



HAL
open science

La politica anti-discriminatoria dell'Unione Europea

Daniel Borrillo

► **To cite this version:**

Daniel Borrillo. La politica anti-discriminatoria dell'Unione Europea. Stefano Fabeni; Maria Gigliola Toniollo. La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, Edisse, 2005, 88-230-1029-2. hal-01236502

HAL Id: hal-01236502

<https://hal.science/hal-01236502>

Submitted on 1 Dec 2015

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Saggi

La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale

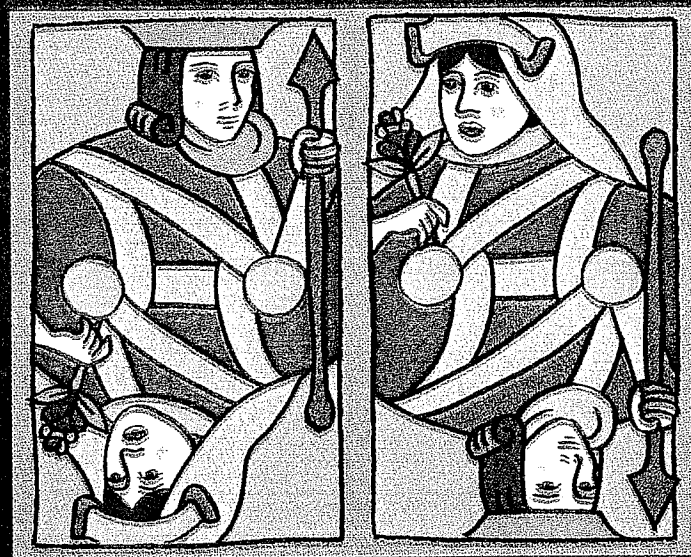
L'ATTUAZIONE DELLA DIRETTIVA 2000/78/CE
E LA NUOVA DISCIPLINA PER LA PROTEZIONE
DEI DIRITTI DELLE PERSONE OMOSESSUALI
SUL POSTO DI LAVORO

a cura di

Stefano Fabeni e Maria Gigliola Tomiolo

prefazione di

Guglielmo Epifani



EDIESSE

La politica anti-discriminatoria dell'Unione Europea

Daniel Borrillo*

Introduzione

L'Europa rappresenta «la sola avventura politica di ampio respiro in questa fine del secolo»¹. Avventura economica all'inizio, essa è divenuta in egual misura un'avventura di cittadinanza. Con l'Atto Unico Europeo del 1986, il Trattato di Maastrich del 1992 e quello di Amsterdam del 1997, le fondamenta legali di un intervento politico sembrano ormai consolidate. La tensione tra un modello di integrazione realizzato attraverso il mercato, che sta a base di un'impostazione economicista, e il modello sociale che privilegia la coesione attraverso l'intervento della legge, è risolta dalla scelta attuale che consiste nel rendere compatibile la legge del mercato con i diritti fondamentali². Lo specifico campo di intervento definito attraverso le azioni anti-discriminatorie rappresenta uno spazio nuovo nell'ambito del quale risulta più agevole conciliare le tre grandi tradizioni che, in materia di occupazione e di diritti sociali, alimentano la politica dell'Unione. Fra il sistema anglo-sassone di impronta liberale, la tradizione continentale basata sull'intervento statale diretto e il modello scandinavo del dialogo sociale permanente (ma senza l'intervento diretto del potere centrale), la lotta contro le discriminazioni consente di definire un terreno comune in cui la società civile, i sindacati, gli attori economici e le amministrazioni degli Stati membri possano dialogare e realizzare risultati conformi alle loro proprie culture. Coerentemente con questa impostazione, il trattato di Amsterdam ha fornito la base giuridica all'intervento comunitario in materia di lotta contro le discriminazioni.

* Professore incaricato di Diritto privato nell'Università di Parigi X, ricercatore associato al CERSA/CNRS, Università di Parigi II.

[Questo capitolo è una versione aggiornata e completata di quello apparso nell'opera collettiva diretta da Daniel Borrillo, *Lutter contre les discriminations*, La Découverte, Parigi, 2003].

¹ D. Wolton, *La dernière utopie*, Flammarion, Parigi, 1993.

² Nel 1995 il Comitato dei saggi sui diritti fondamentali osservava: «l'inclusione dei diritti civili e sociali nei Trattati vuole aiutare (...) evitare la percezione di un'esistenza dell'Europa determinata da una burocrazia espressione di élites tecnocratiche lontano dagli interessi quotidiani» Commissione «Per un'Europa dei diritti civili e sociali, rapporto del Comitato dei saggi», Lussemburgo, OCEC, 1996.

Ispirato ai precedenti relativi all'uguaglianza tra uomo e donna, e a quella dei cittadini dell'Unione Europea, l'articolo 13 del trattato mette fine a una lunga controversia sul fondamento politico e giuridico dell'intervento europeo nell'azione anti-discriminatoria³. Ridurre le discriminazioni permetterà così non solo di favorire la libera concorrenza, non falsata cioè da comportamenti irrazionali degli attori economici (vittime di pregiudizi), ma anche di assicurare lo sviluppo delle potenzialità dell'insieme degli attori del mercato. E, come osserva Olivier De Schutter, anche se «un tale argomento non compare più nei lavori preparatori delle direttive basate sull'articolo 13», e «non se ne ritrova alcuna traccia nei Preamboli»⁴, il Trattato di Amsterdam tenta di conciliare sviluppo economico e piena occupazione (titolo VIII) favorendo la più ampia partecipazione al mercato del lavoro attraverso la via dell'integrazione sociale⁵. In questo modo, il dispositivo egualitario dell'Unione Europea, previsto dal vecchio articolo 119 (attuale articolo 141) sull'uguaglianza tra uomini e donne nel lavoro⁶, si completa con l'articolo 13 che recita: «Senza pregiudizio di altre disposizioni del presente trattato e nei limiti delle competenze che esso conferisce alla Comunità, il Consiglio, decidendo all'unanimità su proposta della Commissione e dopo consultazione del Parlamento Europeo, può adottare le misure necessarie per combattere qualsiasi discriminazione basata sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le idee, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale».

