

Laura Calafà

## **NUOVI MODELLI DI AZIONI POSITIVE NELL'ATTUAZIONE DELLE POLITICHE DI ANTIDISCRIMINAZIONE RAZZIALE ED ETNICA**

### **SOMMARIO\***

#### **PARTE PRIMA**

AZIONI POSITIVE “OLTRE” IL GENERE TRA ESIGENZE DI PARIFICAZIONE E AFFERMAZIONE DELLE DIFFERENZE. INQUADRAMENTO TEORICO E REGOLE DEL DIRITTO COMUNITARIO.

#### **PARTE SECONDA**

LE AZIONI POSITIVE DI INCLUSIONE SOCIALE. IL METODO, LE REGOLE, IL CONTESTO, LE PROSPETTIVE.

\* Studio elaborato per incarico della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per i Diritti e le Pari Opportunità, Ufficio Nazionale Antidiscriminazioni Razziali. Roma, gennaio 2007.

## **PARTE PRIMA**

### **AZIONI POSITIVE “OLTRE” IL GENERE TRA ESIGENZE DI PARIFICAZIONE E AFFERMAZIONE DELLE DIFFERENZE. INQUADRAMENTO TEORICO E REGOLE DEL DIRITTO COMUNITARIO.**

#### **PREMESSA**

Negli anni recenti l'approccio giuridico al tema delle azioni positive si è inaridito, rischiando spesso di apparire una mera ricomposizione di disposizioni dai contenuti più disparati senza alcun *pathos* ricostruttivo, che hanno guadagnato, almeno parzialmente, le dottrine costituzionalistiche alla ricerca del fondamento giuridico di tali strumenti applicati alla politica. La discussione attorno alle quote nelle leggi elettorali è, in effetti, ancora in corso e priva di sviluppi applicativi concreti<sup>1</sup>. Nell'ambito del diritto nazionale dopo una prima affermazione e il successivo consolidamento della fondatezza giuridica delle azioni positive nel campo del lavoro negli anni Novanta, a partire dall'approvazione della l. 10 aprile 1991 n. 125, l'interesse pare, oggi, scemato. Nella prospettiva del diritto comunitario, dopo il ritorno di studi tematici occasionati dalle sentenze della Corte di giustizia<sup>2</sup>, le letture dottrinali si concentrano sulla ricostruzione delle frontiere di un nuovo diritto antidiscriminatorio alimentato dall'approvazione dell'art. 13 del Trattato delle CE, mediante valorizzazione massima dei divieti di discriminazione, diretta ed indiretta, e le molestie e le molestie sessuali, alle discriminazioni parificate, collegate ai fattori di rischio diversi dal genere.

Ai margini teorici di queste frontiere si collocano le azioni positive, in una posizione – se possibile – ancora più scomoda e defilata di quella rivestita per anni nel corso delle discussioni concentrate sul genere.

Le azioni positive arrivano ad assumere, nell'attuale discussione sul diritto antidiscriminatorio – fatte ovviamente salve le valorizzazioni di principio - una posizione ancillare di scontata e acritica valorizzazione di una strumentalità priva di autonoma rilevanza ricostruttiva. Una domanda sorge spontanea. Questi strumenti hanno ancora un senso (anche giuridico) nell'attuale panorama normativo?

Qualsiasi discussione sul tema non può prescindere da due dati: il presupposto teorico e il rinnovato contesto regolativo delle azioni positive, cui ogni ricostruzione non può rimanere indifferente.

Il presupposto teorico è immutato e, per certi versi scontato, rimane quello tipico affermato dalla Costituzione italiana all'art. 3, 2° comma: la complementarietà, appunto, ovvero la necessità

---

<sup>1</sup> Complice la vicenda delle modifiche dell'art. 51 della Costituzione e dell'approvazione degli Statuti regionali. Al riguardo si veda il dibattito contenuto in . Bin R., Brunelli G., Puggiotto A., Veronesi P., *La parità dei sessi nella rappresentanza politica*, 2002, Torino: Giappichelli.

<sup>2</sup> Ci si riferisce ai famosi casi *Kalanke*, *Marschall*, *Abrahmsson*, ricostruiti in De Simone G., *A proposito di azioni positive. I. Regole di eguaglianza e giustificazione delle azioni positive*, in *Ragion pratica*, n. 8, 1997, p. 87 e ss.; Calafà L. (2002), *Azioni positive nel diritto comunitario*, in (a cura di) M. G. Garofalo, in *Lavoro delle donne e azioni positive*, Bari: Cacucci ed. p. 321 e ss.

di valutare la lotta alle discriminazioni e la promozione della uguaglianza come le due facce della stessa medaglia: le pari opportunità e il raggiungimento dell'uguaglianza sostanziale che fatica ad affermarsi a livello dell'Unione europea, nonostante la modifica di contesto<sup>3</sup>.

## **IL CONTESTO**

Il contesto, appunto, è il secondo fattore di interesse, che risulta complessivamente modificato, sia nella dimensione del diritto nazionale che in quello sovra strutturato di un diritto dell'Unione europea in fase di continuo cambiamento.

A livello di diritto originario, ci si riferisce, in particolare, all'interruzione dei procedimenti di ratifica nazionale del progetto di Trattato costituzionale approvato a Bruxelles il 17 e 18 giugno 2004 e l'approvazione del successivo (e rimediante) Trattato di Lisbona nel 2007. Mentre il primo progetto era idoneo a modificare non solo l'assetto delle fonti e delle regole del diritto dei Trattati, ma la stessa natura del diritto dell'Unione a partire dall'incorporazione della Carta dei diritti fondamentali nel corpo del Trattato costituzionale stesso<sup>4</sup>, il valore del Trattato di Lisbona è ancora tutto da ricostruire: non cambia sostanzialmente l'assetto delle fonti comunitarie, ma arriva ugualmente ad attribuire valore vincolante alla Carta di Nizza.

Nel Trattato e nella Carta di Nizza, le disposizioni rilevanti, risultano le seguenti:

**ART. 141 TCE (NELLA VERSIONE CONSOLIDATA APPROVATA DOPO IL 1997, CON  
L'APPROVAZIONE DEL TRATTATO DI AMSTERDAM)**

**PRIMA PARTE: (INVARIATA)**

**COMMA 3:** IL CONSIGLIO (...) ADOTTA DELLE MISURE TESE AD ASSICURARE L'APPLICAZIONE DEL PRINCIPIO DI PARI OPPORTUNITÀ E DI UGUAGLIANZA TRA UOMINI E DONNE IN MATERIA D'IMPIEGO E DI LAVORO, COMPRESO IL PRINCIPIO D'UGUAGLIANZA DELLE RETRIBUZIONI PER LO STESSO LAVORO O PER LAVORO DELLO STESSO VALORE.

