione dei tassi di natalità, sia perché il nostro sistema di *welfare* appare del tutto impreparato, e sotto il profilo finanziario, e sotto quello delle prestazioni. L'elemento più critico e tale da compromettere la possibilità di fronteggiare la sfida sembra essere il sottosviluppo e il sottofinanziamento dell'assistenza sociale (58).

A fronte di un simile scenario, il dibattito italiano circa la riforma del *welfare* sembra affetto da strabismo, in quanto concentrato pressoché esclusivamente sulla riforma pensionistica e sull'innalzamento dell'età pensionabile, mentre la predisposizione di sistemi di *long term care* e di tutele per la non autosufficienza hanno un ruolo assolutamente marginale. Come si vedrà al par. 6., anche nel recente *Libro verde sul futuro del modello sociale* del Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali approvato il 25 luglio 2008 si affronta la materia in modo del tutto inadeguato.

L'accentramento dell'attenzione sul solo profilo pensionistico determina ancora una volta la configurazione di un sistema grossolano e discriminatorio, per diverse ragioni. In primo luogo, perché concentrando le prestazioni nell'ambito del sistema pensionistico previdenziale a scapito di forme di assistenza sanitaria e sociale si finisce inevitabilmente con il differenziare le possibilità di accesso alle tutele pressoché in ragione dei

---

(55) I dati sono presi da Madama, Maino, *Ageing and the Italian welfare state*, cit. Vedi anche i dati riportati in *La vita buona nella società attiva. Libro verde sul futuro del modello sociale*, del Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali, del 25 luglio 2008.

(56) Vedi ancora Madama, Maino, *Ageing and the Italian welfare state*, cit.

(57) Si stima che nel 2020 in Italia ci saranno 4,4 milioni di *over 80*; cfr. ancora Madama, Maino, *Ageing and the Italian welfare state*, cit.

(58) Madama, Maino, *Ageing and the Italian welfare state*, cit., e, in precedenza, vedi il rapporto della *Commissione per l'analisi delle compatibilità macroeconomiche della spesa sociale, Relazione finale*, 28 febbraio 1997 (cd. «Rapporto Onofri»).

percorsi lavorativi delle persone, riproducendo così nella vecchiaia le discriminazioni (di genere, in particolare) subite nel mercato del lavoro.

In secondo luogo, perché si tiene conto solo del dato complessivo – e certamente inconfutabile – dell'invecchiamento della popolazione, in modo da giustificare l'innalzamento dell'età pensionabile, ma non si tiene conto delle differenze tra i singoli: le persone sono considerate solo in ragione della loro età, senza valutare altri parametri e condizioni che invece hanno grande rilevanza. Gli studi di gerontologia hanno, infatti, evidenziato che i dati statistici non forniscono un quadro accurato della situazione e soprattutto non tengono conto di uno degli aspetti più nuovi e rilevanti del fenomeno dell'invecchiamento della popolazione: il notevole aumento della variabilità individuale (59). Si parla, infatti, degli anziani come un «universo variegato e in profonda trasformazione» con «profonde differenze tra uomini e donne» (60). Diversi fattori, dagli stili di vita, alle condizioni di lavoro, dall'assistenza sanitaria ricevuta ai diversi cambiamenti effettuati nel corso della vita, indicano che le persone diventano vecchie a età diverse, sia dal punto di vista fisico, sia da quello mentale (61). Così, mentre in Europa si discute della discriminarietà per motivi di età del pensionamento obbligatorio a un'età uguale per tutti (62) e ci si attrezza per porre in essere politiche di invecchiamento attivo della popolazione, nel nostro paese si abbandona il principio, introdotto con la legge n. 335/95, della flessibilità dell'età di uscita dal mercato del lavoro alzando per tutti indiscriminatamente la soglia del pensionamento. L'introduzione, avvenuta con legge n. 247/07, del sistema delle quote (costituite dalla somma dell'età pensionabile e degli anni di contribuzione) appare ben poca cosa rispetto alle esigenze di flessibilità del sistema, se si considera che in realtà tale sistema consente variazioni di solo un anno o poco più (63).

---

(59) Grimley Evans, *Age Discrimination: Implications of the Ageing Process*, in Fredman, Spencer, *Age as an Equality Issue, Legal and Policy Perspectives*, Hart Publishing, Oxford and Oregon, 2003, p. 15.

(60) Vedi Sabbadini, *Il mutamento del contesto sociale negli ultimi dieci anni*, in Guerzoni (a cura di), *La riforma del welfare...*, cit., pp. 31 ss., e spec. p. 33.

(61) Grimley Evans, *Age Discrimination...*, cit., p. 15.

(62) Per questi aspetti sia consentito rinviare a Bonardi, *Le discriminazioni basate sull'età*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio...*, cit., p. 160; vedi, inoltre, il contributo di P. Loi in questo fascicolo di q. Riv.

(63) Vedi Canavesi, *Pensioni di anzianità, decorrenze, età pensionabile*, in Cinelli, Ferraro, *Lavoro, competitività, welfare...*, cit., p. 543; S. Gatto, *Scalini, riscatti...*, cit., p. 27.

L'unico tentativo di modulazione del sistema in ragione dei diversi percorsi di vita delle persone che vi accedono è forse oggi costituito dalla disciplina dei lavori usuranti, che consente di anticipare di alcuni anni il pensionamento in ragione della nocività del lavoro svolto, che può determinare un precoce invecchiamento. Come è stato rilevato, la disciplina ha il merito di considerare l'anticipazione facoltativa: al beneficio pensionistico si accede a domanda, a dimostrazione del fatto che si ha solo una presunzione della maggiore usura subita dalla persona e ferma la libertà di questa di proseguire l'attività lavorativa (64). Ma si tratta ancora di una disciplina che presenta notevoli difetti. Anzitutto si deve osservare che, nonostante il susseguirsi di provvedimenti legislativi e amministrativi che hanno in vario modo disciplinato la materia, l'istituto è strutturato in modo alquanto standardizzato: il numero di anni di lavoro nocivo è uguale per tutte le attività previste, così come lo è il numero di anni di anticipazione ammessi (65). Il secondo punto debole, al quale si è già accennato al par. 3., è dato dal fatto che la disciplina sembra calibrata prevalentemente sul lavoro maschile, senza tenere conto delle problematiche connesse alla nocività di quello femminile, per il quale peraltro anche la legislazione in materia di tutela della salute nei luoghi di lavoro comincia solo ora a muovere i primi passi (66). Infine, all'anticipo dell'età pensionabile corrisponde una prestazione più bassa, per effetto dell'applicazione della tabella dei coefficienti di trasformazione (67).

