

Dalle discriminazioni di genere alle discriminazioni doppie o sovrapposte: lo stato della normativa in Italia¹

Donata Gottardi

1. Delimitazione del campo di indagine. La tutela processuale dalla discriminazione sindacale alla discriminazione sessuale e alla discriminazione razziale. - 2. La tecnica normativa definitoria. - 3. Le discriminazioni multiple o incrociate. - 4. Le sedi separate. - 5. Il lavoro domestico e di assistenza nell'ultima regolarizzazione di clandestini. - 6. La discriminazione per lavoro di cura.

1. Delimitazione del campo di indagine. La tutela processuale dalla discriminazione sindacale alla discriminazione sessuale e alla discriminazione razziale.

Il tema che si intende affrontare è fortemente circoscritto. La voluta delimitazione di indagine riguarda innanzitutto l'area delle discriminazioni considerate e si estende alla metodologia seguita, che assume come noto il panorama della disciplina interna e comunitaria, anche nei loro rapporti di reciproca influenza. La scelta è quella di dare per scontata la conoscenza della normativa di tutela contro le discriminazioni - di genere e di razza o origine etnica², le sole qui direttamente considerate - e di cercare di mettere in luce taluni aspetti che riguardano i loro incroci o sovrapposizioni. E' solo in questa prospettiva che verranno considerati i contenuti delle direttive sulla parità di trattamento tra uomini e donne, sui congedi parentali e sulla parità di trattamento a prescindere dalla razza o origine etnica, e quelli della disciplina interna, anche per la parte derivante dalla loro trasposizione nel nostro ordinamento.

Si cercherà, per quanto possibile, di privilegiare un approccio che metta in evidenza le interrelazioni dinamiche e, quindi, di cogliere alcune transizioni³, in particolare quelle che portano dalle discriminazioni di genere alle discriminazioni 'doppie' o incrociate o sovrapposte.

Nel diritto antidiscriminatorio siamo in presenza di un utilizzo tendenzialmente uniforme delle tecniche, sia definitorie sia processuali, applicate nei confronti dei diversi ambiti di esposizione al rischio. Si pensi all'utilizzo e al conseguente avvicinamento delle nozioni di discriminazione diretta e indiretta nei diversi ambiti via via disciplinati, che presentano un elevato

¹ Viene riprodotta con modificazioni e aggiornamenti la relazione svolta al Convegno di Pescara del 21-22 giugno 2002.

² Verranno di seguito prevalentemente impiegati questi termini. Il primo in alternativa a sesso, come categoria grammaticale linguistica che distingue il maschile dal femminile, anziché come complesso distinto di caratteri anatomici e fisiologici; il secondo per assenza di alternativa, condividendo la posizione di quanti negano la presenza di razze umane distinte, secondo quanto ricordato anche in uno dei *considerando* della direttiva n. 43/2000, su cui *infra*.

³ Per quanto riguarda proprio la transizione tra discriminazioni di genere e discriminazioni di razza, coglie nel segno LO FARO, *Immigrazione, lavoro, cittadinanza: appunti per una ricerca*, in questa rivista, 1997, 4, già nel titolo del terzo paragrafo: *La concettualizzazione giuridica della segregazione socioeconomica dei lavoratori immigrati: dalle discriminazioni razziali alle discriminazioni di genere e ritorno*. L'A. parla di dissociazione ricomponibile "sulla base di un duplice ordine di considerazioni, relative: alla sostanziale identità dei meccanismi attraverso i quali le fattispecie discriminatorie considerate si producono nella realtà del mercato e dei rapporti di lavoro; alla ritenuta inadeguatezza degli strumenti giuridici positivi vigenti rispetto al fine considerato" (p. 219). Da allora (1997) la ricomposizione si è raggiunta a livello normativo, sanando la contraddizione determinata dalla necessità di fare riferimento alla normativa antidiscriminatoria di genere per la protezione degli stranieri contro le discriminazioni di razza (e questo note intendono darne conto), mentre si è drammaticamente aperta una deriva di superamento delle regole poste a garanzia del lavoro subordinato, da un lato, e di chiusura delle frontiere agli immigrati, dall'altro.

tasso di meccanicità, che andrebbe, a mio avviso, valutato positivamente solo se accompagnato da attenta determinazione degli effetti e delle ricadute. Tale meccanicità appare tuttavia in incremento e sta accompagnando l'evoluzione dinamica dei diversi fattori di discriminazione⁴, un cambiamento in un'area alimentando quello nell'altra, pur restando quasi sempre all'interno di testi normativi separati, separati anche dalla disciplina generale sulla materia.

Il fenomeno ha connotati peculiari e si manifesta con nettezza. Il giurista del lavoro si trova di fronte a una sorta di intelaiatura di base che risulta utilizzabile nei diversi ambiti della tutela antidiscriminatoria e che, ogni volta che è applicata, riceve modificazioni destinate a entrare nella struttura e, quindi, ad accompagnare il transito verso l'ambito successivo. Ogni modifica resasi necessaria in un'area – o in funzione di doveroso adattamento o in funzione di risposta a evoluzioni normative – entra a far parte dello schema che sarà a sua volta importato e modificato nell'area contigua o successivamente disciplinata. Il modello costruito per l'una viene importato in un'altra e, nel frattempo, ciascuna area è investita da un processo di evoluzione interna che non sempre corrisponde ai tempi della traslazione, né trova sempre piena coerenza sistematica.

Il primo caso di attuazione nel nostro Paese è consistito nell'approdo nei lidi della discriminazione di genere di quello strumento processuale che era stato costruito appositamente per la tutela contro la discriminazione sindacale.

In effetti, nel nostro ordinamento, prima di riguardare le nozioni, l'intersecazione si è realizzata sul piano dei rimedi giudiziali. La prima trasposizione si è avuta importando la procedura d'urgenza costruita per la repressione della condotta antisindacale del datore di lavoro, ai sensi dell'articolo 28 dello Statuto dei lavoratori del 1970, nell'ambito della disciplina destinata ad affermare il principio della parità di trattamento tra uomini e donne posta all'articolo 15 della legge n. 903 del 1977.

E' questo il primo esempio di importazione di modello (processuale). Ed è anche un esempio che ha dato risultati insoddisfacenti, probabilmente a motivo della timidezza dimostrata nella scelta di ritagliare l'ambito oggettivo di applicazione del ricorso in giudizio, con scarsa riflessione sulle esigenze specifiche e sulle ricadute possibili. Come è ampiamente risaputo, l'adozione del modello è avvenuta solo per alcune violazioni del principio di parità di trattamento, segnatamente in materia di accesso al lavoro e di lavoro notturno, provocando le abissali differenze di tasso di effettività, spiegabili solo in minima parte dal diverso periodo storico della sua introduzione. Se nel 1977 già erano in declino i procedimenti d'urgenza basati sull'articolo 28 St. lav., questo avveniva più per effetto del consolidamento di orientamenti giudiziali sull'esercizio dei diritti sindacali nei luoghi di lavoro che per motivi interni al procedimento⁵.

La modifica recente dei rimedi giudiziali per discriminazione di genere - apportata dal decreto legislativo n. 196 del 2000, di riforma della legge n. 125 del 1991, anche nei confronti del procedimento di cui all'articolo 15 della legge del 1977 - non ha ancora prodotto risultati apprezzabili o comunque sufficienti a trarre indicazioni utili e, soprattutto, segnali di inversione di tendenza.

Nel frattempo, si è realizzata una seconda trasposizione di rimedi processuali: dalla discriminazione di genere a quella di razza o origine etnica.

Il modello di azione giudiziale individuale e collettiva per la parità di opportunità tra lavoratrici e lavoratori, introdotto dall'articolo 4 della legge n. 125 del 1991, è stato utilizzato per

⁴ L'approccio unitario genere-razza (LO FARO, spec. p. 216) sta evolvendo verso tutti i fattori a rischio di discriminazione. Tale approccio tende ad effettuare una parificazione di situazioni tra genere e razza, che può incidere sul primo anello di questioni, ma non sembra strumento idoneo negli ambiti più complessi e non tiene conto delle discriminazioni esponenziali, cioè quelle multiple o sovrapposte.

⁵ L'ultima indagine sull'impatto del procedimento per antisindacalità, a quanto consta, è di BARBERA, in RGL, *.

costruire il rimedio processuale antidiscriminatorio della disciplina in materia di immigrazione datata 1998 (l. n. 40 del 1998 e relativo testo unico).

Anche questo passaggio, pur avvenuto di recente, dovrà sottoporsi a cambiamenti, sia perché il modello di origine, posto nella legge che riguarda il genere nel 1991, è stato migliorato - e adeguato alla riforma processuale nel frattempo intervenuta - nel 2000, con il decreto legislativo n. 196 sopra richiamato; sia perché la legge comunitaria per il 2001 (1° marzo 2002, n. 39), nell'organizzare la trasposizione della direttiva sul divieto di discriminazione per razza o origine etnica, ha scritto principi di delega particolarmente dettagliati che potrebbero (se e quando la delega sarà esercitata) condurre a una azione processuale ancora, e sia pure parzialmente, diversa.