**COMMA 4:** PER ASSICURARE CONCRETAMENTE UNA PIENA UGUAGLIANZA NELLA VITA PROFESSIONALE, IL PRINCIPIO D'UGUAGLIANZA DI TRATTAMENTO NON IMPEDISCE AD UNO STATO MEMBRO DI MANTENERE O ADOTTARE DELLE MISURE CHE PREVEDONO DEI VANTAGGI SPECIFICI DESTINATI A FACILITARE L'ESERCIZIO DI UNA ATTIVITÀ PROFESSIONALE DA PARTE DEL SESSO SOTTORAPPRESENTATO O A PREVENIRE O COMPENSARE DEGLI SVANTAGGI DELLA CARRIERA.

**DICHIARAZIONE AGGIUNTA**

<sup>3</sup> Gottardi D., *Dalle discriminazioni di genere alle discriminazioni doppie o sovrapposte: le transizioni*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2003, n. 3-4.

<sup>4</sup> La firma del testo definitivo è programmata per il 29 ottobre 2004 a Roma. I successivi processi di ratifica possono avvenire sia attraverso procedura parlamentare che con predisposizione di referendum popolari nei singoli paesi aderenti. Al riguardo il Parlamento europeo con *Risoluzione sulle procedure di ratifica del trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa e su una strategia di comunicazione riguardante questo stesso trattato* (Risoluzione del 29 luglio 2004) chiede al Consiglio di ricercare un approccio comune a tutti gli Stati membri sia relativamente alla procedure di ratifica sia con riguardo al periodo durante il quale organizzarle, che il Parlamento auspica fissato tra il 5 e l'8 maggio 2005. Il Trattato costituzionale entrerà in vigore quando tutti gli Stati membri lo avranno ratificato.

NELL'ADOZIONE DELLE MISURE PREVISTE DAL 4° COMMA DELL'ART. 119, GLI STATI MEMBRI DEVONO INNANZITUTTO TENDERE AL MIGLIORAMENTO DELLA SITUAZIONE DELLE DONNE NELLA VITA PROFESSIONALE.

**TRATTATO CE – MODIFICATO AD AMSTERDAM  
ARTICOLO 13 (EX ART. 6 A)**

FATTE SALVE LE ALTRE DISPOSIZIONI DEL PRESENTE TRATTATO E NELL'AMBITO DELLE COMPETENZE AD ESSO CONFERITE ALLA COMUNITÀ, IL CONSIGLIO, DELIBERANDO ALL'UNANIMITÀ SU PROPOSTA DELLA COMMISSIONE E PREVIA CONSULTAZIONE DEL PARLAMENTO EUROPEO, PUÒ PRENDERE I PROVVEDIMENTI OPPORTUNI PER COMBATTERE LE DISCRIMINAZIONI FONDATE SUL SESSO, LA RAZZA O L'ORIGINE ETNICA, LA RELIGIONE O LE CONVINZIONI PERSONALI, GLI HANDICAP, L'ETÀ O LE TENDENZE SESSUALI.

**CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI APPROVATA A NIZZA NEL 2000 E RESA VINCOLANTE DAL  
TRATTATO DI LISBONA DEL 2007**

**CAPO III UGUAGLIANZA  
ARTICOLO 20**

**UGUAGLIANZA DAVANTI ALLA LEGGE**  
TUTTE LE PERSONE SONO UGUALI DAVANTI ALLA LEGGE.

**ARTICOLO 21  
NON DISCRIMINAZIONE**

1. È VIETATA QUALSIASI FORMA DI DISCRIMINAZIONE FONDATA, IN PARTICOLARE, SUL SESSO, LA RAZZA, IL COLORE DELLA PELLE O L'ORIGINE ETNICA O SOCIALE, LE CARATTERISTICHE GENETICHE, LA LINGUA, LA RELIGIONE O LE CONVINZIONI PERSONALI, LE OPINIONI POLITICHE O DI QUALSIASI ALTRA NATURA, L'APPARTENENZA AD UNA MINORANZA NAZIONALE, IL PATRIMONIO, LA NASCITA, GLI HANDICAP, L'ETÀ O LE TENDENZE SESSUALI.
2. NELL'AMBITO D'APPLICAZIONE DEL TRATTATO CHE ISTITUISCE LA COMUNITÀ EUROPEA E DEL TRATTATO SULL'UNIONE EUROPEA È VIETATA QUALSIASI DISCRIMINAZIONE FONDATA SULLA CITTADINANZA, FATTE SALVE LE DISPOSIZIONI PARTICOLARI CONTENUTE NEI TRATTATI STESSI.

**ARTICOLO 22  
DIVERSITÀ CULTURALE, RELIGIOSA E LINGUISTICA**  
L'UNIONE RISPETTA LA DIVERSITÀ CULTURALE, RELIGIOSA E LINGUISTICA.

**ARTICOLO 23  
PARITÀ TRA UOMINI E DONNE**  
LA PARITÀ TRA UOMINI E DONNE DEVE ESSERE ASSICURATA IN TUTTI I CAMPI, COMPRESO IN MATERIA DI OCCUPAZIONE, DI LAVORO E DI RETRIBUZIONE.  
IL PRINCIPIO DELLA PARITÀ NON OSTA AL MANTENIMENTO O ALL'ADOZIONE DI MISURE CHE PREVEDANO VANTAGGI SPECIFICI A FAVORE DEL SESSO SOTTORAPPRESENTATO.

**Le azioni positive – a livello di Trattato e di Carta di Nizza – risultano considerate e regolate solo per ciò che concerne il genere. Diversa la complessiva situazione normativa a livello di diritto derivato.**

**Per le azioni positive di genere, la dir. 2006/54 si limita a fare rinvio al testo dell'art. 141 Tce.**

*ARTICOLO 3*

**AZIONE POSITIVA**

GLI STATI MEMBRI POSSONO MANTENERE O ADOTTARE MISURE AI SENSI DELL'ARTICOLO 141, PARAGRAFO 4, DEL TRATTATO VOLTE AD ASSICURARE NELLA PRATICA LA PIENA PARITÀ TRA GLI UOMINI E LE DONNE NELLA VITA LAVORATIVA.

**Le direttive 2000/43 e 2000/78, il legislatore comunitario regola lo stesso strumento fornendogli specifici connotati.**

**ART. 5 DIR. 2000/43**

**AZIONE POSITIVA**

ALLO SCOPO DI ASSICURARE L'EFFETTIVA E COMPLETA PARITÀ, IL PRINCIPIO DELLA PARITÀ DI TRATTAMENTO NON OSTA A CHE UNO STATO MEMBRO MANTENGA O ADOTTI MISURE SPECIFICHE DIRETTE AD EVITARE O COMPENSARE SVANTAGGI CONNESSI CON UNA DETERMINATA RAZZA O ORIGINE ETNICA”,

**ART. 7 DIR. DIR. 2000/78**

**AZIONE POSITIVA E MISURE SPECIFICHE**

LA PARITÀ DI TRATTAMENTO NON PREGIUDICA IL DIRITTO DEGLI STATI MEMBRI DI MANTENERE O ADOTTARE DISPOSIZIONI IN MATERIA DI TUTELA DELLA SALUTE E SICUREZZA SUL POSTO DI LAVORO NÉ ALLE MISURE INTESE A CREARE O MANTENERE DISPOSIZIONI O STRUMENTI AL FINE DI SALVAGUARDARE O PROMUOVERE IL LORO INSERIMENTO NEL MONDO DEL LAVORO”.