L'aspetto più critico è tuttavia costituito proprio dall'atteggiamento che il legislatore ha verso l'istituto, che viene considerato un'eccezione, una disciplina di nicchia avente carattere marginale, anziché uno strumento che consentirebbe di adeguare il sistema pensionistico alle varie condizioni di lavoro e di invecchiamento. È probabilmente proprio la mancata attribuzione di centralità all'istituto a determinarne il suo limite più grande: quello della sottoposizione dell'accesso al pensionamento anticipato ai limiti della disponibilità finanziaria. L'art. 1, comma 3, lett. *f*, stabilisce, infatti, che nella disciplina attuativa la specificazione dei cri-

---

(64) Vedi, in questo senso, Olivelli, *I lavori usuranti*, cit., p. 570.

(65) Salva la distinzione tra lavori usuranti e particolarmente usuranti, che tuttavia è frutto della stratificazione normativa e delle possibilità di concorso del finanziamento pubblico e non di una ponderata modulazione in ragione della nocività del lavoro. Per tale distinzione vedi Olivelli, *I lavori usuranti*, cit., p. 578.

(66) Vedi le nuove disposizioni contenute nel d.lgs. n. 81/08.

(67) Olivelli, *I lavori usuranti*, cit., p. 582.

teri per la concessione dovrà essere effettuata assicurando la coerenza con il limite delle risorse finanziarie già stanziata in un apposito fondo (68).

Si tratta, dunque, ancora una volta, di un rimedio insufficiente rispetto alle sfide poste dall'invecchiamento della popolazione e alle complicate problematiche che innesca, e il cui impatto rischia di essere discriminatorio sia in ragione del genere, sia in ragione dell'età della persona, in quanto introduce un sistema di differenziazione nell'accesso al pensionamento non rispondente alle reali situazioni di bisogno.

L'incapacità di affrontare il tema dell'invecchiamento della popolazione in modo adeguato emerge ancora più chiaramente se si presta attenzione al dibattito che ha accompagnato le recenti riforme previdenziali, centrato quasi esclusivamente sulla questione del conflitto intergenerazionale, per il quale l'unico rimedio possibile sarebbe l'introduzione di massicce dosi di previdenza complementare.

Si osserva, in proposito, come il sistema pensionistico delineato con le grandi riforme della seconda metà degli anni sessanta rappresentava un patto spartitorio in cui tutti guadagnavano qualcosa scaricando il costo sulle generazioni future, che dovranno in seguito pagare per i vantaggi goduti dai loro padri, e si paventa il rischio «di un conflitto intergenerazionale che può trasformarsi nella lotta di classe del ventunesimo secolo» (69). Partendo dalla premessa che i giovani avranno il tempo per definire le proprie scelte di lavoro e di risparmio, a partire dagli anni novanta il legislatore ha ritenuto di poter risolvere il problema pensionistico attraverso l'incentivo e lo sviluppo dei sistemi di previdenza complementare. Si pensa in questo modo di trovare una via d'uscita alla sfida dell'invecchiamento attraverso l'utilizzo del sistema a capitalizzazione. Il che però appare assai problematico, perché più i sistemi a ripartizione sono maturi, più è difficile il loro passaggio alla capitalizzazione, perché questo solleva il problema del cd. doppio pagamento. Occorrerebbe, cioè, che la generazione attiva pagasse due volte: la prima per fare fronte alle esigenze dei pensionati attuali, secondo lo schema a ripartizione, e la seconda per finanziare, attraverso il risparmio, la propria futura prestazione pensionistica.

Se la strategia perseguita dal legislatore è quindi quella dell'affiancamento della previdenza complementare a quella obbligatoria, le più au-

---

(68) Olivelli, *I lavori usuranti*, cit., p. 585.

(69) Cazzola, *Lavoro e welfare: giovani versus anziani. Conflitto tra generazioni o lotte di classe del XXI secolo?*, Soneria mannelli, 2004, pp. 77 ss., e spec. p. 109.

torevoli proposte di riforma propongono invece la più radicale soluzione di consentire ai giovani di uscire dal sistema previdenziale pubblico per costituirsi forme di tutela previdenziale alternative, operanti a capitalizzazione (70). Nessuna delle due soluzioni sembra a chi scrive adeguata non solo rispetto alle esigenze di tutela, ma anche per il loro impatto discriminatorio, per diverse ragioni.

Muovendo dalla prospettiva del riequilibrio sui due pilastri, pubblico e complementare, si deve osservare come essa si sia tradotta in realtà nell'affidamento ai lavoratori della responsabilità della realizzazione della tutela previdenziale (71), con il risultato, già autorevolmente sottolineato, della configurazione di un sistema di tutela riservato alle categorie più forti (72) e con una conseguente quanto meno parziale abdicazione del fine pubblico della garanzia dei mezzi adeguati alle esigenze di vita. Mancano ancora adeguate garanzie circa la solvibilità dei fondi e adeguati strumenti per consentire ai lavoratori di entrare e uscire dal sistema di previdenza complementare a seconda delle mutevoli situazioni di lavoro e di bisogno che caratterizzano la vita delle persone (rispetto ai quali le recenti norme volte a garantire la portabilità del risparmio previdenziale appaiono del tutto insufficienti). Ma soprattutto, il risultato rischia di essere ancora una volta un sistema calibrato esclusivamente sul modello del *male breadwinner*, con un rapporto di lavoro di lungo periodo e retribuzione elevata, i cui effetti discriminatori cominciano già a emergere; basti considerare che il numero di donne aderenti, secondo i dati Covip, è decisamente inferiore a quello degli uomini (73).