2. La tecnica normativa definitoria.

Nella tutela processuale è dato rinvenire la decisiva influenza - unidirezionale e, talora, bidirezionale - esercitata dalla fonte europea o dall'occasione posta dalla trasposizione interna. Questa influenza è ancora maggiore a livello di inquadramento del fenomeno.

Provando a ripercorrere i transiti principali avvenuti in relazione alla nozione di discriminazione - diretta e indiretta - troviamo che si parte con la disciplina comunitaria sui divieti di discriminazione diretta di genere (1976), importata a livello nazionale (1977 e 1991, questa seconda, contenente già la nozione di discriminazione indiretta e basata essenzialmente sulla più debole fonte comunitaria della raccomandazione del 1984 sulla parità di opportunità e le azioni positive), esportata in occasione della direttiva sull'onere della prova (1997) e modello su cui è costruita la disciplina interna sui divieti di discriminazione per razza o origine etnica (1998). Si riparte, a livello europeo, con la direttiva nei confronti della razza o origine etnica e con la direttiva nei confronti di tutte le residue discriminazioni (2000) per arrivare a modificare - anche alla luce dell'insufficienza dimostrata davanti alla Corte di giustizia europea dalla disciplina europea, possibile ostacolo alle più avanzate normative interne - la prima direttiva sulla parità tra lavoratori e lavoratrici (2002), chiudendo per il momento il cerchio⁶. Mancano ancora indicazioni sulle possibili ricadute sull'ordinamento interno e, pertanto, non si possono ancora disegnare, nemmeno nella prospettiva *de jure condendo*, le linee dell'eventuale riapertura del processo di adattamento.

Quanto alle (nuove) definizioni di discriminazione e, soprattutto, di discriminazione indiretta, stando al sesto *considerando* della nuova direttiva sul genere (2002/73/CE⁷) si tratta di un intervento necessario, volto a colmare il vuoto normativo determinato dall'assenza delle definizioni di discriminazione diretta e indiretta nella precedente direttiva del 1976, utilizzando quelle nel frattempo elaborate, nel corso dell'anno 2000, nella direttiva sulla razza o origine etnica (2000/43/CE⁸) e nella direttiva sulle altre discriminazioni (2000/78/CE⁹).

⁶ Da questa ricostruzione cronologica è assente il riferimento al Trattato istitutivo CE e alle modifiche e integrazioni apportate dal Trattato di Maastricht del 1992 e dal Trattato di Amsterdam del 1997. Può bastare qui solo ricordare come solo a seguito delle modifiche, nella prima parte, dedicata ai Principi, siano stati introdotti il principio dell'eliminazione delle ineguaglianze e la promozione della parità tra uomini e donne (art. 3, par. 2) e la lotta alle "discriminazioni fondate sul sesso, le razze o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali" (art. 13) e, nel titolo XI°, dedicato alla Politica sociale, sia stata rafforzata e dettagliata la disciplina (in particolare all'art. 141, ex art. 119).

⁷ *Che modifica la direttiva 76/207/CEE del Consiglio relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento tra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro.*

⁸ *Che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica.* Si noti l'incredibile trascuratezza nella oscillazione nell'uso sia della congiunzione copulativa ("e"), ad esempio nel titolo, sia di quella disgiuntiva ("o"), di seguito nel testo.

E' stata così inopinatamente dimenticata la direttiva sull'onere della prova (97/80/CE¹⁰), in cui, all'articolo 2, è dettata la/una definizione di discriminazione indiretta.

Le nozioni sembrano, quindi, destinate continuamente a modificarsi, ma anche a diventare omogenee. Lo spostamento attualmente avviene sia sul versante delle eccezioni ammesse, sia su quello della modificazione del giudizio di ricaduta negativa dell'impatto o impatto differenziato: da 'svantaggio proporzionalmente maggiore dei lavoratori appartenenti al gruppo' (attuale disciplina interna in relazione al genere) a "particolare svantaggio rispetto ad altre persone" (disciplina comunitaria da trasporre sia come quadro generale, sia per le discriminazioni di razza o origine etnica e per quelle di genere).

Non è compito di queste note approfondire l'entità del cambiamento in atto. In via di prima approssimazione, si può affermare che la nozione sembra presentare maggiore coerenza nell'ambito della discriminazione per razza o origine etnica rispetto a quella di genere, nei cui confronti si rischia un allentamento di rigore valutativo.

Sarebbe interessante costruire una vera e propria tavola sinottica di comparazione, per quanto riguarda e la nozione e l'azione in giudizio, con riferimento ai soggetti, individuali e collettivi, ai contenuti, agli ambiti, registrando le modificazioni e le loro determinanti. Basti pensare come la nozione di discriminazione di genere sia costruita con riferimento al lavoro, mentre quella di razza o origine etnica sia scritta sullo stesso spartito, ma il lavoro costituisca solo una componente, benché predominante. Basti ancora pensare ai soggetti che possono impugnare "atti, patti) o comportamenti" discriminatori di carattere collettivo: con riferimento alla discriminazione di genere, sono le consigliere di parità nazionali e regionali (art. 8, comma 7, della legge n. 125 del 1991, nella nuova formulazione a seguito della riforma del 2000); con riferimento alla discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, sono le rappresentanze locali delle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello nazionale" (art. 44, comma 10, del testo unico immigrazione) e saranno - con riferimento a disposizioni, criteri o prassi - anche (o forse esclusivamente) le associazioni rappresentative degli interessi lesi, individuate secondo criteri di selezione della loro rappresentatività (art. 29 legge comunitaria per il 2001). Contestualmente, è ipotizzata la creazione di un ufficio di controllo e di garanzia, con la duplice funzione della promozione della parità e della rimozione delle discriminazioni e con la, contraddittoria, duplice possibilità di "assistenza indipendente" anche in giudizio e di conduzione diretta di "inchieste indipendenti".

La peculiarità europea e nazionale è che si parta dalla tutela antidiscriminatoria di genere (anzi, come abbiamo visto, almeno per la parte processuale nazionale da quella antidiscriminatoria per motivi sindacali) e si arrivi a quella di razza o origine etnica. Si tratta di un cammino inverso rispetto a quello seguito nelle fonti internazionali e nei Paesi da cui abbiamo attinto il modello, in cui si parte dalla tutela antidiscriminatoria di razza per arrivare a quella di genere¹¹, probabilmente a motivo del diverso momento di emersione della tensione sociale sottostante. Questo con riferimento all'evoluzione storica, perché se ci si fermasse alla fotografia dell'esistente e si ritenesse di poter condividere il rilievo posto al sesto *considerando* della direttiva 2002/73/CE, già sopra ricordato, almeno formalmente, la definizione di discriminazione diretta e indiretta di genere viene importata da quella di razza e origine etnica.

⁹ Che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro.

¹⁰ Riguardante l'onere della prova nei casi di discriminazione basata sul sesso.

¹¹ Ha recentemente rilevato MORONDO TARAMUNDI, *Appunti sul 'maschio, vittima innocente' nel diritto comunitario*, in GDLRI, 2002, 309, come "nel caso europeo ... la discriminazione di genere è stata il primo, e durante molto tempo l'unico, oggetto del diritto antidiscriminatorio" (p. 315).

Prima di proseguire nell'analisi, è doveroso, visto che si è già utilizzato e si continuerà ad utilizzare il termine razza e origine etnica, esplicitarne alcuni degli aspetti di ambiguità.

Tale ambiguità è innanzitutto resa palese nella stessa direttiva 2000/43, tutta incardinata com'è sulla utilizzazione dei due termini, razza e origine etnica, senza alcun riferimento qualificatorio, lasciando intendere il ricorso a una convenzione semantica ai soli fini identificatori dell'ambito di intervento. Infatti, al sesto *considerando*, viene precisato che vietare la discriminazione razziale non implica accettare le "teorie che tentano di dimostrare l'esistenza di razze umane distinte". Parlare di razza, infatti, può essere errato sotto il profilo teorico-antropologico¹².

L'affermazione della direttiva è stata oggetto di critiche in quanto lascerebbe indeterminata l'identificazione dei comportamenti vietati, affidata pertanto solo all'opera della Corte di giustizia (CHIECO, P., p. 79, nt. 9). A mio avviso il rilievo è condivisibile nella parte in cui contribuisce a sottolineare la complessità della questione nella sua difficile applicazione concreta.

La direttiva, d'altro canto, esclude dal suo campo di applicazione "le differenze di trattamento basate sulla nazionalità". Si tratta di una discutibile esclusione, soprattutto alla luce della disposizione posta all'articolo 12 del Trattato CE, che vieta la discriminazione in ragione della nazionalità¹³, con le sole differenziazioni previste nel Trattato stesso, che riguardano l'ingresso e il soggiorno e non anche, come invece stabilisce la direttiva, "qualsiasi trattamento derivante dalla condizione giuridica dei cittadini dei paesi terzi o degli apolidi interessati" (art. 3, par. 2) (CHIECO, P., p. 99).