SEMPRE CON RIGUARDO AI DISABILI, QUEST'ULTIMA DIRETTIVA SEGNALATA INTRODUCE LA C.D. *SOLUZIONE RAGIONEVOLE* OVVEROSIA IL BILANCIAMENTO TRA COSTI DI UN PROVVEDIMENTO APPROPRIATO NELLA SITUAZIONE CONCRETA (PER ACCEDERE AL LAVORO, PER SVOLGERLO, PER ESSERE PROMOSSI O FORMATI) E IL RELATIVO ONERE ECONOMICO CHE DEVE ESSERE PROPORZIONATO ANCHE ATTRAVERSO L'INTERVENTO DI SOSTEGNO DELLO STATO.

Per ciò che concerne le prospettive dell'uguaglianza occorre ricordare che, sulla base dell'art. 13 del Trattato della C.E. così come inserito ad Amsterdam nel 1997 - entrato in vigore nel maggio del 1999 e parzialmente modificato al Consiglio Europeo di Nizza - sono state approvate definitivamente due direttive, mentre altre due sono state più propriamente approvate in base all'art. 141 del Tce. Ci si riferisce, nell'ordine, alla dir. 2000/43/CE del 29 giugno 2000 che attua il principio di parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica;

alla successiva dir. 2000/78/CE del 27 novembre 2000 che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro; ci si riferisce ancora alla dir. 2002/73/CE del 23 settembre 2002 che interviene ad aggiornare la dir. 76/207/CEE sull'attuazione del principio di parità di trattamento tra gli uomini e le donne in materia di accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro e alla dir.2004/113 che attua il principio della parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura.

Transitando dal diritto comunitario al diritto nazionale, per esigenze di completezza espositiva, occorre da subito segnalare che le direttive 43 e 78 del 2000 sono state recepite - in anticipo rispetto ai tempi concessi dal legislatore comunitario - dai d.lgs. 9 luglio 2003, rispettivamente n. 215 e 216, mentre la direttiva 2002/73 era contenuta tra le direttive da attuare nella legge comunitaria per il 2003 (art. 17) ed è stata recepita dal d.lgs. 145/2005.

Conviene introdurre, per comprendere l'attuale assetto delle regole dettate in materia di azioni positive, la c.d. *doppia codificazione parallela* intervenuta a livello comunitario e nazionale nel 2006.

Il legislatore italiano aveva programmato il riassetto normativo in materia di pari opportunità mediante legge delega. L'art. 6 della legge 28 novembre 2005, n. 246 intitolata *Semplificazione e riassetto normativo per l'anno 2005* (GU n. 280 del 1° dicembre 2005), in particolare, aveva riconosciuto al Governo la delega ad adottare "entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi per il riassetto delle disposizioni vigenti in materia di pari opportunità, secondo i principi, i criteri direttivi e le procedure di cui all'articolo 20 della legge 15 marzo 1997, n. 59, e successive modificazioni". A questa prima indicazione prettamente formale, si aggiungevano criteri e principi direttivi specifici quali, in primo luogo, "l'individuazione di strumenti di prevenzione e rimozione di ogni forma di discriminazione, in particolare per cause direttamente o indirettamente fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli *handicap*, l'età e l'orientamento sessuale, anche al fine di realizzare uno strumento coordinato per il raggiungimento degli obiettivi di pari opportunità previsti in sede di Unione europea e nel rispetto dell'articolo 117 della Costituzione"; in secondo luogo, era previsto l'adeguamento e la semplificazione del linguaggio normativo "anche attraverso la rimozione di sovrapposizioni e duplicazioni".

Questa delega riguardante tutti i fattori di rischio regolati dalle più recenti direttive antidiscriminatorie (sesso, razza ed origine etnica, età, disabilità, convinzioni personali e religiose, orientamento sessuale) è stata attuata solo per la parte relativa al sesso o genere dei lavoratori e delle lavoratrici, portando alla pubblicazione in GU n. 125 del 31 maggio 2006 del d.lgs. 11 aprile

2006, n. 198 *Codice delle pari opportunità tra uomo e donna, a norma dell'art. 6 della legge 28 novembre 2005, n. 246.*

Per una strana coincidenza, nei giorni in cui il c.d. codice delle pari opportunità italiano entrava in vigore, a livello comunitario terminava l'attività di riassetto avviata dalla Commissione europea nel 2004 delle regole vigenti in materia di pari opportunità tra uomo e donna, a partire dal coordinamento delle direttive 75/117 sulla parità di trattamento retributivo, 76/207 sul principio di parità di trattamento tra uomini e donne in materia di accesso al lavoro, formazione e promozione professionale e condizioni di lavoro (modificata con la successiva dir. 2002/73), 1997/80 sull'onere della prova nei casi di discriminazione fondata sul sesso e dir. 86/378 sulla parità di trattamento nel settore dei regimi professionali di sicurezza sociale.

La direttiva 2006/54/CE del 5 luglio 2006 (*GUCE L 204 del 26 luglio 2006*) che è entrata in vigore il 18 agosto 2006 (e deve essere recepita dopo due anni da quest'ultima data)<sup>5</sup>, si occupa di armonizzare le disposizioni contenute nelle direttive citate, anche alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Ce.

Lo sviluppo del diritto antidiscriminatorio, anche in base a queste minimali premesse, appare un dato acquisito; meno tranquilla appare, però, la collocazione delle azioni positive in questo complicato contesto regolativo. In buona sostanza, per tentare di rispondere ad una domanda semplice, ma tutt'altro che retorica quale questa: *hanno ancora un senso le azioni positive?* Appare necessario evitare di appiattire l'insieme di discussioni intorno alla prospettiva dell'eguagliamento mediante strumenti appositi.

L'attuale contesto normativo del diritto antidiscriminatorio può risultare in grado di rivalorizzarlo in virtù della complementarietà più volte riconosciuta tra divieti di discriminazione e promozione dell'uguaglianza, un terreno adatto quanto meno a sostenere una prima sistematizzazione trasversale dell'intero pacchetto di offerte del legislatore comunitario e nazionale.

**Il codice pari opportunità considera le azioni positive quale unico strumento di promozione delle pari opportunità, contrariamente all'impostazione seguita dalla legge n. 125 del 1991 dalla quale emergeva una visione più ampia delle pari opportunità.**

**Le regole contenute nel d.lgs. 198/2006 sono le seguenti:**

---

<sup>5</sup> La delega alla trasposizione della dir. 2006/54 è contenuta nella legge comunitaria per il 2006 (l. 6 febbraio 2007, n. 13 contiene *Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee - Legge comunitaria 2006*, pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 40 del 17 febbraio 2007 - Supplemento ordinario n. 41/L).