Ancora più delicata e discutibile è la prospettiva più radicale della totale sostituzione della previdenza complementare a quella pubblica. La questione presupporrebbe un ragionamento approfondito sul nesso che lega il sistema di finanziamento alla solidarietà. Sappiamo, infatti, che

---

(70) Amato, Marè, *Il gioco delle pensioni: rien ne va plus?*, Bologna, 2007.

(71) Vedi, da ultimo, Vianello, *Previdenza complementare e autonomia collettiva*, Padova, 2005, p. 2, il quale osserva che il fenomeno della previdenza complementare risulta ora «caricato di inusuali compiti salvifici e [...] invocato taumaturgicamente come rimedio alla crisi del sistema previdenziale pubblico».

(72) Treu, *La previdenza complementare nel sistema previdenziale*, in F. Carinci, M. Bessone (a cura di), *La previdenza complementare*, in F. Carinci (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, IV, Torino, 2004, p. 5.

(73) Secondo la relazione Covip per l'anno 2007, in [http://www.covip.it/RA%202007%20\\_20080624\\_.pdf](http://www.covip.it/RA%202007%20_20080624_.pdf), pp. 198 s., le donne rappresentano il 31,8% (contro il 68,2% degli uomini) degli iscritti ai fondi pensione, [http://www.covip.it/RA%202007%20\\_20080624\\_.pdf](http://www.covip.it/RA%202007%20_20080624_.pdf).

l'art. 38 Cost. «lascia piena libertà allo Stato di scegliere i modi, le forme, le strutture organizzative ritenute più idonee ed efficienti allo scopo, sempre che la scelta degli stessi sia tale da costituire piena garanzia, per i lavoratori, al conseguimento delle previdenze alle quali hanno diritto, senza dar vita a squilibri e sperequazioni» (74). Ma sappiamo anche che la solidarietà può essere declinata in diversi modi: oltre alla solidarietà intergenerazionale e intercategoriale, che sono le due forme di solidarietà che tradizionalmente sono state utilizzate nel nostro sistema pensionistico, vi è quella dell'intera collettività, realizzata mediante la fiscalità generale – normalmente utilizzata in materia di assistenza –; vi è quella tra classi sociali diverse, come avviene nel caso dell'assicurazione Inail, posta esclusivamente a carico dei datori di lavoro; quella di genere, come avviene quando i lavoratori di sesso maschile concorrono al finanziamento delle prestazioni di maternità. In conclusione la solidarietà può essere realizzata in diversi modi a seconda delle esigenze, degli equilibri e delle scelte di politica sociale e finanziaria. L'unico limite è quello che potremmo definire dell'irrinunciabilità della solidarietà: quale che sia la forma prescelta, al singolo non è consentito chiamarsi fuori, pena l'impossibilità di realizzare l'obiettivo perseguito (75). La nostra Costituzione impedisce, infatti, di affidare la soluzione del problema interamente o parzialmente alla previdenza complementare, sia in forza del principio generale di irrinunciabilità della solidarietà desumibile dall'art. 2 Cost., sia in base al disposto di cui al comma 4 dell'art. 38, che affida a organi e istituti predisposti o integrati dallo Stato il compito di provvedere alla realizzazione dei diritti di *welfare* (76), sia in base ai vincoli di risultato imposti dall'art. 38, comma 2. Infatti, il dilemma tra libertà della previdenza complementare e suo concorso alla realizzazione

---

(74) Corte Cost. 7 febbraio 2000, n. 36; vedi anche Cinelli, *Previdenza sociale e orientamenti...*, cit., p. 99; Giubboni, *I monopoli previdenziali tra diritto comunitario della concorrenza e principi solidaristici della Costituzione. Convergenze «pratiche» e conflitti «teorici»*, in *Arg. dir. lav.*, 2000, pp. 685 ss., e spec. p. 704; per un riepilogo del dibattito sia consentito rinviare a Bonardi, *Solidarietà versus concorrenza: la Corte di Giustizia si pronuncia a favore del monopolio Inail*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, II, p. 462.

(75) È questa la ragione per cui la Corte di Giustizia Ce ha ritenuto legittimo il monopolio Inail. Cfr. Corte di Giustizia Ce 22 gennaio 2001, C-218, *Cisal* di Battistello Venanzio, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, II, p. 462.

(76) Sul ruolo dello Stato, oltre agli Autori citati alla nota 74, vedi Balandi, «Pubblico», «privato» e principio di sussidiarietà nel sistema del *welfare state*, in *q. Riv.*, 1998, I, p. 214; Andreoni, *Diritti sociali e diritti economici nella Costituzione della repubblica. A proposito dei referendum radicali*, in *q. Riv.*, 2000, I, pp. 25 ss., e spec. p. 39.

dei mezzi adeguati alle esigenze di vita, di cui parla l'art. 38, comma 2, Cost., pare tuttora, e nonostante l'avallo della Corte Costituzionale (77), irrisolto.

Per altro verso, non si può non osservare come sia mancato nel nostro paese un approfondito dibattito sulle potenzialità dei sistemi misti, nei quali almeno una quota della prestazione pensionistica pubblica sia finanziata mediante un sistema che opera a capitalizzazione (78). È questo il senso della riforma avvenuta in Svezia, dove una parte della previdenza obbligatoria è ora gestita a capitalizzazione attraverso un sistema di cooperazione tra pubblico e privato che riduce i costi amministrativi dei fondi pensione e i rischi di cattiva gestione (79).