Ormai, e nel senso di ciò che Svein Andersen e Kjell Eliassen chiamano «l'europeizzazione delle politiche pubbliche», la lotta contro le discriminazioni rappresenta un esempio paradigmatico di un nuovo spazio politico in via di formazione⁷. Come sottolineano questi autori, prima ancora di essere un luogo di decisione, l'Europa appare sempre più come luogo di dibattito, cioè come lo spazio strategico in cui sono formulati i problemi e definita la tavola delle soluzioni; «essa fissa il quadro delle idee e delle norme che determinano i grandi orientamenti delle politiche pubbliche».

L'articolo 13 e le direttive che lo rendono operante danno vita a una nuova azione comunitaria in materia di uguaglianza che rappresenta la soglia minima alla quale l'insieme degli Stati membri deve ottemperare. L'orizzonte dell'Unione Europea è modesto: non si tratta tanto di raggiungere una reale uguaglianza ma piuttosto di creare le condizioni per una vera uguaglianza delle opportunità

³ È soprattutto grazie all'azione del Parlamento europeo e delle organizzazioni non governative che l'Unione Europea si è dotata di competenze specifiche in questo campo.

⁴ De Schutter O., *Discrimination e marché du travail. Liberté et égalité dans les rapports d'emploi*, Presses Interuniversitaires Européennes - Peter Lang, Bruxelles, 2001.

⁵ Si veda in questo senso *l'Agenda Sociale Europea*, approvata dal Consiglio europeo di Nizza, 7-9 dicembre 2000.

⁶ Non bisogna dimenticare che questo articolo fu introdotto su richiesta della Francia nel timore che la protezione accordata ai lavoratori salariati francesi si potesse ritorcere contro le proprie imprese mettendo il paese in una condizione di minore concorrenzialità (si veda la sentenza *Defrenne* CGCE 8 aprile 1976).

⁷ Per un'analisi generale della costruzione delle politiche pubbliche europee si veda Muller P., *La mutation des politiques publiques européennes*, in *Pouvoirs*, n. 69, 1994.

attraverso la via di un'efficace politica di lotta contro le discriminazioni, e ciò non soltanto nel caso in cui la volontà di discriminare sia provata (discriminazione diretta) ma anche nelle situazioni in cui, a prescindere dalla volontà di discriminare, si verificano effetti concreti, di natura arbitraria, che mettono un individuo o un gruppo di individui in una condizione di svantaggio (discriminazione indiretta). Misure comunitarie di lotta contro le discriminazioni esistevano tuttavia già ben prima del trattato di Amsterdam, il quale le ha però rafforzate ed estese a situazioni nuove.

La nostra analisi si sviluppa lungo due importanti assi, uno analitico e l'altro critico, al fine, da una parte, di rappresentare lo stato politico-giuridico degli spazi di intervento, e di interrogarci, dall'altra, sulla portata delle misure messe in atto e sulla loro reale efficacia. Non analizzeremo le differenti politiche tra gli Stati membri, meritando solo tale studio comparato una specifica trattazione⁸. Non affronteremo neanche i programmi del Consiglio d'Europa, né le decisioni della Corte europea per i diritti dell'uomo. Ci occuperemo esclusivamente degli strumenti politici e giuridici predisposti dalle autorità dell'Unione Europea.

Stato degli spazi di intervento e analisi delle politiche di lotta contro le discriminazioni

A un primo interrogativo concernente l'azione dell'Unione Europea in materia di uguaglianza e di lotta contro le discriminazioni, occorre rispondere in modo un po' brutale ma realistico: l'Unione Europea fa quel che può fare. In quest'ambito, come anche negli altri, l'azione europea è limitata politicamente dal principio di sussidiarietà il quale stabilisce che nei campi in cui la competenza comunitaria non è esclusiva, l'UE non interviene «se non nella misura in cui gli obiettivi dell'azione decisa non possano essere realizzati in maniera sufficiente dagli Stati membri e possano dunque, in ragione delle dimensioni e degli effetti dell'azione medesima, essere meglio realizzati a livello comunitario». Lo stesso testo dell'articolo 13 ci ricorda: «... nei limiti delle competenze che (il trattato CE) conferisce alla Comunità ...». La competenza comunitaria delimita così lo spazio nel quale l'Unione Europea può intervenire. Negli allegati al trattato di Amsterdam e in coerenza con le regole di sussidiarietà e di proporzionalità, la Commissione giustifica il suo intervento con argomenti riferiti all'obiettivo comunitario di un mercato del lavoro egalitario che permetta «l'inserimento professionale delle persone»⁹ e «lo sfruttamento del loro potenziale

⁸ In merito alla presentazione e alla valutazione delle politiche nazionali si veda: Commissione europea, Direzione Occupazione e affari sociali, *Rapporto delle disposizioni giuridiche degli Stati membri per combattere la discriminazione*, Bruxelles, 2000. Sulle discriminazioni razziste si veda il rapporto dell'Osservatorio europeo dei fenomeni razzisti e xenofobi, 2000 (<http://eumc.eu.int>).