## CAPO IV PROMOZIONE DELLE PARI OPPORTUNITÀ

### ART. 42.

ADOZIONE E FINALITÀ DELLE AZIONI POSITIVE  
(LEGGE 10 APRILE 1991, N. 125, ARTICOLO 1, COMMI 1 E 2)

1. LE AZIONI POSITIVE, CONSISTENTI IN MISURE VOLTE ALLA RIMOZIONE DEGLI OSTACOLI CHE DI FATTO IMPEDISCONO LA REALIZZAZIONE DI PARI OPPORTUNITÀ, NELL'AMBITO DELLA COMPETENZA STATALE, SONO DIRETTE A FAVORIRE L'OCCUPAZIONE FEMMINILE E REALIZZATE L'UGUAGLIANZA SOSTANZIALE TRA UOMINI E DONNE NEL LAVORO.

**Rispetto alla formulazione dell'art. 1 della l. n. 125/1991 la modifica è la seguente:**

~~(Le disposizioni contenute nella presente legge hanno lo scopo di favorire)~~ **Le azioni positive sono dirette a favorire, l'occupazione femminile e realizzare, l'uguaglianza sostanziale tra uomini e donne nel lavoro, anche mediante misure (denominate azioni positive per le donne al fine di rimuovere) volte alla rimozione degli ostacoli che di fatto impediscono la realizzazione di pari opportunità.**

IL II COMMA DELL'ART. 42 E' IL SEGUENTE:

2. LE AZIONI POSITIVE DI CUI AL COMMA 1 HANNO IN PARTICOLARE LO SCOPO DI:

- A) ELIMINARE LE DISPARITÀ NELLA FORMAZIONE SCOLASTICA E PROFESSIONALE, NELL'ACCESSO AL LAVORO, NELLA PROGRESSIONE DI CARRIERA, NELLA VITA LAVORATIVA E NEI PERIODI DI MOBILITÀ;
- B) FAVORIRE LA DIVERSIFICAZIONE DELLE SCELTE PROFESSIONALI DELLE DONNE IN PARTICOLARE ATTRAVERSO L'ORIENTAMENTO SCOLASTICO E PROFESSIONALE E GLI STRUMENTI DELLA FORMAZIONE;
- C) FAVORIRE L'ACCESSO AL LAVORO AUTONOMO E ALLA FORMAZIONE IMPRENDITORIALE E LA QUALIFICAZIONE PROFESSIONALE DELLE LAVORATRICI AUTONOME E DELLE IMPRENDITRICI;
- D) SUPERARE CONDIZIONI, ORGANIZZAZIONE E DISTRIBUZIONE DEL LAVORO CHE PROVOCANO EFFETTI DIVERSI, A SECONDA DEL SESSO, NEI CONFRONTI DEI DIPENDENTI CON PREGIUDIZIO NELLA FORMAZIONE, NELL'AVANZAMENTO PROFESSIONALE E DI CARRIERA OVVERO NEL TRATTAMENTO ECONOMICO E RETRIBUTIVO;
- E) PROMUOVERE L'INSERIMENTO DELLE DONNE NELLE ATTIVITÀ, NEI SETTORI PROFESSIONALI E NEI LIVELLI NEI QUALI ESSE SONO SOTTORAPPRESENTATE E IN PARTICOLARE NEI SETTORI TECNOLOGICAMENTE AVANZATI ED AI LIVELLI DI RESPONSABILITÀ;
- F) FAVORIRE, ANCHE MEDIANTE UNA DIVERSA ORGANIZZAZIONE DEL LAVORO, DELLE CONDIZIONI E DEL TEMPO DI LAVORO, L'EQUILIBRIO TRA RESPONSABILITÀ FAMILIARI E PROFESSIONALI E UNA MIGLIORE RIPARTIZIONE DI TALI RESPONSABILITÀ TRA I DUE SESSI.

La finalità del presente contributo è proprio questa: la rivalutazione del diritto c.d. premiale a partire da una prospettiva complessa come quella delle azioni positive a favore della razza e dell'origine etnica.

Al fine di raggiungere questi obiettivi, si è quindi scelto di fissare alcuni punti di un rinnovato modello di azioni positive con la consapevolezza maturata che tanti e differenti strumenti regolati nell'attuale complesso contesto normativo, rappresentano un necessario sistema - più o meno ordinato, più o meno apprezzabile - e non uno scombinato *patchwork* privo di giustificazioni teoriche comuni, come potrebbe apparire ad una lettura superficiale. A partire da alcuni paradigmi dell'uguaglianza fissati da Marzia Barbera - il paradigma di genere e quello c.d. *umanista*<sup>6</sup> - si sono fissati i caratteri, i confini e le finalità di altrettante tipologie di azioni positive che si è cercato di tripartire nel modo seguente: *azioni positive di genere*, anche se di solo impatto; *azioni positive oltre il genere*.

#### **IL MODELLO. LE AZIONI POSITIVE DI GENERE E LE .E LE AZIONI POSITIVE OLTRE IL GENERE**

Le azioni positive di genere possono distinguersi nel seguente modo: le azioni positive regolate dal c.d. codice delle pari opportunità (comprendendo anche le azioni positive obbligatorie nella pubblica amministrazione) e le azioni positive “oltre il genere”, le azioni positive che saranno approfondite nella II parte della presente relazione. Tali azioni positive si è scelto di indicarle come azioni positive di inclusione sociale a partire da una declinazione plurale delle pari opportunità<sup>7</sup>.

Uno dei punti teorici di maggiore tensione delle azioni positive di genere è quello che correla la natura di misure promozionali di genere con la questione della possibile neutralità delle stesse. Per le azioni positive oltre il genere o di inclusione sociale, invece, il problema teorico si connette con la loro scomparsa in fase di trasposizione nazionale, una scomparsa, velata di ambiguità, che appare la risposta implicita e troppo facile alla complessità del tema della promozione dell'uguaglianza *oltre il genere*: per razza e origine etnica, religione e convinzioni personali, disabilità, età e orientamento sessuale.

Prima di approfondire i singoli passaggi della vicenda nazionale, conviene tracciare l'impronta complessiva dell'intervento del legislatore comunitario a partire dal paradigma sopra descritto come “umanista” fondato “su un'assunzione radicale del punto di vista dei diritti umani, che bandisce in quanto discriminatorio qualsiasi pregiudizio o svantaggio che derivi dal possesso di qualità costitutive dell'identità della persona e che perciò si ponga come lesivo della sua dignità”<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> Barbera M., *Eguaglianze e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 3-4/2003, p. 399 e ss. Più di recente si legga il volume *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, a cura di M. Barbera, 2007, Giuffrè, Milano.

<sup>7</sup> Calafà L. *Paternità, lavoro e conciliazione condivisa nel diritto europeo*, in (a cura di) *ead. Paternità e lavoro*, 2007, Il Mulino, Bologna, p. 23 e ss.

<sup>8</sup> Barbera op. cit. p. 404.

Da questa fase di prima attuazione dell'art. 13 del Trattato emerge un legame saldo tra il tendenziale universalismo di tutela antidiscriminatoria, il suo pluri - concettualismo (dalle discriminazioni alla molestie associato alle graduali modifiche dei divieti di base verso una rilevanza maggiore della qualità), l'attribuzione esplicita di diritti a contenuto positivo e la valorizzazione dell'ottica dell'uguaglianza di opportunità.