6. — *Quale futuro per il sistema di welfare: il Libro verde sul futuro del modello sociale* — Si è rilevato, nell'introduzione, che sussiste una stretta connessione tra *welfare* e discriminazioni, e si è cercato, attraverso alcuni esempi significativi, di individuare le ragioni che sono alla base della persistenza delle discriminazioni nell'accesso al *welfare* e al contempo dei limiti che questo incontra nell'eliminazione delle disuguaglianze fondate su motivi discriminatori. L'analisi e le riflessioni svolte in questo saggio ci rimandano all'immagine di un sistema ancora anacronisticamente disegnato sul lavoratore assunto a tempo pieno e indeterminato, o comunque avente un reddito sufficiente non solo ad assicurare a sé e alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa, ma anche ad autofinanziare — attraverso il sistema dei riscatti e della contribuzione volontaria — la propria posizione previdenziale nel sistema obbligatorio e, ancora, a realizzare un ulteriore risparmio da investire nella previdenza complementare. Si tratta, evidentemente, di un modello di persona che non rispecchia la situazione attuale della classe lavoratrice e che, chiaramente, ancor meno rispecchia la situazione dei gruppi storicamente svantaggiati, e per questo oggetto della tutela del diritto antidiscriminatorio.

(77) Corte Cost. 28 luglio 2000, n. 393; per un riepilogo delle diverse posizioni dottrinali sul punto sia consentito rinviare a Bonardi, *Tassonomie, concetti e principi della previdenza complementare*, in Tursi (a cura di), *La nuova disciplina della previdenza complementare (d.lgs. 5 dicembre 2005, n. 252)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2007, p. 552.

(78) Afferma che i paesi che si sono impegnati per il passaggio dalla ripartizione alla capitalizzazione hanno dimostrato di poter fare fronte al reperimento delle risorse necessarie senza scaricare i costi interamente sugli assicurati Natali, *Vincitori e perdenti...*, cit., p. 93.

(79) Vedi Natali, *Vincitori e perdenti...*, cit., p. 77.

La conclusione a cui sono giunta è che sia indispensabile ripensare alle forme in cui si manifesta la solidarietà (anche aumentando il finanziamento pubblico) e soprattutto che sia necessario introdurre massicce dosi di flessibilità nel sistema. Occorre, insomma, ridisegnare un modello di *welfare* che appaia maggiormente elastico sia per quanto attiene alle opzioni di accesso (cioè all'età), sia sulle modalità di realizzazione del progetto pensionistico. Un *welfare* che stia al passo delle innovazioni sociali ed economiche del paese non può non tenere conto non solo della de-standardizzazione dei tipi contrattuali, come pure si è iniziato a fare con le più recenti riforme, ma anche della varietà e flessibilità dei percorsi di vita dei singoli, che alternano momenti di lavoro a fasi di formazione, periodi dedicati al lavoro per il mercato e altri dedicati al lavoro fuori dal mercato. Tutte queste fasi devono poter trovare un riconoscimento ai fini dell'accesso al *welfare*, e soprattutto lo devono poter fare in un sistema che non sia oneroso per il singolo e che consenta la possibilità di accedere alle diverse forme di tutela pensionistica secondo il proprio programma di vita e le proprie aspirazioni e necessità (80).

Come è stato osservato, tentare di analizzare le politiche perseguite negli ultimi anni in materia di *welfare* significa «definire gli strumenti della solidarietà» e il «patto che tiene insieme le diverse parti della società» (81). Ma nelle riforme più recenti e nel dibattito che le ha accompagnate è mancata una riflessione a proposito degli effetti sui gruppi e sulle categorie sociali più svantaggiate e storicamente vittime di discriminazione: per quanto attiene alla nazionalità, si è visto, la materia è dominata e pressoché totalmente assorbita dalle questioni connesse al controllo dell'immigrazione. Per quanto riguarda il genere, si sono addirittura fatti passi indietro sul piano pensionistico. Se poi si guarda ad altri gruppi svantaggiati, si può osservare come sia mancata un'analisi in una prospettiva di tutela della disabilità, dove anzi il dibattito sembra ancora stretto tra esigenze di contenimento della spesa assistenziale e lotta ai falsi invalidi. Se poi si passa ad altri fattori quali l'orientamento sessuale, o più semplicemente le scelte di coppia al di fuori del matrimonio, ci si rende conto che la questione dell'accesso ai trattamenti previdenziali non ha nemmeno sfiorato i *policy makers*.

---

(80) Vedi, in argomento, Oliva, Samek Ludovici, Semenza, *La condizione femminile*, in Guerzoni (a cura di), *La riforma del welfare...*, cit., p. 111, secondo le quali «a domande sociali differenziate occorrono risposte di *policy* articolate».

(81) Natali, *Vincitori e perdenti...*, cit., p. 8.

È in questo contesto che si inseriscono gli intendimenti dell'attuale legislatore, manifestati nel *Libro verde sul futuro del modello sociale* e in alcuni recenti provvedimenti legislativi, dei quali non si può non dare sia pure brevemente conto.

Nella parte relativa al *welfare*, che ha il merito di aprirsi con una delle questioni più importanti ma più trascurate negli ultimi tempi – la lotta alla povertà –, si vuole prefigurare un nuovo e più avanzato sistema di *welfare*, «fondato sulla capacità di offrire continuamente opportunità e servizi alla persona», che «sappia coniugare la caratteristica dell'universalità con quella della personalizzazione», che sappia intervenire «nell'intero ciclo di vita – dal concepimento alla morte naturale – in modo da rafforzare l'autosufficienza della persona e prevenire il formarsi del bisogno»: un *welfare* capace «di fornire una risposta globale ai bisogni della persona» (82). Anche a una prima rapida lettura, però, si ha subito l'impressione che si tratti delle buone intenzioni di cui sono lastricate le vie dell'inferno: la tutela contro la povertà – solo quella «assoluta», si badi bene – deve essere riconosciuta solo «a coloro il cui stato di bisogno o la cui età è tale da non consentire che il lavoro sia la doverosa risposta all'indigenza» (p. 13); alla presa in carico del *welfare* «devono corrispondere [...] precise responsabilità della persona» (p. 15), che «risponde in prima istanza da sé al proprio bisogno». Il continuo accento sulla responsabilizzazione del singolo non può non colpire: esso rappresenta, ad avviso di chi scrive, la negazione stessa del concetto di *welfare*; dell'idea, cioè, che il singolo non è da solo in grado di fare fronte a tutte le possibili evenienze negative – peraltro non sempre prevedibili – della vita e che pertanto a esse si debba sopperire attraverso gli strumenti della solidarietà. Conferma di ciò si ha anche se si guarda agli strumenti principali del nuovo, moderno *welfare*: la famiglia, il volontariato, l'associazionismo, ma anche, tra il resto, le parrocchie, le farmacie, gli uffici postali e le stazioni dei Carabinieri. Se il richiamo alla famiglia, all'associazionismo e alla chiesa ci restituisce l'immagine non della modernità, ma degli albori del *welfare*, della carità cristiana e delle società di mutuo soccorso, quelli agli uffici postali e alle stazioni dei Carabinieri non possono che ricordare la vergogna delle ore di fila cui i cittadini extracomunitari sono costretti per il disbrigo delle pratiche amministrative necessarie per il rinnovo del permesso di soggiorno.