⁹ Documento della Commissione europea, *Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle Regioni concernente un certo numero di misure comunitarie di lotta contro le discriminazioni*, 25 novembre 1999.

in termini economici e sociali»¹⁰. Tuttavia, essa non esita a fare riferimento ai diritti dell'uomo, e colloca nello stesso tempo la sua azione «morale» sotto l'autorità della *Carta europea dei diritti fondamentali*, lasciando così una porta aperta per nuovi interventi. I campi del lavoro e dell'occupazione rappresentano gli spazi privilegiati dell'intervento. È in quest'ambito che tutte le cause prime di discriminazione che vanno dal sesso all'orientamento sessuale, passando per razza, disabilità o religione, trovano una sanzione esplicita¹¹.

L'intensità dell'intervento comunitario dipende dalle «categorie»¹² protette. Storicamente sono i cittadini di paesi europei in altri paesi membri che, con le donne, hanno costituito i due «gruppi» protetti dal diritto comunitario. In effetti, l'Europa ha dato assai presto una base giuridica all'azione politica relativa all'uguaglianza tra uomini e donne nel mercato del lavoro. L'uguaglianza di trattamento dei lavoratori nell'ambito comunitario ha ugualmente costituito un principio di azione politica affermato nei trattati costitutivi della CEE. Inoltre, al di là della protezione generale dell'articolo 12, l'articolo 39(2) garantisce il diritto alla libera circolazione nello spazio europeo. Ancora, il regolamento 1612/68 e la direttiva 68/360 del 1968 stabiliscono che in ciascun paese della Comunità i lavoratori dei paesi membri debbano godere degli stessi benefici sociali e fiscali dei lavoratori di quel paese. Fino alla firma del Trattato di Amsterdam sono state praticamente queste le due situazioni che hanno trovato una protezione giuridica nel diritto comunitario. Altre ragioni di discriminazione venivano formalmente condannate, ma tale condanna non comportava un intervento costrittivo delle autorità comunitarie. La discriminazione fondata sull'handicap rappresentava una di queste situazioni vietate. In effetti, il 21 dicembre 1981 il Consiglio aveva approvato una Risoluzione concernente l'integrazione sociale dei disabili, a cui erano seguite numerose altre risoluzioni, decisioni e raccomandazioni orientate nella stessa direzione. Tuttavia, prima della direttiva 2000/78 gli Stati membri restavano del tutto liberi di adottare o meno delle misure di protezione nei confronti delle persone disabili.

Affrontata principalmente sotto il profilo pensionistico, allo stesso modo, la discriminazione fondata sull'età ha presto costituito una preoccupazione per la Comunità. Dal 1982 una raccomandazione del Consiglio e due rapporti della

¹⁰ «Scheda di valutazione sull'impatto della proposta sulle imprese e, in particolare, sulle piccole e medie imprese» allegata alla proposta di direttiva relativa alla messa in opera del principio di uguaglianza di trattamento fra le persone senza distinzione di razza o di provenienza etnica, 1999.

¹¹ Direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, *GUCE*, L 303 del 2/12/00, p. 16.

¹² Si utilizzano indistintamente i termini «categorie», «cause», «situazioni», «gruppi» per fare riferimento ai differenti fenomeni legati a un individuo o a un insieme di individui definiti a priori o a posteriori attraverso le norme, le pratiche, i soggetti privati o pubblici come anche le istituzioni, che si trovano all'origine di un trattamento discriminatorio.

in termini economici e sociali»¹⁰. Tuttavia, essa non esita a fare riferimento ai diritti dell'uomo, e colloca nello stesso tempo la sua azione «morale» sotto l'autorità della *Carta europea dei diritti fondamentali*, lasciando così una porta aperta per nuovi interventi. I campi del lavoro e dell'occupazione rappresentano gli spazi privilegiati dell'intervento. È in quest'ambito che tutte le cause prime di discriminazione che vanno dal sesso all'orientamento sessuale, passando per razza, disabilità o religione, trovano una sanzione esplicita¹¹.

L'intensità dell'intervento comunitario dipende dalle «categorie»¹² protette. Storicamente sono i cittadini di paesi europei in altri paesi membri che, con le donne, hanno costituito i due «gruppi» protetti dal diritto comunitario. In effetti, l'Europa ha dato assai presto una base giuridica all'azione politica relativa all'uguaglianza tra uomini e donne nel mercato del lavoro. L'uguaglianza di trattamento dei lavoratori nell'ambito comunitario ha ugualmente costituito un principio di azione politica affermato nei trattati costitutivi della CEE. Inoltre, al di là della protezione generale dell'articolo 12, l'articolo 39(2) garantisce il diritto alla libera circolazione nello spazio europeo. Ancora, il regolamento 1612/68 e la direttiva 68/360 del 1968 stabiliscono che in ciascun paese della Comunità i lavoratori dei paesi membri debbano godere degli stessi benefici sociali e fiscali dei lavoratori di quel paese. Fino alla firma del Trattato di Amsterdam sono state praticamente queste le due situazioni che hanno trovato una protezione giuridica nel diritto comunitario. Altre ragioni di discriminazione venivano formalmente condannate, ma tale condanna non comportava un intervento costrittivo delle autorità comunitarie. La discriminazione fondata sull'handicap rappresentava una di queste situazioni vietate. In effetti, il 21 dicembre 1981 il Consiglio aveva approvato una Risoluzione concernente l'integrazione sociale dei disabili, a cui erano seguite numerose altre risoluzioni, decisioni e raccomandazioni orientate nella stessa direzione. Tuttavia, prima della direttiva 2000/78 gli Stati membri restavano del tutto liberi di adottare o meno delle misure di protezione nei confronti delle persone disabili.