Occorrerebbero ben altre competenze per approfondire la questione relativa al rapporto tra razza, origine etnica, nazionalità, identità nazionale, cittadinanza e, con riferimento a quest'ultimo termine la differenza tra cittadinanza come *status*, da cui per definizione è escluso, e la cittadinanza come condizione sociale, in cui può e deve essere incluso lo straniero (LO FARO, A., pp. 196 e ss.).

Anche se ci si limitasse al profilo della cittadinanza come *status* – che sembrerebbe quella rilevante ai fini della deroga – si può osservare come, nell'attuazione concreta, la direttiva sia comunque destinata a tutelare contro le discriminazioni gli stranieri immigrati e questi sono tutti coloro che hanno nazionalità diversa da quella italiana ed europea e che non necessariamente appartengono ad una razza o a una etnia diversa. L'allargamento definitivo dell'Unione a 25 Paesi sta abbassando il tasso di errore, dato che consentirà di includere nella cittadinanza europea e, quindi, di non considerare più stranieri i cittadini dei paesi dell'Europa dell'Est.

L'esclusione della nazionalità dai motivi di illecita discriminazione sembra, inoltre, destinata più alle fonti normative che ai rapporti interprivati.

L'ambiguità riguarda anche la questione dell'equilibrio tra integrazione e salvaguardia dell'identità personale, che può essere anche posta ripercorrendo lo schema più noto, elaborato con riferimento al genere, della lotta alle discriminazioni con garanzia di salvaguardia delle differenze

¹² Come ricorda il genetista BARBUJANI nell'appendice al romanzo *Questione di razza*, Mondadori, Milano, 2003, "fino al 1962, all'articolo di Frank Livingstone intitolato *Sull'inesistenza delle razze umane*, nessuno ha mai messo in dubbio che la nostra specie fosse suddivisa in razze distinte. Né prima né dopo, però, ci si è mai messi d'accordo su quali fossero queste razze" (p. 235).

¹³ Si tratta dell'ultima formulazione modificata di quell'articolo 7 dell'originario Trattato, unica sede in cui, fino alle revisioni più recenti, compariva, nella parte dedicata ai principi generali, il riferimento a uno specifico divieto di discriminazione, dovendosi attendere fino all'allora articolo 119 (ora art. 141 integrato) per incontrare il principio della parità di retribuzione tra lavoratori e lavoratrici.

Non è questa la sede per ricostruire l'interpretazione della disposizione secondo la quale il divieto di discriminazione basata sulla nazionalità andrebbe limitato alla libera circolazione dei lavoratori comunitari, nonostante la presenza di uno specifico divieto di "discriminazione, fondata sulla nazionalità, tra i lavoratori degli Stati membri, per quanto riguarda l'impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro" (art. 39, par. 2, del Trattato), in apertura del titolo III dedicato alla "Libera circolazione delle persone, dei servizi e dei capitali".

rivendicate (ma su questo torneremo). E si osservi quanto si complica ulteriormente la prospettiva se si assume come uno dei sensori dell'avvicinamento a condizioni di effettiva parità di opportunità la visibilità delle condizioni diverse dall'appartenenza al gruppo: il grado di istruzione, la formazione e la professionalità posseduti, le scelte personali e familiari effettuate.

3. *Le discriminazioni multiple o incrociate.*

Il collegamento tra le due discipline antidiscriminatorie – genere e razza o origine etnica – è ancora più stretto di quanto sia apparso nelle note che precedono, dato che se consideriamo la situazione della donna di razza o origine etnica diversa o comunque straniera incontriamo quella che è riconosciuta come discriminazione multipla o incrociata. E' in anni recenti che si inizia a riflettere sul concetto di forma multipla di discriminazione o di discriminazione incrociata, indispensabile per poter cogliere le conseguenze della azione combinata di più condizioni di esposizione al rischio di discriminazione.

E' significativo che, in ambito ONU, il Comitato (di monitoraggio sull'applicazione dei trattati) sull'eliminazione della discriminazione razziale (CERD) abbia approvato, nel marzo 2000, una raccomandazione in cui analizza le dimensioni della discriminazione razziale correlate alla differenza di genere; a sua volta, il Comitato sull'eliminazione delle discriminazioni contro le donne (CEDAW) ha discusso i temi del razzismo nella sessione del 2001. Si può ricordare la metafora del crocevia¹⁴, in cui le discriminazioni di razza, genere, classe e altre forme di discriminazione o subordinazione rappresentano le strade attorno a cui si struttura lo spazio sociale, economico o politico.

E' evidente che quando si utilizza la formula 'discriminazione multipla' si è consapevoli che non si è in presenza di una mera sommatoria di fattori, quanto piuttosto di fattori che interagiscono tra di loro producendo ricadute negative esponenziali. La discriminazione doppia vive in misura esponenziale delle difficoltà di ciascuna delle due singole aree di cui si compone e chiama in causa tematiche ancor meno approfondite.

La doppia discriminazione o discriminazione incrociata o multipla (di genere e di razza o origine etnica) è nominata come principio di delega nella legge comunitaria per il 2001, benché risulti solo evocata e non si cerchi di trarne conseguenze né di fornire strumenti ricognitivi utili.

E' da rilevare come l'articolo 29 della legge comunitaria per il 2001 si apra indicando il suo obiettivo consistente nel "coordinare le disposizioni vigenti in materia di garanzie contro le discriminazioni, ivi compresi gli articoli 43 e 44 del testo unico immigrazione". Ne deriva che questi ultimi costituiscono solo una parte delle fonti in materia di tutela antidiscriminatoria, benché non siano determinate le altre. Si può solo immaginare che riguardino la discriminazione di genere.

Si ricordi che il testo unico immigrazione, per questa parte non toccato dalla riforma del 2002, introduce, a fianco del principio della parità di trattamento, che risale alla prima legge in materia del 1986, il divieto di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali¹⁵ o religiosi (art. 43) e lo correda da azioni civili sanzionatorie (art. 44) anche in continuità con la tutela penale

¹⁴ Elaborata dalla CRENSHAW, *Gender-related Aspects of Race Discrimination* (Zagabria, 21-24 novembre 2000, riunione di esperte della Divisione per il progresso delle donne, DAW, delle Nazioni Unite).

¹⁵ Si osservi, tra i fattori vietati di discriminazione, il richiamo fra gli altri all'"origine nazionale" oltre che etnica (art. 43) e ai "motivi nazionali" (art. 44), in chiara inclusione della nazionalità e in controtendenza rispetto alla esclusione operata nella direttiva europea (rilevata *supra*). La situazione è destinata a complicarsi una volta esercitata la delega affidata al Governo dalla legge comunitaria 2001, espressamente riferita, anche nel testo dell'art. 29, alle "discriminazioni per cause direttamente o indirettamente connesse con la razza o l'origine etnica".

apprestata da una legge del 1993¹⁶. Si tratta di una disciplina incisiva, almeno sulla carta, applicabile "anche agli atti xenofobi, razzisti o discriminatori compiuti nei confronti dei cittadini italiani, di apolidi, e di cittadini di altri Stati membri dell'Unione europea presenti in Italia" (art. 43, comma 3), che intende "colpire le conseguenze, consapevoli o meno, del pregiudizio che inquina la convivenza con individui e gruppi di varia provenienza" (CASTELVETRI, L., p. 321).

Rispetto al testo unico immigrazione, la delega prevista nella comunitaria, sulla base della direttiva, scioglie la questione delle azioni positive e introduce il richiamo alle molestie sessuali come discriminazione.

Attualmente non si può che ritenere in via di definitiva chiusura la discussione sulla rilevanza o meno della carenza, nella disciplina legislativa, della componente promozionale¹⁷ e del precedente (nel testo unico immigrazione) continuo riferimento al principio di parità di trattamento senza alcun cenno a quello di parità di opportunità e, di conseguenza, sulla ammissibilità di azioni positive di vantaggio finalizzate a rimuovere gli ostacoli alla realizzazione della parità sostanziale anche nel campo della discriminazione per razza o origine etnica. Il caso più discusso è stato quello del primo Patto per il lavoro di Milano del febbraio 2000, in cui si intendeva favorire l'integrazione del lavoro immigrato "mediante la stipulazione di contratti collettivi d'area 'di tipo etnico', dunque attraverso una negoziazione differenziata, se non necessariamente peggiorativa, rispetto agli *standard* di categoria" (CASTELVETRI, L., p. 323).