Certo numerosi interpreti hanno più volte sottolineato, enfatizzandolo, il valore della presenza delle azioni positive all'interno delle dir. 2000/43 e dir. 2000/78, seppur nella forma di clausole ampie e generiche idonee a sostenere l'inserimento di queste direttive nella logica della promozione delle pari opportunità. Ma scontata l'affermazione di principio e il valore di formale inserimento delle azioni positive nel progetto di intervento del legislatore comunitario, il vero punto spinoso appare piuttosto un altro: appaiono "sfocate" in un'ottica di complessiva tutela della dignità delle persone quelle "funzioni della tutela antidiscriminatoria che le comunità nazionali si sono risolte ad azionare per combattere le radici più profonde e pervasive delle discriminazioni, quelle che risalgono alle disparità originarie di potere politico e di risorse economiche, ossia la funzione partecipativa e quella redistributiva", che bene o male visti i numerosi limiti, si è affermata nella logica di genere<sup>9</sup>.

Se l'Unione ha delle oggettive difficoltà a fissare con precisione questi percorsi partecipativi e redistributivi in quanto (ancor) priva della necessaria forza politica ed economica propria - soprattutto in materia di immigrazione, da qui l'utilizzo di clausole generiche - lo stesso non può dirsi per uno qualsiasi degli stati nazione ad essa appartenente. Ed è proprio considerando questa immutata competenza ad intervenire che, forse, può spiegarsi la scelta del legislatore italiano di preconstituirsì il modo di non farlo affatto o di evitare il più possibile di farlo. In altre parole quando *certe* "scelte fondamentali restano nella disponibilità degli Stati membri" questi possono consapevolmente scegliere di non percorrerle. Soprattutto quando ci si trova di fronte ad una fonte formalmente *hard*, ma sostanzialmente *soft* come le direttive antidiscriminatorie<sup>10</sup>.

Tornando ai contenuti delle direttive occorre, innanzitutto, segnalare che l'art. 5 della dir. 2000/43 afferma che allo "scopo di assicurare l'effettiva e completa parità, il principio della parità di trattamento non osta a che uno Stato membro mantenga o adotti misure specifiche dirette ad evitare o compensare svantaggi connessi con una determinata razza o origine etnica", mentre l'art. 7 della dir. 2000/78 - sotto la rubrica *Azione positiva e misure specifiche* - allarga il campo di applicazione dell'azione positiva a tutti i fattori di rischi considerati in premessa a aggiunge un

---

<sup>9</sup> Barbera op. cit. p. 405.

<sup>10</sup> G. De Simone, *Eguaglianza e nuove differenze nei lavori flessibili, fra diritto comunitario e diritto interno*, in *Lavoro e diritto* 2004, p. 538.

comma *ad hoc* per i disabili riconoscendo che la parità di trattamento “non pregiudica il diritto degli Stati membri di mantenere o adottare disposizioni in materia di tutela della salute e sicurezza sul posto di lavoro né alle misure intese a creare o mantenere disposizioni o strumenti al fine di salvaguardare o promuovere il loro inserimento nel mondo del lavoro”. Sempre con riguardo ai disabili, quest’ultima direttiva segnalata introduce la c.d. *soluzione ragionevole* ovvero il bilanciamento tra costi di un provvedimento appropriato nella situazione concreta (per accedere al lavoro, per svolgerlo, per essere promossi o formati) e il relativo onere economico che deve essere proporzionato anche attraverso l’intervento di sostegno dello Stato.

Al riguardo è stata evidenziata una seconda caratterizzazione di una più ampia e comprensiva neutralità dell’attuale e poliedrico modello delle azioni positive, già poco sopra parzialmente fissata: “con le direttive del 2000, le azioni positive trovano una loro legittimazione in quanto rivolte a garantire quella che viene definita (...) l’effettiva e completa parità di lavoratori e lavoratrici portatrici di differenze ‘altre’ rispetto alla differenza di genere. Per la prima volta si trova in testi normativi comunitari l’uso del termine ‘azione positiva’ (...) non come misura ‘dedicata alle donne’, ma come uno strumento ‘neutro’”.

Nel processo di recepimento italiano – meccanico e veloce<sup>11</sup> - risultano scomparse le disposizioni citate, pur rimanendo immutato l’obiettivo comune del duplice intervento normativo comunitario e cioè quello di “stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sulla razza e l’origine etnica”(art. 1, dir. 2000/43) e “sulla religione o le convinzioni personali, gli handicap, l’età o le tendenze sessuali, per quanto concerne l’occupazione e le condizioni di lavoro” (art. 1, dir. 2000/78) al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento.

Il complessivo *annacquamento* nazionale delle c.d. politiche promozionali che caratterizzavano le direttive comunitarie registra la sopravvivenza delle sole misure che seguono. Nel d.lgs. 215/2003 si può segnalare il permanere in capo al costituendo Ufficio per il contrasto delle discriminazioni il compito di “promuovere l’adozione, da parte di soggetti pubblici e privati (...) di misure specifiche, ivi compresi progetti di azioni positive, dirette ad evitare o compensare le situazioni di svantaggio connesse alla razza o all’origine etnica (art. 7, co. 2 lett. c). Nel d.lgs. 216/2003, invece, sono fatte salve, le disposizioni che prevedono accertamenti di idoneità al lavoro per quanto riguarda la necessità di una idoneità ad uno specifico lavoro e le disposizioni che prevedono la possibilità di trattamenti differenziati in merito agli adolescenti, ai giovani, ai

---

<sup>11</sup> La legge 1 marzo 2002, n. 39 (Legge comunitaria 2001) che ha dettato i criteri di recepimento delle dir. 2000/43 e 2000/78; se per la prima direttiva esiste un’apposita disposizione (art. 29), la direttiva-quadro del successivo mese di settembre appare come mera aggiunta nell’elenco finale delle direttive da recepire (allegato B), senza nessuna precisazione ulteriore.

lavoratori anziani e ai lavoratori con persone a carico, dettati dalla particolare natura del rapporto e dalle legittime finalità di politica del lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale. E' stato al riguardo, scritto che si tratta "di inciso non di facile lettura, soprattutto ove si tenga mente che dall'impianto della direttiva si evince che il trattamento differenziato sarebbe un'azione positiva, cioè un trattamento destinato a favorire l'inserimento professionale o ad assicurare la protezione dei giovani, dei lavoratori anziani e dei lavoratori con persone a carico"<sup>12</sup>. In effetti, dalla lettura dell'art. 6 della dir. 2000/78 appare più chiaramente la natura di *azioni positive* delle "disparità di trattamento in ragione dell'età (...) laddove esse siano oggettivamente e ragionevolmente giustificate nell'ambito del diritto nazionale, da una finalità legittima, compresi giustificati obiettivi di politica del lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale, e i mezzi per il conseguimento di tale finalità siano appropriati e necessari". Lo stesso articolo precisa – a differenza di quanto fatto dal legislatore nazionale - che tali disparità di trattamento possono comprendere "a) la definizione di condizioni speciali di accesso all'occupazione e alla formazione professionale, di occupazione e di lavoro, comprese le condizioni di licenziamento e di retribuzione, per i giovani, i lavoratori anziani e i lavoratori con persone a carico, onde favorire l'inserimento professionale o assicurare la protezione degli stessi; b) la fissazione di condizioni minime di età, di esperienza professionale o di anzianità di lavoro per l'accesso all'occupazione o a taluni vantaggi connessi all'occupazione; c) la fissazione di un'età massima per l'assunzione basata sulle condizioni di formazione richieste per il lavoro in questione o la necessità di un ragionevole periodo di lavoro prima del pensionamento".