Affrontata principalmente sotto il profilo pensionistico, allo stesso modo, la discriminazione fondata sull'età ha presto costituito una preoccupazione per la Comunità. Dal 1982 una raccomandazione del Consiglio e due rapporti della

¹⁰ «Scheda di valutazione sull'impatto della proposta sulle imprese e, in particolare, sulle piccole e medie imprese» allegata alla proposta di direttiva relativa alla messa in opera del principio di uguaglianza di trattamento fra le persone senza distinzione di razza o di provenienza etnica, 1999.

¹¹ Direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, *GUCE*, L 303 del 2/12/00, p. 16.

¹² Si utilizzano indistintamente i termini «categorie», «cause», «situazioni», «gruppi» per fare riferimento ai differenti fenomeni legati a un individuo o a un insieme di individui definiti a priori o a posteriori attraverso le norme, le pratiche, i soggetti privati o pubblici come anche le istituzioni, che si trovano all'origine di un trattamento discriminatorio.

Commissione invitano gli Stati membri a promuovere la protezione dei pensionati.¹³ Allo stesso modo, la Direzione generale per l'occupazione e gli affari sociali della Commissione istituisce il *Forum europeo della gioventù* al fine di operare per il miglioramento della situazione sociale dei giovani, sostenendo e concentrando la sua attenzione sulla loro inclusione sociale¹⁴. Una risoluzione del Consiglio e dei rappresentanti dei governi degli Stati membri del 14 dicembre 2000 *concernente l'integrazione sociale dei giovani* invita gli Stati membri a «fare del miglioramento della situazione socio-economica dei giovani (...) una priorità trasversale delle politiche di pertinenza dell'Unione Europea». Ma, come per l'handicap, anche le misure relative all'età costituiscono dei semplici consigli indirizzati ai paesi membri senza valore obbligatorio.

Sebbene da un punto di vista storico la lotta contro le discriminazioni fondate sulla razza e le origini etniche non abbia rappresentato per la Comunità Europea uno dei suoi principali problemi¹⁵, è tuttavia possibile rinvenirne qualche indiretto riferimento nella sua politica verso gli stranieri non comunitari. In effetti, la soppressione delle frontiere nell'ambito della Comunità ha portato in evidenza la necessità di un coordinamento delle differenti politiche sull'immigrazione degli Stati membri. A partire dal 1985, con riguardo all'immigrazione di persone provenienti da Stati terzi¹⁶ la Commissione ha iniziato a elaborare regole fondate su un'idea politica a due dimensioni: controllo dell'immigrazione e integrazione degli immigrati residenti. Più tardi, la lotta contro le discriminazioni razziali si manifesterà come un elemento centrale nella politica di integrazione proposta dalla Commissione. Nel 1990 il Consiglio elabora una risoluzione relativa alla lotta contro il razzismo e la xenofobia cui faranno seguito molte altre risoluzioni del Parlamento europeo. Il 2 giugno 1997 l'Unione Europea crea un *Osservatorio dei fenomeni razzisti e xenofobi*, vero barometro della caduta di tolleranza della società europea e dei meccanismi che essa mette in opera per immunizzarsi dall'ostilità verso gli stranieri. L'importanza di questo campo d'intervento è stata capitale. In effetti, l'articolo 13 del trattato di Amsterdam era stato concepito come strumento di lotta contro il razzismo; la redazione della direttiva, che rende operante la predetta norma nell'ambito delle discriminazioni razziali, indica la posizione pri-

¹³ Una decisione della Commissione del 17 ottobre 1991, relativa al gruppo di collegamento delle persone anziane (GU n. L296) e una Dichiarazione di principio del Consiglio dell'Unione Europea del 6 dicembre 1993, a conclusione dell'anno europeo delle persone anziane e della solidarietà tra le generazioni (GU n. C343), ampliano l'obiettivo promuovendo l'integrazione delle persone anziane in tutti i campi della vita nella società.

¹⁴ «Politica del Forum della gioventù sulla strategia europea per l'occupazione e i giovani». «Rapporto del Forum della gioventù sull'occupazione dei giovani nell'Unione Europea 1999». «Dall'educazione all'occupazione: l'esperienza dei giovani nell'Unione Europea», ecc.

Si veda: www.youthforum.org

¹⁵ Storicamente tale questione era di competenza del Consiglio d'Europa in quanto organismo incaricato dell'applicazione della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo.

¹⁶ *Guidelines for a Community Policy on Migration*, COM (1985) 48, 7/3/85.

vilegiata che viene riservata a tale lotta¹⁷. In effetti, la parità di trattamento prevista da questa direttiva va al di là del lavoro e dell'occupazione, per estendersi alla sanità, alla protezione sociale, all'educazione e all'accesso ai beni e ai servizi compreso l'alloggio.