Il Patto ha inserito gli stranieri inoccupati e disoccupati tra le categorie a rischio di esclusione sociale, assieme ai soggetti in situazione di disagio psicofisico o sociale e ai lavoratori ultraquarantenni espulsi dal mercato del lavoro per motivi organizzativi, consentendo la attivazione di progetti innovativi di flessibilità dell'impiego approvati da una apposita Commissione di concertazione. L'intesa è stata criticata proprio in punto di applicazione alla categoria di svantaggio costituita dalla cittadinanza (o nazionalità?), in quanto "in netto contrasto con i principi di parità di trattamento e di non discriminazione"¹⁸. Le obiezioni sono numerose e articolate: dal riconoscimento dello svantaggio come pregiudizio (i dati milanesi confermerebbero di trovarsi in una zona ad alto tasso di occupazione straniera regolare); al rischio che si tratti di una inammissibile procedura surrettizia di regolarizzazione; all'introduzione di regole peggiorative proprio nei settori di mercato nei quali gli stranieri (data la minor presenza di forza lavoro italiana) hanno maggiore forza contrattuale; alle possibili reazioni xenofobe conseguenti alla spaccatura del mercato del lavoro.

I principi della delega sembrano idonei a sciogliere i dubbi, avendo recepito quanto contenuto nella direttiva n. 43 del 2000 che dedica alle azioni positive uno specifico articolo, intendendo per tali quelle azioni che hanno "lo scopo di assicurare l'effettiva e completa parità" (art. 5).

Non credo che questo sia comunque sufficiente; innanzitutto, per alcuni profili che riguardano la formulazione stessa della disposizione e il suo difficile coordinamento interno. Si parla di progetti di azioni positive destinati a evitare o compensare svantaggi, ma non di loro rimozione. La formulazione è diversa da quella impiegata nella legge n. 125 del 1991, esempio di

¹⁶ L. 25 giugno 1993, n. 205, di conversione, con modificazioni, del d.l. 26 aprile 1993, n. 122 (*Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa*).

¹⁷ La maggior parte della dottrina ritiene che discriminazione indiretta e azioni positive costituiscano una coppia indissolubile. Così LO FARO, A., *op. cit.*, p. 226 e 230 e ss.; BALLESTRERO, M. V., *Azioni positive. Punto e a capo*, in LD, 1996, 117 e, *ivi*, 126; SCARPONI, S., *La nozione di discriminazione*, in ZOPPOLI – GAETA, a cura di, *Il diritto diseguale*, Torino, Giappichelli, 1992, *. In un precedente lavoro (voce *Lavoratori stranieri*, aggiornamento IX della Enciclopedia giuridica Treccani, 2001) proponevo l'opposta soluzione. La precisa indicazione contenuta nella legge delega, da un lato, supererà ogni incertezza, dall'altro, potrebbe confermare la necessità di esplicita menzione.

¹⁸ SCARPELLI, F., *Il patto Milano Lavoro: le ragioni del dissenso*, in DRI, 2000, p. 135 e, *ivi*, pp. 136 ss.

importazione parziale di modello in cui gli scostamenti non possono essere ascritti, con certezza, all'area della disattenzione o a quella della volontarietà. Peraltro, la rimozione degli svantaggi compare nel testo, ma solo nella parte repressiva. La rimozione risulta, infatti, affidata al responsabile dell'ufficio, che è organismo diverso da quelli vigenti nell'ambito della tutela antidiscriminatoria di genere e, in ogni caso, non può intervenire direttamente – almeno pare – nella progettazione di azioni positive.

Torna, inoltre, la questione della possibile esclusione dai divieti della appartenenza a una determinata nazionalità. Le azioni positive, quindi, non dovrebbero riguardare tanto gli stranieri immigrati, quanto i soggetti di razza o etnia differente. Ma anche a prescindere da questo rilievo, è possibile inserire la cittadinanza o nazionalità come categoria di svantaggio presunto del gruppo? E questo svantaggio consiste nel rischio di esclusione sociale? Il parallelo con la condizione femminile è di grande aiuto, dato che riveste le medesime caratteristiche: di permanenza nel tempo e di impossibilità di cambiamento (salvo i rari casi di trans-sessualità); di presunzione di una condizione di svantaggio che presenta, nella realtà, non marginali eccezioni. E riveste le caratteristiche di obbligo positivo del datore di lavoro di tener conto delle differenze e non solo di obbligo negativo di non derivare da quelle differenze effetti discriminatori. Ma incontra almeno un punto di crisi: conforma l'individuo al gruppo a prescindere dalle sue scelte. E qui rileverei una differenza con il genere: i diritti nella nostra società possono entrare irrimediabilmente in conflitto con le regole dell'identità culturale e religiosa del gruppo di appartenenza se questo è costruito sulla razza o origine etnica, molto meno (o non più) sul sesso.

E in ogni caso si ripresenteranno i nodi irrisolti delle azioni positive di genere¹⁹. La questione delle azioni positive sembra, però, ricevere soluzioni più confortanti se affrontata alla luce della discriminazione multipla, se non altro nel senso che la lavoratrice immigrata può essere considerata soggetto che non può che rientrare a pieno titolo nelle azioni positive di genere.

Sullo sfondo si profila la questione della individuazione del fattore prevalente. Si può solo rilevare come, finora, sia sempre stata considerata assorbente l'appartenenza al genere. In altri termini, lo straniero riceve protezione dalla strumentazione antidiscriminatoria specifica; la straniera viene dirottata sulla protezione derivante dalla tutela antidiscriminatoria di genere, forse in ragione di una presunzione di maggior consolidamento della tutela nel nostro Paese.

Questo dimostra quanto manchi ancora la percezione piena della complessità della questione della discriminazione composita, legata sia alla razza sia al genere di appartenenza, con effetti che oscillano tra l'eccesso e la carenza di inclusione della condizione di donna.

Si pensi alla questione della tratta. Possiamo ritenere che sia più rilevante l'appartenenza al genere o la condizione di straniera e, quindi, di emarginazione razziale e sociale?

Si pensi alla questione delle mutilazioni femminili. Possiamo ritenere che sia più rilevante l'appartenenza al gruppo che le impone o la condizione di donna che le rifiuta?

Ma, senza arrivare a situazioni così drammatiche, si pensi alla figura delle cosiddette 'badanti', recentemente introdotta, come una sorta di fattispecie autonoma, nel nostro ordinamento dalla legge di riforma della disciplina dell'immigrazione. Il lavoro meno considerato nella legislazione del lavoro, quello di assistenza domiciliare privata, viene fatto rientrare nella disciplina del lavoro meno protetto, il lavoro domestico, forse anche perché in larga misura svolto da chi somma la duplice condizione di donna e di straniera (su questo si rinvia *infra*).

Questo esempio ci consente di verificare l'importanza di porsi in un'ottica che riconosca, anziché il fattore prevalente di rischio, il fattore che, incrociato con altro o con altri, comporta

¹⁹ Sia consentito il rinvio ai risultati della più recente ricerca empirica, svolta in ambito giuridico: GOTTARDI, D., *Verifica empirica dei progetti di azioni positive finanziati e conclusi (alla data del 31 dicembre 1998, con cenni al periodo successivo)*, in GAROFALO, M. G., a cura di, *Lavoro delle donne e azioni positive. L'esperienza giuridica italiana*, Bari, Cacucci, 2002, 33.

maggiore vulnerabilità. E la maggiore vulnerabilità è rinvenibile in ogni combinazione di fattori di rischio.

4. *Le sedi separate.*

La prima costante da rilevare, nei due ambiti sopra definiti della tutela antidiscriminatoria, per genere e per razza o origine etnica, è quella della separatezza di disciplina, che solo in parte può essere spiegata come garanzia di salvaguardia della specificità. Scarsi sono i collegamenti interni nella disciplina positiva e quando vengono effettuati corrono ingiustamente il rischio di essere ritenuti superflui.

Emblematico è proprio l'andamento della disciplina in materia di immigrazione. La parte oggetto di queste note è coinvolta in una clamorosa scissione schizofrenica²⁰. La riforma del testo unico ad opera della legge n.189 del 2002 riguarda la maggior parte dei suoi articoli, ma non ha toccato quelli in materia di discriminazione e di conseguente azione in giudizio (artt. 43 e 44), per la cui modifica sono stati invece approvati, come in precedenza ricordato, i principi e i criteri direttivi per l'esercizio della delega alla trasposizione della direttiva n. 43/2000 ad opera della legge comunitaria per il 2001 (art. 29).

Come vedremo, la dissociazione di sede corrisponde alla dissociazione di obiettivi: in un caso la chiusura delle frontiere, se non per le prestazioni di lavoro indispensabili alla nostra economia e possibilmente connotate da stagionalità (nella relazione illustrativa si legge che la riforma ha per scopo la lotta contro il rischio di invasione da parte di popoli affamati), nell'altro il rafforzamento della tutela antidiscriminatoria e la messa in campo di azioni promozionali. La schizofrenia della approvazione nel corso dello stesso anno di provvedimenti tanto antitetici – a meno che non si voglia accettare l'equivalenza: massima garanzia per minima presenza – può trovare numerose spiegazioni, tra cui, appunto, la separatezza tra disposizioni particolari in tema di discriminazioni e disposizioni generali; la riproduzione acritica, nella legge comunitaria, della elaborazione del governo precedente in un ambito considerato, nei fatti, marginale - almeno nel senso che è elevata la probabilità che le garanzie siano destinate a rimanere sulla carta -, ma di notevole impatto d'immagine, soprattutto nel confronto europeo.