Considerando un'azione positiva come un *trattamento differenziato promozionale* caratterizzato dalla precisa finalità di favorire la ricorrenza di quel fattore che in una logica meramente antidiscriminatoria è da superare, questa soluzione adottata dal legislatore nazionale non può considerarsi come tale essendo la sua capacità migliorativa solo eventuale e non certo idonea ad impedire il riallineamento dei trattamenti verso il basso, tipica dell'affermazione dell'uguaglianza di opportunità.

---

<sup>12</sup> Nunin R. *Recepito le direttive comunitarie in materia di lotta contro le discriminazioni*, in *Lavoro nella giurisprudenza* 2001, p. 905.

## **PARTE SECONDA**

### **LE AZIONI POSITIVE DI INCLUSIONE SOCIALE. IL METODO, LE REGOLE, IL CONTESTO, LE PROSPETTIVE.**

#### **PREMESSA**

L'art. 5 della dir. 2000/43 del 29 giugno 2000 che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica è intitolato *Azione positiva* e recita: “*Allo scopo di assicurare l'effettiva e completa parità, il principio della parità di trattamento non osta a che uno Stato membro mantenga o adotti misure specifiche dirette a evitare o compensare svantaggi connessi con una determinata razza o origine etnica*”.

Nella fase di trasposizione nazionale, il Legislatore nel 2003 non ha ritenuto necessario fissare gli elementi costitutivi dell'azione positiva in materia di razza o origine etnica dopo averne vietato le discriminazioni – sia dirette che indirette – e le molestie fondate su gli stessi fattori di rischio elencati nel decreto e nella direttiva.

La disposizione, quindi, non risulta recepita, almeno dal punto di vista meramente letterale.

Pur non risultando espressamente recepita, la regola comunitaria mantiene un indubbio valore di forte riferimento concettuale in ordine alla compatibilità tra il principio di eguaglianza sostanziale e i trattamenti differenziali fondati sui fattori di rischio elencati nella dir. 2000/43 (non dimenticando che uguale valutazione potrebbe effettuarsi per i fattori di rischio elencati nella dir. quadro 2000/78 recepita nel d.lgs. 216/2003: età, disabilità, orientamento sessuale, convinzioni personali e religiose).

A differenza che nel d.lgs. 216/2003, le azioni positive non risultano completamente sparite dal d.lgs. 215/2003: il Legislatore ha scelto di tradurre l'art. 5 della dir. 2000/43 in specifiche competenze dell'allora costituendo *Ufficio di contrasto della discriminazione razziale* (Unar).

Viste queste brevi premesse introduttive, dal punto di vista interpretativo si possono tranquillamente raggiungere due conclusioni diverse, ma complementari in materia di azioni positive.

La prima è che tutte le azioni positive “*oltre il genere*” (comprese quelle per razza e origine etnica) solo ammissibili in via teorica e rappresentano quell'insieme di strumenti che la dottrina unanime considera come misure specifiche dirette ad evitare svantaggi collegati all'appartenenza ad uno dei gruppi sociali per i quali esistono le regole antidiscriminatorie.

La seconda conclusione si concentra sulla considerazione che *solo* per i fattori di rischio razza e origine etnica (con esclusione di quelli affini, collegati alle convinzioni personali e religiose regolate nel parallelo d.lgs. 216/2003), le misure di diritto diseguale trovano uno specifico supporto istituzionale di natura progettuale e materiale.

Un simile giudizio di ammissibilità teorico-pratica, di per sé doveroso, impone di coordinare il significato delle regole esistenti nell'ordinamento giuridico nazionale al fine di attribuire contorni chiari e precisi alle misure di diritto diseguale finalizzate alla promozione di un'effettiva e completa parità di trattamento in materia di c.d. *ethnicity*.

Conviene anticipare già in sede di premessa, che le peculiarità delle regole e del complessivo contesto regolativo nazionale in tema non aiutano l'Unar ad assolvere i delicati compiti istituzionali cui è chiamato dalla legge istitutiva. Frammentarietà e mancato coordinamento caratterizzano l'intervento regolativo degli ultimi dieci anni in un settore tanto delicato e concorrono ad alimentare un panorama incerto, inadatto a fronteggiare le sempre più pressanti richieste di una società multiculturale, arricchita dalle molteplici diversità etniche e religiose delle persone.

### **LE REGOLE**

Le regole esistenti cui ci si riferisce sono le seguenti.

L'art. 7 del d.lgs. 215/2003 dedica alle azioni positive due passaggi specifici.

Nel comma 1 scrive *“E' istituito presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per le pari opportunità un ufficio per la promozione della parità di trattamento e la rimozione delle discriminazioni fondate sulla razza o sull'origine etnica, con funzioni di controllo e garanzia delle parità di trattamento e dell'operatività degli strumenti di tutela, avente il compito di svolgere, in modo autonomo e imparziale, attività di promozione della parità e di rimozione di qualsiasi forma di discriminazione fondata sulla razza o sull'origine etnica, anche in un'ottica che tenga conto del diverso impatto che le stesse discriminazioni possono avere su donne e uomini, nonché dell'esistenza di forme di razzismo a carattere culturale e religioso.*

Il comma seguente, il 2°, tra i compiti dell'Unar elenca anche *la promozione dell'adozione, da parte di soggetti pubblici e privati, in particolare da parte delle associazioni e degli enti di cui all'articolo 6, di misure specifiche, ivi compresi progetti di azioni positive, dirette a evitare o compensare le situazioni di svantaggio connesse alla razza o all'origine etnica* (lett. c); subito dopo aggiunge anche *la diffusione della massima conoscenza possibile degli strumenti di tutela vigenti anche mediante azioni di sensibilizzazione dell'opinione pubblica sul principio della parità di trattamento e la realizzazione di campagne di informazione e comunicazione; il punto g) infine aggiunge la promozione di studi, ricerche, corsi di formazione e scambi di esperienze, in collaborazione anche con le associazioni e gli enti di cui all'articolo 6, con le altre organizzazioni non governative operanti nel settore e con gli istituti specializzati di rilevazione statistica, anche al fine di elaborare linee guida in materia di lotta alle discriminazioni.*

Nel successivo Dpcm 11 dicembre 2003 relativo alla *Costituzione e organizzazione interna dell'Ufficio per la promozione della parità di trattamento e la rimozione delle discriminazioni, di cui all'art. 29 della legge comunitaria 1° marzo 2002, n. 39*, non si affronta direttamente il tema della nozione di azione positiva. Il Governo, laddove definisce i compiti dell'Unar, aggiunge molto poco rispetto alla legge base; si limita ad aggiungere che l'Unar promuove *attività istruttoria relativa alla stipula di accordi o protocolli di intesa con le organizzazioni non governative senza fine di lucro e con gli enti territoriali al fine di promuovere l'adozione di azioni positive nell'ambito del settore privato-sociale e dei diversi livelli territoriali di Governo* (art. 2, comma 2, lett. a).