Per molto tempo il diritto comunitario si è disinteressato della sorte dei gay e delle lesbiche, essendo questo tipo di questioni trattato tradizionalmente dalla Corte di Strasburgo. Il 30 aprile 1996 la situazione cambia sensibilmente, allorché una donna transessuale riesce a convincere la Corte di giustizia delle comunità europee (CGCE)¹⁸ che il suo licenziamento costituiva una discriminazione fondata sul suo sesso¹⁹. Se la nozione di discriminazione fondata sul sesso permetteva di proteggere le persone transessuali, poteva derivarne che una tale protezione fosse ugualmente estesa a gay, lesbiche e bisessuali. Fu questo l'argomento sviluppato dall'avvocato di Lisa Grant, una donna lesbica che decise di adire la Corte di Giustizia delle Comunità europee invocando l'articolo 19 del trattato di Roma sull'uguaglianza di trattamento dei sessi²⁰. L'avvocato generale della Corte di Giustizia, sulla base degli argomenti dell'avvocato dell'attrice, considerò in effetti che la nozione di discriminazione fondata sul sesso potesse egualmente comprendere la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale. Così, paragonando la situazione di Lisa Grant a quella di un uomo eterosessuale, l'avvocato generale concluse che fosse il sesso della signora Grant a essere all'origine della discriminazione e non il fatto che fosse lesbica. Effettivamente, se il richiedente fosse stata un uomo anziché una donna, egli avrebbe potuto beneficiare dei vantaggi derivanti dalla sua vita di coppia con una donna. Stando così le cose, può conseguirne che si tratti di una discriminazione fondata sul sesso che rientra nel campo di competenza della Corte di Giustizia. Sebbene in generale i giudici seguano l'opinione dell'avvocato generale, nel caso Grant la Corte se ne è allontanata riprendendo l'analisi tradizionale secondo la quale non si sarebbe dinnanzi a un caso di discriminazione fondata sul sesso ma sull'orientamento sessuale, escludendo così la propria competenza. Tale interpretazione della Corte di Giustizia ha messo in luce la necessità per il diritto comunitario di predisporre strumenti specifici di protezione contro le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale. Si tratta della via intrapresa con l'articolo 13 del trattato di Amsterdam e con le direttive che ne danno attuazione.

L'insieme delle cause di discriminazione previste da questo articolo viene ripreso più tardi dalla Carta europea dei diritti fondamentali. Essa si spinge per-

¹⁷ Direttiva 2000/43/CE del 29 giugno 2000 che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica; *GUCE* L 180 del 19/7/2000.

¹⁸ Causa *P. c. S. Cornwall County Council*.

¹⁹ E dunque una violazione della direttiva 76/207 concernente l'uguaglianza nel campo del lavoro.

²⁰ Un argomento simile fu utilizzato dall'avvocato di un lavoratore omosessuale della Marina Reale Britannica invocando una discriminazione fondata sul sesso e domandando l'applicazione dell'articolo 5 della direttiva 76/207/CEE (concernente le discriminazioni relative alle condizioni di licenziamento).

sino oltre, non soltanto per via dell'introduzione del termine «in particolare» (che sta a indicare che l'elenco non è esaustivo) ma anche per l'esplicita inclusione di nuove fattispecie. In effetti, il suo articolo 21 considera «vietata qualsiasi discriminazione fondata sul sesso, la razza, il colore, le origini etniche o sociali, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni, le opinioni politiche o qualsiasi altra opinione, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la condizione, le origini, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale».

Al di fuori dell'occupazione, l'Unione Europea interviene soltanto in rapporto a tre ordini di discriminazioni, quelle cioè relative al sesso, alla nazionalità e alla razza o alle origini etniche²¹. Per la prima fattispecie, gli interventi comunitari hanno progressivamente incluso gli uomini in quanto categoria eventualmente sottorappresentata. In effetti, fino all'entrata in vigore della direttiva 97/80/CE concernente l'onere della prova nei casi di discriminazioni fondate sul sesso, i testi europei facevano riferimento non tanto al sesso in generale ma specificamente alle donne.

Insieme a quello del lavoro (direttiva 2002/73 che modifica la direttiva 76/207), le discriminazioni fondate sul sesso sono ugualmente vietate nei campi della sicurezza sociale (direttiva 76/207; 79/7/CEE e 86/378/CEE) e del congedo parentale (direttiva 96/34/CEE). La molestia sessuale è oggi considerata come una forma di discriminazione sia che le vittime siano donne o uomini, sia che siano eterosessuali o omosessuali.

Per quanto riguarda le discriminazioni fondate sulla nazionalità, benché non si possa parlare di una nozione «universale», essendo essa vietata principalmente per i cittadini dei differenti paesi dell'Unione, il campo della protezione comprende oltre all'occupazione, il diritto al permesso di soggiorno, le deduzioni fiscali e i benefici sociali derivanti dalla situazione familiare²².

Ma è rispetto alla razza e alle origini etniche (categoria davvero universale poiché, come tutte le altre situazioni previste dall'articolo 13, si riferisce non soltanto ai cittadini dei paesi membri ma anche a tutte le persone che si trovino sul territorio europeo) che la competenza comunitaria estende significativamente i propri confini. In effetti, la direttiva 2000/43/CE relativa all'attuazione del principio di uguaglianza di trattamento fra le persone senza distinzione di razza o di origine etnica, oltre che per il settore dell'occupazione, assicura allo stesso modo protezione contro le discriminazioni nelle attività non retribuite, sindacali o professionali, la salute, la sicurezza sociale, l'educazione, l'accesso e il godimento di beni e servizi, compreso l'alloggio.

²¹ L'espressione «origine etnica» non si riferisce all'appartenenza fisiologica dell'individuo a una razza, ma all'assegnazione a un gruppo culturale caratterizzato da una storia e da una tradizione comune. Si veda a tal riguardo. O.De Schutter, *Le droit au mode de vie tzigane devant La Cour Européenne des droits de l'homme: droits culturels, droits des minorités, discrimination positive*, in *Rev. Trim. Droits de l'homme*, 1997, spéc. pp. 65-68.

²² *Commission v. Greece*, C-187/96, sentenza 29 ottobre 1998.

Gli strumenti d'intervento dell'Unione Europea

La politica europea raggiunge la sua più compiuta espressione con l'attuazione delle direttive comunitarie, autentici strumenti di armonizzazione dell'insieme delle pratiche nazionali. Con le decisioni della Corte di Giustizia, le direttive e i regolamenti (*hard law*), l'Unione Europea plasma il comune destino giuridico degli Stati membri.