Questa ultima considerazione ci consente di rinvenire ulteriori punti di contatto tra discriminazione di genere e discriminazione di razza, a cominciare dal tasso di ineffettività o meglio dalla distanza abissale che separa la lettura dei principi dell'ordinamento dalla loro attuazione concreta.

Almeno finora, non si hanno notizie sull'efficacia della disciplina antidiscriminatoria per razza o origine etnica. Emblematica è la latitanza, salvo rare eccezioni, delle Regioni, pur chiamate

²⁰ Non di scissione schizofrenica, ma di carenza si deve, invece, parlare a livello comunitario. Se la specifica disciplina antidiscriminatoria è stata emanata nel 2000, mancano ancora fonti su tutti gli altri aspetti dell'immigrazione, le politiche essendo rimaste ancora fortemente nazionali.

Si ricordi che il cammino dell'Unione europea in materia di politiche di immigrazione ed asilo è relativamente recente, dato che risale al 1986 (Atto unico europeo), ed è lento e incerto, a causa della difficoltà di armonizzare le diverse posizioni degli stati membri, peraltro reticenti a dismettere sovranità in tali materie. Significativi passi in avanti si sono avuti, dapprima con il Trattato di Maastricht del 1992, in cui l'immigrazione entra nel novero delle materie ricomprese nella cooperazione intergovernativa, e successivamente con il Trattato di Amsterdam del 1997 (art. 63 TUE), con la 'comunitarizzazione' delle politiche di asilo e di condizioni di soggiorno, compresi il ricongiungimento familiare e l'accesso all'occupazione di cittadini di paesi terzi. Allo stato attuale possiamo contare solo su un provvedimento riguardante gli sfollati (direttiva 2001/55/CE), su comunicazioni della Commissione e proposte di direttiva: una relativa al diritto al ricongiungimento familiare; una recante norme minime per il riconoscimento e la revoca dello *status* di rifugiato; una recante norme minime per i richiedenti asilo; infine, una relativa alle condizioni di ingresso e di soggiorno dei cittadini di paesi terzi che intendono svolgere attività di lavoro autonomo e subordinato in uno dei paesi dell'Unione.

ad un ruolo attivo, anche con la costituzione di appositi centri. Il rischio è che si ripercorra, ed anzi, se possibile, si superi l'andamento negativo della tutela antidiscriminatoria in ragione del genere. I principi affermati, con tanta dovizia di particolari, nel testo unico immigrazione sono ancora lontani dal ricevere applicazione, e la riforma prospettata in sede di recepimento della direttiva sembra destinata soprattutto ad un rafforzamento dei principi più che ad una adeguata strumentazione sui territori. La scelta di un organismo nazionale incardinato presso il Ministero pari opportunità non sembra agevolare sperimentazioni e diffusione di buone prassi.

Eppure si tocca il punto nevralgico della politica di integrazione, consentendo di togliere il velo sia dalla parificazione indesiderata a fronte delle differenze rivendicate, sia dal possibile conflitto rispetto alla salvaguardia dei diritti e della cultura del paese ospitante. Si pensi, solo per esemplificare, alle questioni poste da alcune comunità religiose anche in relazione al lavoro e che vanno dalla libertà di abbigliamento, da intendersi come libertà di mantenere le proprie limitazioni o le proprie abitudini e prassi (dallo *chador* ai turbanti, abbigliamento esteriore che non arriva al grado di difficoltà dell'argomento scottante e disarmante delle mutilazioni sessuali, soprattutto, alle bambine), a quella di rispettare il diverso scandire religioso dei tempi (orari della preghiera, venerdì festivo, ...) (SCHMIDT di FRIEDBERG, O, p. 125 e COMANDUCCI, pp. 32 e ss.). Peccato che manchino ancora, non solo azioni giudiziali, ma analisi approfondite delle loro conseguenze sull'organizzazione del lavoro, che sembra rimanerne impermeabile. E' ancora attuale l'osservazione che non è rinvenibile "nel nostro ordinamento un obbligo positivo del datore di lavoro di tener conto delle differenze culturali, ma semmai solo un obbligo negativo di non derivare da quelle differenze effetti discriminatori" (VISCOMI, A., 1998, 302). Forse l'unico segno è il riconoscimento delle festività religiose²¹, che, però, non riguarda le religioni della maggior parte degli stranieri residenti nel nostro paese.

La stessa rivendicazione di una laica imparzialità dello Stato, così come garantita dalla Costituzione, appare strumentale almeno quanto la richiesta di emanazione di provvedimenti legislativi per la tutela giuridica della (diversa) identità.

Ed è vero che "il diritto alle radici" non solo conforma l'individuo al gruppo, a prescindere dalle sue scelte, ma rischia "di essere poco più di una nobile aspirazione, soprattutto quando tale identità deve trovare svolgimento in un apparato produttivo che riconduce le differenze all'unità" (VISCOMI, A., 1998, pp. 301 e s.). Si deve allora concordare sulla conclusione secondo cui solo "laddove diritti liberali e identità culturale dovessero entrare in conflitto insanabile", vanno privilegiati i diritti: "il fascino della società multi-etnica si ferma ... sulla soglia dei diritti fondamentali delle persone" (BALLESTRERO, M. V., p. 544).

Una delle questioni cruciali sta nella oggettiva necessità di superare la fase della propugnanza acritica della società multiculturale e multi-etnica (per la segnalazione del pericolo che il multiculturalismo sia la negazione del pluralismo e anziché condurre alla integrazione differenziata porti alla disintegrazione, SARTORI, G., *passim*) e di passare a definire e a razionalizzare i rapporti con lo Stato, tenendo conto che le 'culture altre' non sono riconducibili automaticamente, né in vista della loro salvaguardia, né della loro integrazione/inclusione, nel paradigma di società esistente. Questo anche per non incorrere nel rischio che vengano ad esaltarsi "le tendenze regressive e le 'usanze nazionali' più involute presenti in ciascuna etnia"²².

Il secondo punto di contatto tra discriminazioni di genere e discriminazioni di razza o origine etnica riguarda il legame peculiare stretto con il lavoro. La stessa plausibilità giuridica della "auspicata considerazione in termini unitari" delle discriminazioni di genere e di quelle di razza

²¹ L. 22 novembre 1988, n. 516, *Norme per la regolazione dei rapporti tra lo stato e l'unione delle chiese cristiane avventiste del 7° giorno*; l. 8 marzo 1989, n. 101, *Norme per la regolazione dei rapporti tra lo stato e l'unione delle comunità ebraiche italiane*.

²² RUSCONI, *Questione etnica e cittadinanza*, in *Dem. Dir.*, 1992, 23 e, *ivi*, 56.

(LO FARO, A., p. 225) è basata sulla relazione intrattenuta con il lavoro. E' il lavoro, anche e forse ancora di più per gli stranieri, a costituire la chiave di accesso per i cosiddetti 'diritti di cittadinanza', laddove cittadinanza non sta per nazionalità, ma per insieme di diritti sociali, tra cui l'assistenza sanitaria, l'abitazione e l'istruzione²³, diventando nel loro insieme strumenti di inclusione sociale. E' del resto il diritto del lavoro una delle poche discipline giuridiche a occuparsi del diritto antidiscriminatorio. E' il lavoro a costituire l'ambito non esclusivo ma prevalente anche della disciplina sulla parità di opportunità e sul divieto di discriminazione di genere.

Tutti i documenti, anche di fonte europea, segnalano come l'immigrazione sia fenomeno basato essenzialmente sul lavoro subordinato o autonomo e quanto sia importante predisporre canali legali accessibili, a pena di incremento di irregolari o clandestini. Esempio in questo senso è la prima affermazione che si incontra nel parere del Comitato economico e sociale europeo in merito alla proposta di direttiva del Consiglio relativa alle condizioni di ingresso e di soggiorno dei cittadini di paesi terzi che intendono svolgere attività di lavoro subordinato o autonomo: "la proposta di direttiva risponde alla necessità di regolamentare un aspetto importantissimo della politica comunitaria in materia di immigrazione, vale a dire le condizioni di ingresso e di soggiorno dei cittadini di paesi terzi che intendano svolgere un'attività, subordinata o autonoma, in uno Stato membro".