La «modernità» del progetto dell'attuale legislatore emerge ancora con più evidenza nei provvedimenti legislativi più recenti e, in partico-

---

(82) Vedi il *Libro verde sul futuro del modello sociale*, pp. 14 e 15.

lare nelle norme in materia di *welfare* contenute nella legge n. 133/08. Mentre nel *Libro verde* si prefigura una società più attiva e un nuovo modello di integrazione socio-sanitaria per le persone anziane, l'unico provvedimento concreto di «politica attiva del lavoro» che viene adottato – chiaramente rispondente all'ottica della responsabilizzazione dei singoli – è l'abolizione del divieto di cumulo tra pensione e lavoro (art. 19, d.l. n. 112/08, convertito in legge n. 133/08). Il provvedimento molto più significativo è però contenuto nel comma 10 dell'art. 20, in base al quale l'assegno sociale «è corrisposto agli aventi diritto a condizione che abbiano soggiornato legalmente, o in via contributiva, per almeno dieci anni nel territorio nazionale». Al di là del poco comprensibile riferimento alla «via contributiva» per un provvedimento di natura assistenziale, la norma appare in contrasto con diverse disposizioni a essa sovraordinate: con la tutela del lavoro italiano all'estero, in primo luogo, perché priva dell'assegno sociale i cittadini che siano ritornati in patria dopo esperienze di lavoro all'estero senza aver maturato una pensione di vecchiaia sufficiente; con il principio della libera circolazione dei lavoratori in ambito comunitario, in quanto priva di tutele tutti i cittadini comunitari che si siano trasferiti negli ultimi dieci anni in altri Stati membri. In questo caso si può rilevare la sussistenza di una discriminazione indiretta per nazionalità vietata dal Diritto comunitario. La norma, infatti, è destinata ad avere un impatto maggiore sui cittadini degli altri Stati membri rispetto agli italiani, senza che siano dimostrate l'adeguatezza e proporzionalità del mezzo prescelto rispetto al fine perseguito: fine della cui legittimità è d'altra parte lecito dubitare, essendo ben difficile che risulti estraneo a qualsiasi intento discriminatorio. Trattandosi, tra l'altro, di un divieto di discriminazioni sancito direttamente dal Trattato Ce, il giudice nazionale ha l'obbligo di disapplicare l'art. 20, comma 10, d.l. n. 112/08. Un ulteriore profilo di contrasto si rileva, infine, con riferimento all'art. 11 della Direttiva n. 2003/109/Ce del 25 novembre 2003 relativa allo *status* dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo, che assicura a tali cittadini la parità di trattamento anche per quanto riguarda «le prestazioni sociali, l'assistenza sociale e la protezione sociale» (comma 1, lett. *d*). Infine, la disposizione costituisce una discriminazione indiretta per nazionalità anche nei confronti dei cittadini non comunitari, in contrasto con l'art. 14 Cedu e, se è vero quanto rilevato al par. 2. sulla necessità di interpretare l'art. 3 Cost. conformemente ai principi internazionali, anche con il divieto di discriminazioni sancito dalla nostra Carta fondamentale.



*Luigi de Angelis* (\*)

IL DANNO DA DISCRIMINAZIONI  
TRA RISARCIMENTO E SANZIONE CIVILE (\*\*)

SOMMARIO: 1. Premessa: difficoltà interpretative e mancanza di un sistema unitario delle discriminazioni. — 2. Risarcimento del danno e discriminazioni di genere. — 3. Risarcimento del danno e altre discriminazioni. — 4. Costituzionalità e compatibilità comunitaria della disciplina in questione.

1. — *Premessa: difficoltà interpretative e mancanza di un sistema unitario delle discriminazioni* — La normativa nazionale in materia di discriminazioni, che ha preso le mosse dall'art. 15, legge n. 300 del 1970, si è per anni incentrata sulle discriminazioni di genere (vedi legge n. 903 del 1977, legge n. 125 del 1991, d.lgs. n. 196 del 2000). Anche sulla spinta comunitaria, ha poi progressivamente allargato il suo raggio e si è fatta via via più incisiva, fino a sfociare nella legislazione delegata del 2003 (d.lgs. nn. 215 e 216 del 2003), e, da ultimo, nel codice delle pari opportunità tra uomo e donna del 2006 (d.lgs. n. 198 del 2006).

Si è trattato di un impegno regolativo notevole, pur se non è stato premiato da un alto tasso d'effettività sul piano giudiziario.

Sulle ragioni di ciò non è questa la sede per indagare. Rilevo, piuttosto, che la disciplina in materia appare afflitta da imprecisioni lessicali, contraddizioni, difetti di coordinamento, persino richiami a leggi non più in vigore (vedi art. 38, comma 1, d.lgs. n. 198, cit., e il riferimento all'art. 5, legge n. 903, cit., ivi contenuto).

Ho voluto sottolinearlo non certo per ridurre a questo la spiegazione dello scarso uso giudiziario degli strumenti messi a disposizione dall'ordinamento, né tanto meno per inviare inutili e non appas-

---

(\*) Consigliere della Sezione lavoro della Corte d'Appello di Milano.