Per quanto riguarda le donne, l'articolo 141 del Trattato di Roma costituisce la base legale per le misure comunitarie in favore della parità di opportunità in materia di occupazione. Con l'entrata in vigore del trattato di Amsterdam (sebbene l'articolo 13 non si applichi alle discriminazioni fondate sul sesso in materia di occupazione) la promozione dell'uguaglianza fra uomini e donne viene a rappresentare una delle missioni prioritarie della Comunità (art. 2) e costituisce un obiettivo trasversale delle politiche europee (art. 3), richiamando a questo proposito tutti i campi di competenza dell'Unione. L'articolo 141-3 permette all'Unione Europea di introdurre misure contro le discriminazioni fondate sul sesso, adottate non già all'unanimità, come invece è previsto dall'articolo 13 per le altre «fattispecie», ma al contrario a maggioranza semplice. Sul piano storico, in quanto ragione di discriminazione, il sesso appare così più efficacemente protetto per il fatto che la maggioranza semplice può essere raggiunta con minori difficoltà rispetto all'unanimità. Inoltre, la direttiva 75/117/CEE del Consiglio, del 10 febbraio 1975, «concernente il riavvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative all'applicazione del principio d'uguaglianza delle retribuzioni fra i lavoratori maschi e le lavoratrici femmine», aveva messo in opera un sistema di regole protettive nei confronti delle donne. La direttiva 76/207/CEE del Consiglio, del 9 febbraio 1976, «relativa all'attuazione del principio di uguaglianza di trattamento fra gli uomini e le donne nei confronti dell'accesso all'occupazione, alla formazione e alla promozione professionale, e le condizioni di lavoro», completa l'arsenale giuridico in questa materia.

Rispetto alle discriminazioni fondate sulla nazionalità, tre articoli fondamentali e una direttiva costituiscono la base dell'intervento giuridico europeo: l'articolo 12 (divieto delle discriminazioni fondate sulla nazionalità), l'articolo 39 (libera circolazione dei lavoratori provenienti dai paesi membri dell'Unione Europea) e l'articolo 7 del regolamento 1612/68 (uguaglianza delle condizioni sociali e fiscali tra i lavoratori europei) definiscono la politica generale. In più, la direttiva 68/360/CEE sulla libera circolazione dei lavoratori europei finisce di completare il sistema di protezione. Nei confronti degli stranieri non comunitari, occorre notare che la Decisione del Consiglio del 26 maggio 1977 relativa allo scambio di informazioni in merito al rientro volontario dei cittadini dei paesi terzi, tende semplicemente a organizzare la loro partenza senza proporre effettivamente una opzione di integrazione.

Oltre alla direttiva 2000/43/CE relativa all'attuazione del principio di uguaglianza di trattamento fra le persone senza distinzione di razza o di origine etnica, numerose risoluzioni e dichiarazioni contro il razzismo, l'antisemitismo e

la xenofobia concorrono a completare il quadro normativo europeo in materia. Inoltre, il regolamento che reca la creazione di un Osservatorio europeo dei fenomeni razzisti e xenofobi, un piano d'azione contro il razzismo (COM1998, 183 final) così come la dichiarazione nel 1997 dell'*Anno europeo contro il razzismo*, permettono (con il rafforzamento della cooperazione giudiziaria) di perfezionare il sistema di repressione delle manifestazioni di razzismo.

Al di là della direttiva quadro (2000/78/CE), numerose risoluzioni, decisioni e rapporti concernenti la protezione delle persone portatrici di handicap invitano gli Stati membri a mettere fine alle discriminazioni di cui esse sono vittime. Tre testi attirano in modo particolare la nostra attenzione: quello del 31 maggio 1990, concernente l'integrazione nell'ambito dei sistemi ordinari d'insegnamento dei ragazzi e dei giovani affetti da un handicap, quello del 20 dicembre 1996 concernente l'eguaglianza delle opportunità per le persone handicappate, e infine quello del 17 giugno 1999 relativo all'eguaglianza delle opportunità per i portatori di handicap in materia di occupazione. Inoltre, una decisione del Consiglio del 3 dicembre 2001 consacra il 2003 come *Anno europeo dei disabili*.

Come le altre fattispecie, le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale vengono espressamente proibite tanto dall'articolo 13 del trattato di Amsterdam quanto dall'articolo 21 della *Carta europea dei diritti fondamentali*. La direttiva 2000/78 ha come obiettivo l'eguaglianza di trattamento in materia di occupazione dei lavoratori indipendentemente dal loro orientamento sessuale. Testi non vincolanti fanno ugualmente riferimento alla protezione degli omosessuali. Nel 1984 il Parlamento europeo invitava gli Stati membri a mettere fine a questo tipo di discriminazioni²³. Tre ulteriori risoluzioni²⁴ completano l'azione del Parlamento europeo in questo campo²⁵. Infine, la religione, è affrontata con la Dichiarazione n. 11 relativa allo statuto delle chiese annessa al trattato di Amsterdam. Sulle discriminazioni religiose, si tratta soprattutto di proteggere la libertà di credo delle minoranze religiose presenti in Europa.

Oltre i testi giuridici e le raccomandazioni etiche

I programmi d'azione, accompagnandosi alle misure repressive, incoraggiano l'elaborazione di politiche di prevenzione fondate sull'educazione e la sensibilizzazione delle opinioni pubbliche. Occorre dapprima conoscere meglio i fenomeni

²³ Risoluzione sulle discriminazioni sessuali sul luogo di lavoro, 13 marzo 1984.