Le modificazioni introdotte dalla riforma apportata dalla legge del 2002 nel campo dell'accesso all'occupazione sono numerose e quasi tutte presentano carenza di coordinamento con la disciplina generale. E' prevista la creazione di uno sportello unico immigrazione, istituito presso la Prefettura, che ha competenza sul procedimento di assunzione a tempo determinato o indeterminato e che deve collegarsi al centro per l'impiego competente per territorio anche al fine di verificare l'assenza di manodopera nazionale o europea, cui dare precedenza. Si tratta di una condizione che è stata ripristinata nonostante fosse noto come la sua eliminazione (nel 1998) sia stata determinata non solo da una maggiore apertura e solidarietà nei confronti degli immigrati, ma soprattutto dalla realistica valutazione delle conseguenze negative indotte dall'eccesso di burocrazia che impediva nei fatti il ricorso alla manodopera straniera. La scelta si dimostra insensibile ai richiami dell'Unione europea, secondo cui i tentativi di chiusura delle frontiere e di introduzione di 'complicazioni burocratiche' nell'accesso al lavoro hanno come conseguenza l'aumento del numero di clandestini, con effetti perversi sul mercato del lavoro, soprattutto nel nostro Paese, caratterizzato da un alto tasso di diffusione del lavoro nero o sommerso. Anche qui, a meno che non si ritenga coerente questa impostazione rispetto ad una riforma che da un lato tenta di chiudere le frontiere, dall'altro realizza la più imponente operazione di regolarizzazione di clandestini mai effettuata in precedenza in nessun Paese europeo.

Il ripristino della verifica di indisponibilità, inoltre, è avvenuto a disciplina del collocamento variata. Di fronte a una richiesta presentata dal datore di lavoro di assumere un lavoratore straniero diventa difficile prevedere la sorte della eventuale indicazione da parte del centro per l'impiego dell'esistenza di manodopera italiana (o europea) disponibile, dato che il datore di lavoro da parecchi anni ormai procede direttamente ed è solo tenuto a comunicare l'avvenuta assunzione di personale autonomamente scelto.

Il principio formale rispettato è quello della protezione dei lavoratori nazionali dalla concorrenza degli stranieri. Si ricordi che, secondo una tuttora condivisibile opinione, di questo vi è traccia anche nella garanzia di parità di trattamento tra lavoratore straniero regolarmente soggiornante e lavoratore italiano, fin dalla sua introduzione con la legge n. 943 del 1986. La dottrina ha avuto modo di rilevare come la disposizione risponda non solo al valore che esprime, ma

²³ Classica la citazione di MARSHALL, T. H., *Citizenship and Social Class and other essays*, Cambridge University Press, 1950 e le successive opere di BARBALET, J. M., *Cittadinanza. Diritti, conflitto e disuguaglianza sociale*, Padova, Liviana, 1992 (trad. it.); ZOLO, D., a cura di, *Cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Roma-Bari, Laterza, 1994.

anche alla protezione del lavoratore interno dalla possibile concorrenzialità di quello straniero (GAROFALO, M. G., p. 136 e LAMBERTUCCI, P., p. 120). Una risalente circolare del Ministero del lavoro (la n. 43 del 1993) ne fornisce una inattesa dimostrazione: i datori di lavoro preferirebbero assumere stranieri, in quanto "più disponibili sia ad eseguire lavori faticosi e insalubri, sia" ad accettare retribuzioni inferiori" (segnalata da BALLESTRERO, M. V., pp. 527 e s.). Ed in effetti è innegabile un interesse degli stranieri ad accettare (qualsiasi) opportunità di lavoro, ancorché sottoprotetto (VISCOMI, A., 1991, p. 119). E si vedrà di seguito come questo trovi particolare conferma nello sviluppo del lavoro domestico e di assistenza familiare, spesso svolto da persone con eccellente percorso scolastico (e spesso prive di professionalità specifica).

Se poi ci rivolgiamo in particolare alle due condizioni – di genere e di razza – la possibile concorrenza interna arriva a risvolti paradossali. L'incremento della presenza di donne e di pensionati nel mercato del lavoro è indispensabile secondo le elaborazioni dell'Unione europea per assicurare la sopravvivenza del sistema previdenziale pensionistico. Ma potrà anche impedire o costituire freno alla crescita dell'immigrazione di stranieri? Secondo alcuni la risposta può essere affermativa, ma solo se la concorrenza si colloca al livello inferiore della scala professionale: le donne – attualmente casalinghe, o disoccupate – dovrebbero accettare impieghi poco qualificati e poco remunerati o faticosi, cioè quelli ancora oggi maggiormente destinati agli stranieri.

La dottrina ha finora ritenuto che i limiti all'ingresso di lavoratori stranieri siano autorizzati dal diritto internazionale, e ora anche da quello comunitario cui il diritto interno "si conforma" e che "il confine della ragionevolezza di questi limiti è segnato dalla priorità accordata dalla legge ai lavoratori italiani e comunitari e, dunque, dalla preferenza accordata al mercato nazionale e comunitario dell'occupazione", con il che "l'eguaglianza degli stranieri non privilegiati si riduce ad una 'ragionevole' disparità di trattamento" (BALLESTRERO, M. V., pp. 538 e 540).

Emblematica è l'esclusione dagli impieghi nella pubblica amministrazione. Anche dopo Amsterdam, il Trattato mantiene la chiusura nei confronti degli "impieghi nella pubblica amministrazione" (art. 39, n. 4, *ex art.* 48), sia pure temperata e condizionata dalle decisioni della Corte di giustizia europea. Questa disposizione si salda con la riserva di accesso agli impieghi pubblici in favore dei cittadini italiani (art. 51, n. 2, Cost.) e con la parificazione dei soli cittadini europei (art. 37 d. lgs. n. 29 del 3 febbraio 1993²⁴), ad esclusione dei posti di lavoro che implicano esercizio di pubblici poteri o attengono alla tutela dell'interesse nazionale. Per gli stranieri rimane solo l'accesso per la via delle liste ordinarie di collocamento, destinato all'inquadramento "nei livelli retributivo-funzionali per i quali non è richiesto il titolo di studio superiore a quello della scuola dell'obbligo" (art. 16, l. n. 56 del 28 febbraio 1987²⁵) e sempre che non si ritenga che tra i requisiti non sia prevista la cittadinanza italiana o europea.

Si ricordi che la direttiva n. 43 del 2000, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, estende il suo campo di applicazione "a tutte le persone sia del settore pubblico che del settore privato, compresi gli organismi di diritto pubblico", in riferimento alle "condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro ..., compresi i criteri di selezione e le condizioni di assunzione, indipendentemente dal ramo d'attività e a tutti i livelli della gerarchia professionale" (art. 3, par. 1 e lett. a, dir.). Il principio subisce eccezione, qualora "per la natura di un'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata", la differenza di trattamento sia dovuta a un obiettivo legittimo e il requisito sia proporzionato (art. 4, dir.). Ma, soprattutto, la direttiva "non riguarda le differenze di trattamento basate sulla nazionalità e non pregiudica le disposizioni e le condizioni relative all'ingresso e alla residenza di cittadini di paesi terzi e di apolidi nel territorio degli Stati membri" (art. 3, par. 2, dir.). E' questa una delle

²⁴ *Razionalizzazione dell'organizzazione delle amministrazioni pubbliche e revisione della disciplina in materia di pubblico impiego.*

²⁵ *Norme sull'organizzazione del mercato del lavoro.*

parti, come si è già segnalato in precedenza, maggiormente criticabili, che non solo si pone in possibile contrasto con l'art. 12 del Trattato CE che vieta la discriminazione in ragione della nazionalità pur consentendo differenziazioni (CHIECO, P., p. 99), ma che, soprattutto, indebolisce l'effettività dell'intera costruzione, non chiarendo la relazione tra nazionalità e origine etnica.

Se questo riguarda il lavoro per il mercato, dobbiamo dedicare attenzione al lavoro di cura, nei cui confronti, come precedentemente anticipato, si registrano alcune significative novità, proprio con riferimento agli immigrati o, meglio, alle immigrate.

5. Il lavoro domestico e di assistenza nell'ultima regolarizzazione di clandestini

Nella riforma del 2002 del testo unico immigrazione la dichiarazione di emersione – variante politicamente forse più corretta di regolarizzazione – coinvolge il lavoro di cura e il lavoro domestico. Nel Capo II dedicato alle 'disposizioni in materia di asilo', la possibilità di "emersione", nell'arco di due mesi dall'entrata in vigore della legge, dal lavoro irregolare è prevista per le persone già precedentemente adibite "ad attività di assistenza a componenti della famiglia affetti da patologie o *handicap* che ne limitano l'autosufficienza ovvero al lavoro domestico di sostegno al bisogno familiare" (art. 33, co. 1, t.u.).

Nell'impianto originario della riforma, il provvedimento di emersione avrebbe dovuto essere rivolto esclusivamente alle (più tradizionali) domestiche e alle (nuove) badanti, orribile neologismo inventato dai *mass media* e di cui viene sempre fornita la declinazione al femminile, dovuta al permanere del pregiudizio sulla tradizionale ripartizione di genere dei mestieri). Queste seconde sono una figura sconosciuta all'ordinamento, pertanto priva di autonomia e destinata, sotto il profilo del trattamento economico e normativo, a seguire le – scarse e molto risalenti – regole del lavoro domestico, prototipo del lavoro a scarsa protezione.