Da una prima lettura dei dati appena indicati, potrebbe apparire che le azioni positive possano (e debbano) consistere in attività varia di mera sensibilizzazione e/o di comunicazione e di natura meramente conoscitiva (come ricerche o indagini).

Dall'analisi della realtà giuridica esistente, invece, pare più correttamente enucleabile un concetto di azione positiva forte e "impegnativo".

## **IL CONTESTO**

Al momento dell'approvazione del d.lgs. 215/2003, il panorama normativo nazionale già contava la presenza di un atto fondamentale in materia di stranieri: il d.lgs. 286/1998, modificato in più riprese a partire dal 2002. Il testo unico stranieri nel capo IV dedicato alle *Disposizioni sull'integrazione sociale, sulle discriminazioni e istituzione del fondo per le politiche migratorie contiene una serie di disposizioni regolanti*, contiene l'art. 42 intitolato *Misure di integrazione sociale* (già parte integrante della l. 6 marzo 1998, n. 40, art. 40 e della l. 30 dicembre 1986, n. 943, art. 2).

Il valore di questa disposizione non è da sottovalutare. Pur non comparando mai l'apposito termine di azione positiva (con ciò dimostrando una sorta di impermeabilità alla regole dedicate alle pari opportunità di genere, a differenza del successo decretato dalle regole contenenti i divieti di discriminazioni inserite nell'art. 43), l'art. 42 contribuisce in modo incisivo alla ricostruzione dei connotati delle azioni positive a favore della razza e dell'origine etnica.

Rileggendo il disposto in modo mirato per la parte che interessa in questa sede e coordinandolo con il richiamo ai principi generali inseriti nei primi tre articoli del testo unico, si ricava che lo "Stato, le regioni, le province e i comuni, nell'ambito delle proprie competenze, anche in collaborazione con le associazioni di stranieri e con le organizzazioni stabilmente operanti in loro favore, nonché in collaborazione con le autorità o con enti pubblici e privati dei Paesi di origine, favoriscono (...) la diffusione di ogni informazione utile al positivo inserimento degli stranieri nella società italiana in particolare riguardante i loro diritti e i loro doveri, le diverse opportunità di

integrazione e crescita personale e comunitaria offerte dalle amministrazioni pubbliche e dall'associazionismo, nonché alle possibilità di un positivo reinserimento nel Paese di origine; (...) la conoscenza e la valorizzazione delle espressioni culturali, ricreative, sociali, economiche e religiose degli stranieri regolarmente soggiornanti in Italia e ogni iniziativa di informazione sulle cause dell'immigrazione e di prevenzione delle discriminazioni razziali o della xenofobia, anche attraverso la raccolta presso le biblioteche scolastiche e universitarie, di libri, periodici e materiale audiovisivo prodotti nella lingua originale dei Paesi di origine degli stranieri residenti in Italia o provenienti da essi; (...) la realizzazione di convenzioni con associazioni regolarmente iscritte “ in un apposito registro istituito presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per gli affari sociali , “per l'impiego all'interno delle proprie strutture di stranieri, titolari di carta di soggiorno o di permesso di soggiorno di durata non inferiore a due anni, in qualità di mediatori interculturali al fine di agevolare i rapporti tra le singole amministrazioni e gli stranieri appartenenti ai diversi gruppi etnici, nazionali, linguistici e religiosi; (...) l'organizzazione di corsi di formazione, ispirati a criteri di convivenza in una società multiculturale e di prevenzione di comportamenti discriminatori, xenofobi o razzisti, destinati agli operatori degli organi e uffici pubblici e degli enti privati che hanno rapporti abituali con stranieri o che esercitano competenze rilevanti in materia di immigrazione”. A ciò aggiunge che ferme restando le iniziative “promosse dalle regioni e dagli enti locali, allo scopo di individuare, con la partecipazione dei cittadini stranieri, le iniziative idonee alla rimozione degli ostacoli che impediscono l'effettivo esercizio dei diritti e dei doveri dello straniero, é istituito presso il Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro, un organismo nazionale di coordinamento”. Il Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro, nell'ambito delle proprie attribuzioni, svolge compiti di studio e promozione di attività volte a favorire la partecipazione degli stranieri alla vita pubblica e la circolazione delle informazioni sull'applicazione del presente testo unico.

In termini generali, dalla lettura dell'art. 42 emergono i pregi e i difetti dell'attuale assetto istituzionale progettato a favore dell'inclusione sociale degli stranieri, ma emergono primariamente le diverse finalità delle azioni positive, indirizzabili in ciascuno dei contesti individuati dall'art. 42.

La moltiplicazione dei soggetti istituzionali chiamati a gestire il passaggio verso la società multiculturale, ad esempio, è un indubbio difetto: Dipartimento affari sociali, Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro cui si aggiunge senza coordinamento alcuno, nel 2003, l'Unar; le competenze di queste istituzioni e uffici elencati non risultano regolate in modo limpido e trasparente.

Per ciò che concerne i pregi collegabili alla la ricostruzione dei connotati delle azioni positive, il testo unico consente di delineare un collegamento concettuale chiaro e di ampio respiro

tra le misure d'integrazione sociale, i principi generali derivanti dalle Convenzioni internazionali, il diritto comunitario e i disposti costituzionali vigenti nel nostro Paese (in particolare il principio di eguaglianza contenuto nell'art. 3 della Costituzione).

Non vi è chi non colga un legame tra parità di trattamento e garanzia dei diritti fondamentali della persona umana dello straniero “comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato” ed esistenza dei diritti in materia civile attribuiti allo “straniero regolarmente soggiornante” nel territorio dello Stato e la parità di trattamento e la piena uguaglianza dei diritti dei lavoratori stranieri regolarmente soggiornanti e le loro famiglie, la partecipazione di tutti gli stranieri regolarmente soggiornanti alla vita pubblica locale, la parità di trattamento relativamente alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi, nei rapporti con la pubblica amministrazione e nell'accesso ai pubblici servizi, nei limiti e nei modi previsti dalla legge.

Se l'architettura dei principi costruito dal testo unico sull'immigrazione e dal d.lgs. 215/2003 non può che essere unico, vista l'identità tematica, non rimane che concludere che:

- il complessivo apporto valoriale del d.lgs. 215/2003 è molto più importante di quanto si è solito riconoscergli dato che in esso non si condiziona il funzionamento del principio di parità di trattamento al dato del “regolare soggiorno dello straniero”; rendendolo assoluto (legato alla persona) concorre ad ampliare la portata universalistica del principio;
- le azioni positive così come ammesse dal d.lgs. 215/2003 mediante il plurimo richiamo alle stesse nell'attività dell'Unar, possono essere delineate come strumenti necessari al raggiungimento di uno specifico fine: il perseguimento di una piena parità di trattamento tra cittadini e stranieri, nella logica dell'eguaglianza sostanziale garantita dalla Costituzione italiana, anche mediante specifiche misure di integrazione sociale.