²⁴ Risoluzione del PE sull'uguaglianza dei diritti degli omosessuali e delle lesbiche dell'Unione Europea A3-0028/94; risoluzione del PE sull'uguaglianza del diritto per gli omosessuali e le lesbiche dell'Unione Europea B4-0824 e 0852/98; risoluzione sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione Europea (capitoli dedicati alle «discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale» e alle «relazioni non maritali») A5-0223/2001.

²⁵ Per un'analisi più approfondita si veda: Borrillo D., *L'orientation sexuelle en Europe. Esquisse d'une politique publique anti-discriminatoire*, in *Les Temps modernes*, n. 609, giugno-agosto 2000, pp. 263-282.

discriminatori per poterli prevenire efficacemente. Così, l'Eumc (Osservatorio europeo dei fenomeni razzisti e xenofobi) ha sostenuto la creazione della rete Raxen (*European Racism and Xenophobia Information Network*) e di una banca dati al fine di unificare gli sforzi su questo terreno. L'iniziativa *Equal* per la promozione di nuove pratiche di lotta contro le discriminazioni in materia di mercato del lavoro, rappresenta un altro esempio di politica preventiva. Infine, la decisione del Consiglio del 27 novembre 2000 che dispone un programma d'azione comunitario di lotta contro le discriminazioni (2001-2006) ha consentito di mettere in atto azioni rivolte a indagare le questioni legate alle discriminazioni, a sviluppare la capacità di prevenzione e a promuovere i valori che sono sottesi alla lotta contro le discriminazioni. A questo fine, la Commissione è assistita da un comitato consultivo che contribuisce alla definizione degli orientamenti generali dei differenti programmi e della ripartizione dei fondi delle azioni²⁶. Per le misure ulteriori, l'Unione Europea ha organizzato nuovi gruppi di esperti giuridici indipendenti (sulla falsariga di quelli già esistenti per le discriminazioni fondate sul sesso) che hanno lo scopo di analizzare il recepimento delle direttive comunitarie nel diritto nazionale dei diversi Stati membri e di valutare le politiche mirate. Il sostegno delle organizzazioni non governative²⁷ costituisce inoltre un mezzo privilegiato dalla Commissione per la realizzazione degli imperativi comunitari²⁸. Per assicurare la piena uguaglianza l'Unione Europea incoraggia altresì gli Stati ad attuare azioni positive e misure specifiche (art. 7, direttiva 2000/78).

Critica della situazione attuale

Malgrado le dichiarazioni di principio dei testi ufficiali dove si sottolinea che «de differenti forme di discriminazione non si classificano per ordine di importanza e sono tutte ugualmente intollerabili»²⁹, è inevitabile constatare che nello stato attuale del diritto e della politica della Comunità, le differenti «categorie» non si ritrovano protette nello stesso modo. Sembra peraltro comprensibile che le diverse situazioni non possano essere trattate allo stesso modo. In effetti, l'età e la disabilità non colpiscono una popolazione determinata (come avviene invece per la razza o l'orientamento sessuale) ma qualsiasi individuo in qualche momento della propria vita. Tuttavia, questa caratterizzazione non può assolutamente costituire una giustificazione per la definizione di una qualsiasi gerarchia tra le cause di discriminazione. Attualmente, però, alla luce dell'analisi degli strumenti giuridici e dei programmi d'azione, una gerarchizzazione nella protezione si manifesta con

²⁶ Proposta di decisione del consiglio che dispone un programma d'azione comunitario di lotta contro la discriminazione, COM (1999) finale.

²⁷ Per esempio: European Women's Lobby, European Disability Forum, European Migrant's Forum, ILGA Europe, 1998.

²⁸ *La Commissione e le organizzazioni non governative: il rafforzamento del partenariato*, Documento di discussione della commissione, CCE, COM (2000) 11 finale.

²⁹ Decisione del Consiglio del 27 novembre 2000 che stabilisce un programma d'azione comunitario di lotta contro la discriminazione, consideranda (5).

chiarezza³⁰. In effetti, le discriminazioni fondate sul sesso sono vietate nella maniera più solenne in tre articoli del trattato di Roma. In seguito, venticinque anni di esperienza nell'impegno a questo riguardo e 10 direttive dedicate all'uguaglianza delle donne sono stati completati con un gran numero di risoluzioni e di raccomandazioni³¹. Esiste inoltre da molto tempo un Comitato consultivo dell'uguaglianza tra le donne e gli uomini, oltre a una rete di esperti giuridici sull'applicazione del diritto comunitario per l'uguaglianza tra donne e uomini³².

Un po' più in basso, nei diversi livelli di gerarchia, si trovano le disposizioni concernenti le proibizioni delle discriminazioni fondate sulla nazionalità³³. L'articolo 12, l'articolo 39 (libera circolazione dei lavoratori cittadini dei paesi membri dell'Unione Europea) e l'articolo 7 (uguaglianza delle condizioni sociali e fiscali fra i lavoratori europei) costituiscono le basi legali di questa protezione. Il Regolamento 1612/68 sulla libera circolazione dei lavoratori europei, assicura l'uguaglianza dei cittadini europei a questo riguardo. I cittadini dei paesi terzi sono protetti in maniera meno efficace, poiché la decisione del Consiglio del 26 maggio 1997 relativa allo scambio di informazioni in merito al rientro volontario dei cittadini dei paesi terzi, come abbiamo già indicato, non opera a favore dell'integrazione.