Come è noto la resistenza nei confronti della emersione dell'insieme dei lavoratori subordinati è stata velocemente superata ad opera del decreto legge 9 settembre 2002, n. 195, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 ottobre 2002, n. 222. In questo testo, anziché fare riferimento ai fenomeni dell'emersione (come per il lavoro domestico e di cura) o della regolarizzazione (come nella disciplina precedente), si utilizza il termine di 'legalizzazione del lavoro irregolare di extracomunitari', entro l'11 novembre 2002, in coincidenza con la medesima data prevista per il lavoro domestico e di assistenza.

Le modalità dell'emersione del lavoro domestico e di assistenza e quelle della legalizzazione del lavoro subordinato irregolare destinato al mercato sono sostanzialmente le medesime, per quanto riguarda sia la titolarità della presentazione della domanda (il datore di lavoro), sia il luogo della presentazione (uffici postali), sia i contenuti della dichiarazione (dati identificativi delle parti, "della tipologia e delle modalità di impiego", "della retribuzione convenuta, in misura non inferiore a quella prevista dal vigente contratto collettivo nazionale di riferimento). Cambiamenti riguardano gli allegati indispensabili, che comunque comprendono un contributo a *forfait*, che nel caso del lavoro per il mercato è direttamente quantificato in 700 Euro, mentre nel caso del lavoro domestico e di assistenza è pari "all'importo trimestrale corrispondente al rapporto di lavoro dichiarato"; così come l'impegno a sottoscrivere un contratto di soggiorno, che, sempre nel caso del lavoro per il mercato, non può avere durata inferiore ad un anno, mentre, nel caso del lavoro domestico e di assistenza, segue le condizioni che verranno scelte "nei dieci giorni successivi alla comunicazione della mancanza di motivi ostativi al rilascio del permesso di soggiorno".

Si osservi la necessità di indicare nella dichiarazione di emersione "le generalità del datore di lavoro", mentre ancora adesso la dottrina si interroga sulla sua difficoltosa individuazione nel lavoro domestico: la persona – capofamiglia? – che procede direttamente all'assunzione e che stipula il contratto o la famiglia?

Più in generale, singolare è che la disciplina legislativa si limiti a dettare le condizioni per la regolarizzazione di *colf* e 'badanti', e non provveda a regolamentare il lavoro delle seconde, che indubbiamente svolgono delicati lavori di assistenza alla persona e talora, ma solo in via aggiuntiva ed eventuale, lavori domestici e pur tuttavia si vedono applicate proprio le disposizioni sul lavoro domestico.

Forse non è errato pensare ad una sorta di scambio implicito, non dichiarato o dichiarabile, tra scarsa tutela, anche per quanto riguarda l'orario di lavoro, soprattutto in caso di convivenza, che a sua volta entra nei vantaggi come garanzia di alloggio gratuito, e indifferenza per il (altrimenti necessario) requisito della professionalità. Ma vi è, sottostante, l'altro scambio: la presenza delle donne italiane nel mercato del lavoro passa per l'affidamento alle donne straniere del lavoro di cura da svolgere all'interno del nucleo familiare.

L'intervento della riforma del 2002 fa pensare a una saldatura tra questa fase del governo del fenomeno immigratorio e i primissimi tempi della sua comparsa nel nostro paese, a dimostrazione di quanto, al di sotto del lavoro per il mercato e alle sue oscillazioni, resti una base costituita dalle necessità, addirittura crescenti, del lavoro svolto all'interno delle famiglie.

Si ricordi che la prima forma di immigrazione nel nostro Paese è stata quella del lavoro domestico, prevalentemente femminile (GOTTARDI, D., pp. 257 e ss.), certo per rispondere alle esigenze del mercato, ma anche perché era questa l'unica tipologia di lavoro ammessa o che non rimaneva impigliata nelle maglie dei vincoli e dei divieti da parte delle circolari ministeriali a baluardo dell'ordine pubblico. La situazione tende ora a ripresentarsi.

Bisogna anche tener conto che sul forte sviluppo dell'occupazione straniera nel settore del lavoro domestico e di assistenza alle persone incide sicuramente la diversa convenienza delle lavoratrici italiane a non entrare nel mercato del lavoro ufficiale. Le prime cifre sulla emersione delle *colf* e delle cosiddette 'badanti' sono eloquenti. Secondo dati forniti dall'Inps, a livello nazionale, il numero delle regolarizzazioni tende a corrispondere a quello delle persone occupate ufficialmente nel lavoro domestico nell'anno 2000, lo stesso anno in cui la metà degli occupati era composta da immigrati e, soprattutto, da immigrate.

Il lavoro domestico accompagna lo sviluppo economico e le modalità del suo svolgimento si modificano specularmente ai cambiamenti nella situazione del Paese, oltre che alle esigenze delle persone. Le sue trasformazioni sono, pertanto, incessanti. Il lavoro domestico connotato da convivenza, che sembrava destinato a crisi irreversibile in quanto ritenuto troppo costoso e troppo inadatto alle condizioni abitative negli spazi sempre più limitati a disposizione delle famiglie, ricompare ora grazie al suo affidamento a stranieri, che trovano nella disponibilità di alloggio il soddisfacimento di una esigenza primaria, sia in via sostanziale sia in via formale, come mezzo per l'ottenimento del contratto di soggiorno e del contratto di lavoro. Il lavoro domestico ufficiale o emerso, che sembrava destinato a una fascia limitata di utilizzazione, torna percentualmente a crescere sempre grazie ai vantaggi per gli stranieri e, quindi, per l'effetto indotto sulla regolarizzazione della presenza sul territorio, come chiave di accesso al diritto a rimanere nel nostro territorio.

Nella sua destinazione più estesa, rivolta non solo allo svolgimento delle faccende domestiche ma anche alla cura delle persone, finisce per consentire la permanenza di anziani o malati presso la propria abitazione o presso familiari e per evitare il ricorso ai peraltro scarsi servizi sociali. Una scelta meno cinica nel versante interno delle relazioni familiari, ma che non è detto che avvenga sotto il segno della solidarietà (femminile) con le straniere occupate nell'attività di cura.

Il lavoro domestico e di assistenza, pur a limitata protezione economica e normativa, consente alle straniere l'accesso al riconoscimento di uno *status* di regolarità e agevola alle italiane l'accesso al mercato del lavoro professionale. In entrambi i casi, ma con estensione profondamente diversa, si può parlare di strumento o chiave per l'ottenimento di diritti di cittadinanza.

6. La discriminazione per lavoro di cura

Prima di concludere, è opportuno tornare a dedicare alcuni cenni a quello che può essere considerato un altro esempio di transito da un'area all'altra di fattore di rischio di discriminazione, un transito però, come vedremo, dalle caratteristiche peculiari e che riguarda il collegamento tra la tutela antidiscriminatoria di genere nel lavoro professionale e la conciliazione con la vita familiare e la redistribuzione dei ruoli. Si resta così ancora nella prospettiva di analisi dedicata al lavoro di cura, in questo caso svolto dalla persona impegnata contemporaneamente nel lavoro professionale.

Si tratta, in questo caso, di verificare l'evoluzione che ha subito la protezione originariamente apprestata nei confronti delle donne a difesa dalla più risalente e radicata forma di discriminazione, quella basata sullo svolgimento – effettivo o presunto – di lavoro di cura e il suo transito verso quella apprestata contro la medesima discriminazione, ma indipendentemente dal genere.

La scelta di occuparsi del tema, sia pure in chiusura di queste note, ampiamente dedicate alle discriminazioni di genere e a quelle di razza o origine etnica, nonché alla loro sommatoria, deriva dalla esigenza di indagare non solo 'nella vita pubblica' ma anche in quella 'privata' e dai riflessi che la redistribuzione dei ruoli – azione positiva tipizzata anche nella nostra legislazione – può produrre sulla parità di opportunità e sulla nozione di discriminazione di genere.

Inoltre, anche in questo ambito, si assiste alla migrazione di un modello, ma senza apporti innovativi, con una acriticità che lascia perplessi. L'estensione della tutela antidiscriminatoria dalle madri ai padri è avvenuta senza alcuna modifica, né tentativo di soluzione dei problemi che pure si presentano (si veda il lavoro di CALAFA', in questo stesso fascicolo, per quanto riguarda la tutela contro il licenziamento).

Emblematica al riguardo risulta la riforma apportata nel 2002, con la direttiva 2002/73/CE, all'articolo 2 direttiva 76/207/CEE: fermo restando il principio di base che incardina sulla donna la protezione per quanto riguarda "la gravidanza e la maternità" (ed è ovvio), si costruisce, sempre con riferimento al congedo di maternità, la protezione per la cura dei figli, mediante il "diritto di riprendere il proprio lavoro o un posto equivalente secondo termini e condizioni che non ... siano [per la madre] meno favorevoli, e a beneficiare di eventuali miglioramenti delle condizioni di lavoro che le sarebbero spettati durante la sua assenza". Di seguito, nello stesso paragrafo dello stesso articolo (art. 2, par.7), ma in distinta locuzione, si richiama la disciplina sui congedi parentali e l'estensione ai padri (oltre che alla filiazione giuridica) della medesima protezione della madre, senza creare alcun collegamento tra le due disposizioni, anzi riproducendo per esteso la formula relativa alle garanzie nel rientro e nel trattamento.