(\*\*) Messa per iscritto della relazione orale dell'Autore all'incontro di presentazione del volume *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, a cura di M. Barbera, Giuffrè, Milano, 2007, organizzato dall'Associazione giuslavoristi italiani, Sezione della Lombardia, e dall'Università degli Studi di Milano (Milano, 26 novembre 2007). L'origine del lavoro spiega la mancanza di note.

sionanti strali contro la legge malfatta, ma per dire che mai come in questo caso si sarebbe portati a non prendere sul serio la lettera della legge. Come però un giurista non può permettersi: il testo esiste e non si può ignorare, come non si possono trascurare le differenze che risultano dalla comparazione con altri enunciati, alcuni dei quali, peraltro, introdotti quando i precedenti erano da tempo in vigore e nella piena contezza di essi. In tale linea, penso poi che lo sforzo interpretativo debba essere orientato nel senso di dare agli enunciati una qualche utilità: all'approdo di ritenerle superflue deve giungersi solo quando sia stato vano qualsiasi sforzo per dare loro un significato normativo.

La *ratio* di tutela delle varie disposizioni non fornisce poi un grande contributo ermeneutico, lasciando aperto il problema del *come* e del *quanto* della tutela medesima. Il processo interpretativo è altresì complicato dall'essere molto difficile fare appello al sistema, e quindi all'interpretazione sistematica, a fronte di interventi legislativi succedutisi nel tempo lungo una linea a *zig zag*: se guardiamo alle discriminazioni represses dal Testo Unico delle immigrazioni, a quelle per ragioni di razza e di origine etniche, alle altre per ragioni di *handicap*, età, orientamento sessuale e convinzioni personali, alle discriminazioni *porta bandiera* delle discriminazioni di genere, rinveniamo modelli processuali notevolmente differenti tra di loro e «a gruppi», differenti giudici competenti a conoscere dei rimedi, discipline sensibilmente, e incontestabilmente, diverse anche laddove si utilizzano forme analoghe di tutela, diverso regime della prova: per esemplificare, l'azione sommaria non cautelare prevista per le discriminazioni di genere è costruita sul paradigma dell'art. 28, legge n. 300 del 1970, pur con notevoli diversità con riguardo alla legittimazione attiva, mentre per le altre è previsto un procedimento *a sé* ancor più semplificato e deformalizzato, analogo a quello che adotterà il legislatore del 2006 per il procedimento cautelare unificato; il provvedimento sommario del primo giudice è impugnabile, per le discriminazioni represses dal Testo Unico sull'immigrazione, con reclamo avanti il giudice superiore; nelle sole discriminazioni collettive di genere il piano di rimozione è obbligatorio e non discrezionale per il giudice; in riferimento a queste ultime discriminazioni, e non per le altre, è previsto l'alleggerimento del carico probatorio ecc... (a proposito: è utile segnalare che la Commissione europea ha aperto una procedura d'infrazione nei confronti del nostro paese, e che, per porvi rimedio, nel cd.

Progetto Foglia di riforma del processo del lavoro è prevista una regola estensiva dell'alleggerimento predetto).

Sembra allora azzardata un'operazione ricostruttiva del sistema, o sotto-sistema, delle discriminazioni *tout court* al quale ricorrere in chiave interpretativa, ed è altresì poco produttiva, sempre in tale chiave, lo si vedrà, l'utilizzazione del Diritto costituzionale o del Diritto comunitario. Appare invece corretto accontentarsi di fare piuttosto ricorso al micro-sistema delle singole discriminazioni.

2. — *Risarcimento del danno e discriminazioni di genere* — Fatta questa premessa, mi accingo a trattare della tutela risarcitoria: uno degli aspetti meno frequentati del tema del contrasto giuridico delle discriminazioni e per il quale le varie disposizioni presentano, appunto, sensibilissime differenze testuali.

Stabilisce l'art. 38, comma 1, d.lgs. n. 198 del 2006, che in sede di azione individuale contro le discriminazioni di genere, sommaria e ordinaria, il Tribunale, se ritenga sussistente la violazione di cui al ricorso, oltre a ordinare all'autore di cessare il comportamento denunciato e di rimuovere gli effetti, provvede, «se richiesto, al risarcimento del danno anche non patrimoniale, nei limiti della prova fornita». Analoga pronuncia emette, e su analoghi presupposti, in caso di azione pubblica sommaria e ordinaria, per quest'ultima, però, non essendo fatto riferimento, nel testo dell'art. 37, comma 3, a tali limiti.

La necessità che debba essere fornita la prova del danno, patrimoniale e non patrimoniale, e che questo vada riconosciuto entro tali limiti, fa, innanzitutto, comprendere inequivocamente che si tratti di risarcimento in senso stretto, e non di sanzione civile.

È questa la prima utilità di una disposizione che alla luce del generale principio di risarcibilità dei danni, contrattuali o extracontrattuali che siano, potrebbe sembrare superflua.

A tale utilità si aggiunge l'altra: di consentire l'esperibilità dell'azione risarcitoria, appunto, anche nella sede sommaria.

*Nei limiti della prova fornita*, dicevo. Si tratta di prova che potrà scontare la sommarietà e l'ordinarietà della cognizione, nel senso che i risultati raggiunti nel procedimento sommario, se non resi definitivi dalla mancata tempestiva opposizione, possono essere posti in discussione a trecentosessanta gradi nel successivo giudizio ordinario: quindi anche con riguardo alla quantificazione del danno. Non a caso, del resto, appunto l'inciso «nei limiti della prova fornita» è contenuto pure in sede

d'azione sommaria inerente le discriminazioni collettive (art. 37, comma 4), ma non in sede d'azione ordinaria (art. 37, comma 3), per la quale deve però valere la regola generale.

L'identità dell'inciso rispetto all'altro prima evidenziato, e anche questa volta esigenze di razionalità micro-sistematica, inducono a riconoscere la medesima natura al danno in parola, e quindi quella di risarcimento in senso stretto.