La stessa forma di gerarchizzazione si ritrova non soltanto con riguardo alle fattispecie di discriminazione ma anche ai campi d'intervento. L'articolo 13 del trattato di Amsterdam non protegge le persone allo stesso modo in ogni situazione. Se la discriminazione si verifica sul lavoro, tutte le categorie sono protette, invece se questa si verifica fuori dal lavoro, soltanto la razza e l'origine etnica costituiscono una causa di discriminazione suscettibile di sanzioni. Come nota Mark Bell (quando illustra l'esempio ipotetico di una donna tedesca d'origine turca vittima di discriminazione), se la discriminazione è legata all'occupazione verrà protetta in modo efficace tanto in rapporto al genere della vittima che nei confronti della sua origine etnica. Invece, se quella si vede rifiutare un bene o un servizio, solo la sua condizione razziale le permette il beneficio di una protezione giuridica. La direttiva europea non prevede la sanzione delle discriminazioni fondate sul

³⁰ Borrillo D., *Les instruments juridiques français et européennes dans la mise en place du principe d'égalité et de non discrimination*, in *Revue française des Affaires sociales*, n. 1-2000, pp. 113-129.

³¹ Fra le quali la raccomandazione del Consiglio del 13 dicembre 1984 relativa alla promozione delle azioni positive in favore delle donne; la risoluzione del Consiglio e dei rappresentanti degli Stati membri riuniti in seno al Consiglio, del 5 ottobre 1995, concernente il trattamento dell'immagine delle donne e degli uomini nella pubblicità e nei media; l'allegato XVIII dell'accordo sullo Spazio economico europeo relativo alla salute e alla sicurezza sul lavoro, al diritto del lavoro e all'uguaglianza di trattamento degli uomini e delle donne...

³² Commissione europea, Employment and Social Affairs, *Equality between women and men. Monitoring, implementation and application of Community Equality Law. General Report 1997 and 1998 of the Legal experts' group on equal treatment of men and women.*

³³ In realtà le discriminazioni verso i cittadini dei paesi europei in un altro paese membro dell'Unione hanno una sanzione efficacissima ma, siccome non si tratta di una categoria universale, noi mettiamo il sesso in cima alla piramide.

nesso con riguardo alla fornitura di beni o di servizi³⁴. Solo una politica globale di protezione nei confronti dell'insieme delle forme di discriminazione enunciate dall'articolo 13 del trattato di Roma e dall'articolo 21 della *Carta dei diritti fondamentali* potrà mettere fine alla situazione di gerarchizzazione nella quale ci si trova attualmente³⁵. Ogni forma di discriminazione in qualsiasi campo della vita privata, familiare³⁶, professionale e sociale deve essere combattuta con lo stesso rigore e la stessa efficacia.

Le politiche più consolidate di lotta contro le discriminazioni fondate sul genere e nei confronti delle minoranze razziali debbono consentire la costituzione di una sorta di metro di valutazione che sarebbe di vantaggio ai nuovi arrivati. Infine, bisogna essere ugualmente attenti allo scopo di evitare che le «categorie» più classiche (sesso e razza) non oscurino le altre (età, handicap e orientamento sessuale) e che il settore dell'occupazione non impedisca una lettura efficace delle discriminazioni allorché si verificano anche in altri settori. Si sarebbe potuto immaginare che la Commissione potesse sostenere le «nuove» categorie come l'orientamento sessuale con un'azione compensatrice che permettesse così di recuperare il ritardo nei confronti delle categorie classiche (sesso e razza)³⁷. Un tale riequilibrio non solo non ha mai visto la luce ma per di più le poche azioni avviate non sono state successivamente riconfermate (gruppo di esperti indipendenti, banche dati).

Al di là dell'azione legislativa, è indispensabile assumere una politica di prevenzione efficace³⁸. Come già sottolineava Jean-Paul Sartre «... per vedere chiaro in una situazione ingiustificabile, non basta che chi opprime guardi con onestà, è anche necessario che egli cambi la struttura dei suoi occhi». Solo una volontà politica forte permetterà di cambiare questa struttura che impedisce ancora di denunciare l'assenza di garanzie di uguaglianza di opportunità per tutti.

³⁴ Bell M., *Anti-Discrimination Law and the European Union*, Oxford University Press, 2002, p. 213.

³⁵ Un altro esempio paradigmatico del trattamento gerarchico delle discriminazioni è il modo in cui la Commissione amministra i gruppi degli esperti indipendenti. Quando si tratta delle discriminazioni fondate sul sesso, una politica di continuità (rinnovo dei contratti, specificità degli studi...) viene assicurata, per le altre categorie (e in particolare per l'orientamento sessuale) non solo i contratti non sono rinnovati ma nei casi in cui questa continuità viene ammessa, ciò avviene al prezzo di un raggruppamento arbitrario di più categorie sotto la responsabilità di un solo esperto. Lo stesso, mentre per le discriminazioni razziali la Commissione finanzia la rete Raxen, per quanto riguarda l'orientamento sessuale, questa stessa Commissione si è rifiutata di sostenere una banca dati concernente l'orientamento sessuale e il diritto (Cersgosig).

³⁶ Non essendo il diritto di famiglia un terreno di competenza dell'Unione, tocca agli Stati membri di conformarsi alle proposte del Parlamento europeo.

³⁷ Nel complesso degli organismi di lotta contro le discriminazioni nei paesi dell'Unione Europea, solo l'Irlanda, i Paesi Bassi e la Svezia si occupano delle discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale.

³⁸ Soprattutto in questo periodo in cui i partiti conservatori che governano la maggior parte degli Stati membri non si mostrano molto entusiasti al momento di mettere in opera programmi di lotta contro le discriminazioni.