Ancora e sempre nello stesso articolo, mentre "un trattamento meno favorevole riservato ad una donna per ragioni collegate alla gravidanza o al congedo per maternità ... costituisce una discriminazione", qualora si tratti di congedo parentale, di congedo di paternità e di congedo per adozione, è solo chiesto che il singolo ordinamento nazionale, nel momento in cui riconosce, alle lavoratrici e ai lavoratori, il relativo diritto, appresti contestualmente la tutela contro il licenziamento, oltre che le altre garanzie sopra richiamate.

Una interpretazione letterale potrebbe portare a escludere, sia per la madre sia per il padre, che i congedi parentali rientrino nell'area della tutela antidiscriminatoria. Si può forse soprattutto osservare come una formulazione così poco coordinata possa far supporre l'intenzione di mantenere diversificata la posizione della madre e del padre, oltre che dei genitori nella filiazione giuridica; scelta che probabilmente tranquillizzerà chi ritiene pericolosa e scarsamente attenta alla rivendicazione della specificità (materno-)femminile la parificazione dei diritti per la cura dei figli tra madri e padri; e che allарmerà chi, pur condividendo il senso di tale preoccupazione, ritiene che la democratizzazione del mercato del lavoro passi attraverso una più equilibrata ripartizione dei carichi familiari.

Nelle analisi e nella giurisprudenza, soprattutto in quella della Corte di giustizia europea, l'incrocio tra la discriminazione di genere e la rilevanza delle condizioni familiari (nel senso di lavoro di cura) è spesso sottostante. Questo avviene in almeno due sensi: nel senso che il diverso impegno nel lavoro di cura di donne e di uomini è alla base della necessità di trattamenti differenziati di genere e nel senso che l'impegno nel lavoro di cura è ritenuto fattore di discriminazione.

Nelle decisioni in materia di *part time*, si incontrano argomentazioni in cui si rileva non solo che sono in numero maggiore le donne a fruirne, ma che la principale motivazione della scelta è quella "di conciliare lavoro e oneri familiari, nozione che comprende sempre il fatto di allevare figli" (così *Hill e Stapleton*, in materia di *Job sharing*, n. 41); affermazione che nasconde al suo interno anche lo stereotipo che il lavoro di cura sia svolto, sempre o soprattutto, nei confronti dei figli, laddove è evidente che sta diventando quanto meno equivalente l'impegno nei confronti degli altri familiari e, in particolare, degli anziani.

Questa impostazione costituisce un indubbio banco di prova per la relazione tra tutela e parità: la discriminazione nel *part time* è considerata discriminazione di genere (femminile) e i dati statistici utilizzati riguardano sia, in primo piano, la prevalente presenza delle donne in questa tipologia lavorativa, sia, sullo sfondo, la causale, consistente, sempre in prevalenza, nella conciliazione con il lavoro di cura.

Nella giurisprudenza della Corte, il criterio della comparabilità delle situazioni tra lavoratrici e lavoratori riceve applicazioni non sempre lineari. Secondo la Corte, le situazioni del dipendente padre e della dipendente madre sono paragonabili, tranne quando il vantaggio concesso alla lavoratrice sia destinato a compensare svantaggi professionali subiti o a seguito dell'allontanamento dal posto di lavoro che il congedo comporta (*Abdoulaye*) o a seguito "del fatto di avere allevato figli" (*Griesmar*). In questo secondo caso, ma a ben vedere anche nel primo (quando si tratti di congedo di paternità e di congedo parentale), per la donna scatta la presunzione – data la condizione biologica e "le relazioni particolari tra la donna e il figlio durante il periodo successivo alla gravidanza ed al parto, evitando che queste relazioni siano turbate dal cumulo degli oneri derivanti dal fatto di dover contemporaneamente svolgere un'attività lavorativa" (n. 43) –, per il padre la possibilità di fornire la prova di essersi dedicato al lavoro di cura. Il trattamento è diverso, ma parificabile; nulla si dice sulla prova.

D'altro canto esiste un altro versante della riflessione. Se limitati alle donne, i meccanismi e gli strumenti di conciliazione diventano segreganti per le lavoratrici (ghettizzazione) e confermano la ripartizione tradizionale dei ruoli; ma se aperti anche agli uomini, possono non operare per rafforzare la presenza e la posizione delle donne nel mercato del lavoro, soprattutto in situazione di scarsità di servizi (*Lommers*).

A condizionare è spesso la limitatezza delle risorse, il che dovrebbe portare a interrogarci, ma non è questa la sede, sulla necessità e sulle modalità in cui viene introdotta la cosiddetta prova dei mezzi, nell'accesso ai servizi, ma anche al sostegno economico all'assunzione di responsabilità familiari²⁶, e alle sue ricadute sulla nozione di diritti di cittadinanza.

²⁶ Gli assegni di maternità sono un esempio significativo: per quello di base la condizione è il mancato superamento della soglia di reddito ISEE familiare; per quello destinato alle atipiche e discontinue si effettua solo la verifica del superamento di un minimale di contribuzione versata in un periodo determinato. La disparità di trattamento in presenza della medesima situazione (la nascita di un figlio) può essere considerata applicazione del principio di parità sostanziale, purché si accetti l'impianto tradizionale del diritto del lavoro, che non considera lavoro il lavoro casalingo.

BIBLIOGRAFIA:

ADINOLFI, A., *I lavoratori extracomunitari. Norme interne e internazionali*, Bologna, Il Mulino, 1992

BALLESTRERO, M. V., *Lavoro subordinato e discriminazione fondata sulla cittadinanza*, in GDLRI, 1994, 481

BARBERA, M., *Discriminazione e eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Milano Giuffrè, 1991

CASTELVETRI, L., *Le garanzie contro le discriminazioni sul lavoro per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi*, in DRI, n. 3, 1999, 321

CHIECO, *Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione*, in RIDL 2002, 75

COMANDUCCI, *Diritti umani e minoranze: un approccio analitico e neo-illuminista*, in *Ragion pratica*, 1994, 32

DONDI, *Immigrazione e lavoro: riflessioni e spunti critici*, in PD, 2001

GAROFALO, M. G., *I lavoratori extracomunitari immigrati: osservazioni sulla l. 30 dicembre 1986, n. 943*, in RGL, 1988, I, 133

GHEZZI, G., *Il lavoratore extracomunitario in Italia, problemi giuridici e sindacali*, in PD, 1982, 195

GOLDSTON, *Nuove prospettive in tema di discriminazione razziale: considerazioni a partire dalla direttiva 43/2000*, in *Dir. imm. e citt.*, n. 2/2001, 16

GOTTARDI, D., *L'immigrata e il lavoro*, LD, 1994, 247

LAMBERTUCCI, P., *I lavoratori extracomunitari immigrati: la disciplina del rapporto di lavoro e la garanzia dei diritti*, in ADL, n. 2, 1995, 113

LO FARO, A., *Immigrazione, lavoro, cittadinanza: appunti per una ricerca*, in GDLRI, 1996, 4 e in *Citizenship and immigration*, a cura di V. FERRARI, T. HELLER, E. DE TULLIO, Giuffrè, Milano, 1998, 197

MORONDO TARAMUNDI, *Appunti sul 'maschio, vittima innocente' nel diritto comunitario*, in GDLRI, 2002, 309

PALLADINI, A., *Il lavoro degli stranieri: normativa e problemi giurisprudenziali*, relazione all'incontro di studio organizzato dal CSM sul tema "La tutela antidiscriminatoria dei lavoratori", Roma, 12 - 14 dicembre 2002, a quanto consta non ancora pubblicato

ROMAGNOLI, U., *Eguaglianza e differenza nel diritto del lavoro*, in GDLRI, 1994, 545

ROMAGNOLI, U., *Il patto per il lavoro, quale lavoro?*, in LD, 1997, 455

SARTORI, G., *Pluralismo, multiculturalismo ed estranei, Saggio sulla società multi-etnica*, Milano, 2000

SCHMIDT di FRIEDBERG, O., *Questioni legate alla presenza straniera nella Cee: il caso dei musulmani*, in *I dilemmi della immigrazione*, a cura di E. Granaglia, Milano, 1993, 125

VISCOMI, A., *Immigrati extracomunitari e lavoro subordinato. Tutele costituzionali, garanzie legali e regime contrattuale*, Napoli, 1991

VISCOMI, A., *Giuslavoristi e immigrazione extracomunitaria, un incontro difficile*, in LD 1992, 163

VISCOMI, A., *La legge italiana del 1998 sul lavoro immigrato extracomunitario*, in Cappelletti – Gaeta, *Diritto, lavoro, alterità. Figure della diversità e modelli culturali*, Napoli, 1998