Vi è poi un altro profilo di utilità – e, se si vuole, di specialità – della disposizione, ed è che dalla perentorietà del disposto sembra ricavarsi che il risarcimento prescinda dalla imputabilità soggettiva dell'evento dannoso, ai fini risarcitori, all'autore della discriminazione. Un corposo, autorevole e condivisibile orientamento dottrinale è del resto in tale direzione con riguardo al tema della generale responsabilità da inadempimento. La normativa in esame pare però stabilire lo stesso per la responsabilità aquiliana, che assume particolare rilevanza per le discriminazioni estranee alla materia del lavoro, anch'esse coperte dalla legislazione speciale.

Sicché, verificatasi appunto la discriminazione – la cui nozione, lo si ricorda, si è sempre più caratterizzata per connotazioni oggettive – e derivatone un danno, questo va risarcito senza che siano richiesti dolo o colpa, variamente intesi, dell'autore.

Penso, invece, che non possa rinvenirsi un'ulteriore utilità nello sganciarsi, dei danni, in particolare quelli non patrimoniali, dai danni risarcibili alla stregua delle regole generali, dalle quali sono palesemente presupposti: per intenderci, le disposizioni in materia di discriminazione non consentono il risarcimento di danni non patrimoniali costruiti al di là dei diritti costituzionali di protezione della persona, nei cui confini si muove l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale in argomento. Questo però fa a un tempo capire come la disciplina risarcitoria abbia come bene tutelato anche siffatti diritti.

A proposito delle discriminazioni di genere collettive si pone però un delicato problema d'individuazione del danno in questione.

La natura pubblica dell'azione – è elevato a interesse generale l'interesse a che non siano attuate discriminazioni di genere – fa ritenere che il danno non riguardi i singoli soggetti discriminati, tanto è vero che questi, come recita l'art. 37, comma 1, possono anche non essere neppure identificabili in modo immediato e diretto. Il pregiudizio sembra piuttosto essere quello subito da tale interesse per effetto dell'atto, fatto, comportamento discriminatorio; pregiudizio patrimonial-

le (ad esempio, le spese affrontate dal consigliere o consigliera di parità per rilevamenti statistici utilizzati), e non patrimoniale, pure, quest'ultimo, di difficile ricorribilità in concreto (si pensi a una molestia, sessuale o meno, collettiva, ad esempio, attuata mediante un manifesto, per definizione considerata discriminazione e lesiva della dignità di coloro che la subiscono). Non sono presenti, del resto, nella disposizione, segnali normativi di sorta che affidino all'istituzione la cura processuale degli interessi dei singoli, ai quali appartiene, in forza dell'art. 24 Cost. e degli artt. 99 ss. cod. proc. civ., anche la tutela processuale del ristoro dei danni, patrimoniali e non, derivanti dalle discriminazioni che li hanno colpiti sia pure in uno con altri lavoratori.

Va ancora messo in luce, pur non avendo il rilievo di valenza interpretativa, che, ove si ritenesse che il risarcimento del danno dei singoli possa essere azionato dall'istituzione e dagli stessi, si porrebbero complicate questioni sia con riguardo ai poteri, sempre sul piano risarcitorio, della consigliera e del consigliere contro le (anche, per ipotesi, diversificate tra di loro) discriminazioni dei singoli, sia con riguardo al coordinamento di eventuali, diversificate azioni individuali, sia con riguardo alla partecipazione dei singoli al procedimento *ex art.* 37.

Nel concludere sul punto, è il caso di sottolineare come la prova del danno derivante dalle discriminazioni di genere, individuali e collettive, vada fornita secondo le regole generali, ivi comprese quelle inerenti le presunzioni e il fatto notorio (cfr. la notissima Cass. 24 marzo 2006, n. 6572), non potendosi invece utilizzare l'alleggerimento probatorio di cui all'art. 4, comma 6, legge n. 125 del 1991, inerente l'esistenza di atti, fatti e comportamenti discriminatori, e solo essi.

3. — *Risarcimento del danno e altre discriminazioni* — Il Testo Unico dell'immigrazione, con riguardo alle discriminazioni per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, prevede che «con la decisione che chiude il giudizio il giudice può altresì condannare il convenuto al risarcimento del danno, anche non patrimoniale». Nessun riferimento è qui fatto alla prova del danno e ai suoi limiti; non vi è altresì cenno alla necessità della richiesta dell'interessato; il «può condannare» è usato in luogo della perentorietà («oltre a provvedere») del testo relativo alle discriminazioni di genere; la condanna è riferita alla *decisione che definisce il giudizio*. Infine, il risarcimento è previsto solo per l'azione individuale e non per quella pubblica.

Una struttura e una tecnica testuale, quindi, diversissima da quella esaminata in precedenza. Ebbene, se si deve tenere conto di tutto ciò e dare una qualche credibilità alle parole, la disposizione va interpretata nel senso che introduce una sanzione civile. Parrebbe, poi, che possa statuire in punto solo il giudice che decide il reclamo, e ciò non tanto per la topografia della disposizione (è collocata dopo il comma 6, che tale reclamo prevede), quanto perché è solo la decisione in sede di reclamo che, nel modello procedimentale di cui all'art. 44, chiude il *giudizio* (si badi bene, non il procedimento o la fase), mentre si può considerare conclusivo il provvedimento di prime cure solo *a posteriori*: cioè quando non opposto. In tale logica, il danno, patrimoniale o non patrimoniale, appare allora solo un parametro della sanzione.

L'utilizzazione del risarcimento del danno come sanzione civile (il *punitive damage* degli ordinamenti di *common law*), al primo incontro con la quale, pure, la giurisprudenza di legittimità (vedi Cass. 19 gennaio 2007, n. 1183) si è dimostrata, secondo un commentatore, «pregiudizialmente ostile», non è del resto nuova nel Diritto del lavoro: non mi riferisco al risarcimento di cui all'art. 18, legge n. 300 del 1970, che solo un'impostazione nettamente minoritaria inquadrò nella figura dell'*astreinte*, ma a una disposizione abbastanza recente, l'art. 8, comma 2, d.lgs. n. 61 del 2000, quale sostituito dall'art. 46, d.lgs. n. 276 del 2003, laddove prevede che, per il periodo antecedente alla pronuncia con cui il giudice determina le modalità temporali di svolgimento della prestazione lavorativa a tempo parziale in caso di omissione, nel contratto, della collocazione temporale dell'orario, il lavoratore abbia diritto, in aggiunta alla retribuzione dovuta, appunto al risarcimento del danno. Nella direzione della sanzione civile sembra muoversi altresì il risarcimento previsto dal comma 3 dello stesso articolo per il caso di violazione da parte del datore di lavoro del diritto di precedenza di cui all'art. 5, comma 2, d.lgs. n. 61 del 2000, cit.

È vero che nell'ipotesi che qui interessa è presente la puntualizzazione del risarcimento come patrimoniale e come non patrimoniale, e che non è invece previsto che la liquidazione del medesimo debba essere equitativa, come invece è detto nell'art. 8, comma 2, cit., né che essa sia normativamente determinata (nella misura della differenza fra l'importo della retribuzione percepita e quella che sarebbe spettata al lavoratore a seguito del passaggio a tempo pieno nei sei mesi successivi al passaggio stesso), come è stabilito dall'art. 8, comma 3; ma è pur vero che questo

non appare sufficiente a infirmare la conclusione che il risarcimento sia solo un parametro di determinazione della sanzione.

Ciò vale *a fortiori* con riguardo alla decretazione legislativa del 2003 inerente le altre discriminazioni, che stabilisce che il giudice provvede, se richiesto, al risarcimento del danno anche non patrimoniale, e non precisa che ciò debba avvenire nei limiti della prova fornita, e che aggiunge poi anche che, ai fini della liquidazione del medesimo, debba tenersi conto del carattere ritorsivo a una precedente azione giudiziaria ovvero ingiustamente reattivo a una precedente attività del soggetto leso volta a ottenere il rispetto del principio di parità di trattamento. Il che è palesemente fuori dalla logica di ristoro del pregiudizio subito, *id est* del risarcimento del danno in senso stretto, e guarda, piuttosto che alle conseguenze dell'atto, fatto o comportamento, alle ragioni del medesimo, in una logica repressiva e compulsiva propria della sanzione (civile).

Con riguardo al Testo Unico sull'immigrazione vanno però fatti altri due rilievi:

il primo è che la mancanza del riferimento alla richiesta della parte, al fine di provvedere al risarcimento, non esclude che debba essere applicato il principio della domanda: si tratta pur sempre di una sanzione civile e non di una sanzione amministrativa;

il secondo rilievo è che la frase «può altresì condannare» esprime che il giudice ha il potere discrezionale di infliggere o non infliggere la sanzione, in ciò tenendo conto delle peculiarità della singola vicenda.

Circa i decreti legislativi del 2003, va invece messo in luce che la statuizione sanzionatoria viene questa volta riferita al provvedimento che accoglie il ricorso, diversamente da quanto dice il Testo Unico sull'immigrazione.

4. — *Costituzionalità e compatibilità comunitaria della disciplina in questione* — Dalle considerazioni che precedono emerge una tutela risarcitoria variamente articolata e strutturata con riguardo alle diverse discriminazioni, che, lo accennavo, rende difficilmente praticabile la via di ricostruire un sistema della tutela antidiscriminatoria, ma cui importa più modestamente di muoversi all'interno del micro-sistema delle singole discriminazioni.

C'è ora da chiedersi se la tutela – ripetesi, diversificata per le varie discriminazioni – sia compatibile con il Diritto comunitario, e se questo possa dare un contributo interpretativo in materia.

In proposito, sottolineato che i criteri cardine dell'effettività, della proporzionalità e della dissuasività, emergenti da alcune pronunce della Corte di Giustizia, vadano valutati tenendo conto della tutela complessiva assicurata dagli ordinamenti nazionali, penso che debba risponderci positivamente al primo quesito. In particolare, quanto al risarcimento del danno, dalle decisioni di Lussemburgo emerge che effettività, proporzionalità e dissuasività sussistano laddove sia ristorato il pregiudizio *subìto*. Come con riguardo ad altri settori – si pensi al sistema sanzionatorio in tema di successione illegittima di contratti a termine –, il Diritto comunitario si accontenta di considerare sanzione, ed effettiva e proporzionata, appunto, il ristoro del pregiudizio subìto, che pure, secondo note impostazioni teoriche, sanzione in senso stretto non è.

Il che è appunto assicurato dalla nostra disciplina, che, con riguardo ad alcuni motivi di discriminazione, assicura qualcosa, forse, di più incisivo.

Non vi è poi alcun obbligo di sanzionare in modo identico tutti i motivi di discriminazione. La diversità di essi può far collocare, nei diversi momenti storici, i vari motivi di discriminazione in una scala di valori, appunto, differenziata, e far individuare i regimi sanzionatori in ragione delle peculiarità dei motivi stessi. In tale logica le diversità di trattamento appaiono giustificate e quindi legittime: non a caso nel nostro ordinamento la stessa area di tutela si è allargata *in progress*.

D'altronde, per quel che può valere, è solo nella Carta di Nizza, sottoscritta l'11 dicembre 2007 e inserita nel Trattato approvato a Lisbona il giorno successivo ma non entrato ancora in vigore, che è espressamente sancito il principio generale di non discriminazione (art. 21, comma 1: «È vietata qualsiasi forma di discriminazione, fondata, in particolare...», su di una serie di motivi la cui elencazione non è tassativa), anche se esso è stato però enunciato, tra le perplessità di parte della dottrina, quale principio generale comunitario avente fonte in vari strumenti internazionali e nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri – non, invece, nella Direttiva n. 2000/78 – nella sentenza *Mangold* della Corte di Giustizia (22 novembre 2005, causa C-144/04, spec. punti 74 e 76).

La diversità delle situazioni, infine, è noto, legittima differenti discipline alla stregua dell'art. 3, comma 1, Cost.