Anche per le azioni positive “oltre il genere”, quindi, si prospetta la necessità di delinearne i caratteri strutturali di contenuto (variabile) a partire dalla previa identificazione teleologica delle stesse, l'unica in grado di valorizzare pienamente il principio di parità di trattamento mediante la rilevanza della finalità perseguita da strumenti molteplici, dalla differente natura e non certo non tassativamente indicati, né tanto meno blandi o soft.

## **IL METODO**

Dopo aver individuato il presupposto delle azioni positive a favore della razza e origine etnica riferendosi all'eguaglianza sostanziale, nel linguaggio nazionale, e alla parità effettiva e completa, nel linguaggio comunitario, si rende necessario precisare il metodo di analisi e di ricostruzione dei connotati delle azioni positive.

A partire dal supporto istituzionale alle stesse costruito nel 2003 (riferendosi ovviamente all'Unar), si è arrivati ad ammettere la necessità più volte riconosciuta dalla miglior dottrina nazionale e comunitaria (da ultimo v. *Beyond Formal Equality. Positive Action under Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC*, European Commission, Directorate- General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit G.2., 2007, Bruxelles) di utilizzare il metodo del confronto disciplina di genere (la prima, quella più consolidata) e quella "oltre il genere".

Senza confondere i fattori di rischio e i relativi trattamenti riconosciuti dal legislatore nazionale e comunitario (solo il genere è trasversale, riguarda ogni persona, uomo o donna che sia e come tale registra una valorizzazione ampia e in ogni campo del vivere civile, compresa la politica), conviene ricordare l'assetto delle regole esistenti in materia di azioni positive.

A livello comunitario la dir. 2006/54, all'art. 3, definisce l'azione positiva riconoscendo che "Gli Stati membri possono mantenere o adottare misure ai sensi dell'articolo 141, paragrafo 4, del trattato volte ad assicurare nella pratica la piena parità tra gli uomini e le donne nella vita lavorativa".

Per contro, e in modo più compiuto e nonostante i difetti del c.d. Codice delle pari opportunità, il d.lgs. 198/2006 nel *Capo IV intitolato Promozione delle pari opportunità* (che riproduce con modifiche legge 10 aprile 1991, n. 125, articolo 1, commi 1 e 2), definisce le azioni positive specificando non solo che sono quelle "misure volte alla rimozione degli ostacoli che di fatto impediscono la realizzazione di pari opportunità, nell'ambito della competenza statale, sono dirette a favorire l'occupazione femminile e realizzate l'uguaglianza sostanziale tra uomini e donne nel lavoro".

Dopo aver indicato la finalità generale delle stesse, le identifica partendo dagli scopi precisi cui sono dedicate: eliminare le disparità nella formazione scolastica e professionale, nell'accesso al lavoro, nella progressione di carriera, nella vita lavorativa e nei periodi di mobilità; favorire la diversificazione delle scelte professionali delle donne in particolare attraverso l'orientamento scolastico e professionale e gli strumenti della formazione; favorire l'accesso al lavoro autonomo e alla formazione imprenditoriale e la qualificazione professionale delle lavoratrici autonome e delle imprenditrici; superare condizioni, organizzazione e distribuzione del lavoro che provocano effetti diversi, a seconda del sesso, nei confronti dei dipendenti con pregiudizio nella formazione, nell'avanzamento professionale e di carriera ovvero nel trattamento economico e retributivo; promuovere l'inserimento delle donne nelle attività, nei settori professionali e nei livelli nei quali esse sono sottorappresentate e in particolare nei settori tecnologicamente avanzati ed ai livelli di responsabilità; favorire, anche mediante una diversa organizzazione del lavoro, delle condizioni e

del tempo di lavoro, l'equilibrio tra responsabilità familiari e professionali e una migliore ripartizione di tali responsabilità tra i due sessi.

A partire dall'accettazione del metodo di identificazione delle azioni positive (metodo teleologico e non strutturale), ci pare che dopo aver fissato l'obiettivo generale delle misure (eguaglianza sostanziale, parità di trattamento effettiva), si renda necessario individuare gli scopi precisi delle *azioni positive di inclusione sociale*, tenendo anche in considerazione il campo di applicazione della dir. 2000/43 e del d.lgs. 215/2003, fissato in termini praticamente identici dai rispettivi artt. 3.

Il campo di applicazione è indicato sia nella direttiva che nel decreto di recepimento affermando che il "principio di parità di trattamento senza distinzione di razza ed origine etnica si applica a tutte le persone sia nel settore pubblico che privato ed e' suscettibile di tutela giurisdizionale, secondo le forme previste dall'articolo 4, con specifico riferimento alle seguenti aree: *a)* accesso all'occupazione e al lavoro, sia autonomo che dipendente, compresi i criteri di selezione e le condizioni di assunzione; *b)* occupazione e condizioni di lavoro, compresi gli avanzamenti di carriera, la retribuzione e le condizioni del licenziamento; *c)* accesso a tutti i tipi e livelli di orientamento e formazione professionale, perfezionamento e riqualificazione professionale, inclusi i tirocini professionali; *d)* affiliazione e attività nell'ambito di organizzazioni di lavoratori, di datori di lavoro o di altre organizzazioni professionali e prestazioni erogate dalle medesime organizzazioni; *e)* protezione sociale, inclusa la sicurezza sociale; *f)* assistenza sanitaria; *g)* prestazioni sociali; *h)* istruzione; *i)* accesso a beni e servizi, incluso l'alloggio.

Il campo di applicazione dell'azione positiva non può che essere il medesimo dell'operatività del principio di parità di trattamento essendo l'azione positiva uno strumento utile all'affermazione sostanziale del relativo principio.

Un supporto ulteriore alla fissazione degli specifici obiettivi dell'azione positiva di inclusione sociale è fornito dal decreto 12 settembre 2007 del Ministero della Solidarietà Sociale - Direzione Generale dell'Immigrazione, il decreto adottato per il finanziamento di progetti finalizzati a favorire l'inclusione sociale dei migranti e dei loro familiari. Il decreto (e l'avviso ad esso allegato) descrivono le aree d'intervento dei progetti di inclusione sociale da finanziare. Le aree individuate per il 2007 sono le seguenti: sostegno all'accesso all'alloggio; accesso all'alloggio delle comunità Rom, Sinti e Camminanti; accoglienza degli alunni stranieri; accoglienza degli alunni appartenenti alle comunità Rom, Sinti e Camminanti; valorizzazione delle seconde generazioni; tutela delle donne immigrate a rischio di marginalità sociale; diffusione della lingua e della cultura italiane.

## **LE PROSPETTIVE**

Come anticipato in premessa, il quadro regolativo esistente in materia di azioni positive appare frammentario e privo di ogni coordinamento utile alla comprensione di uno snodo concettuale tanto complesso e articolato.

Le prospettive che si aprono sono due, entrambe praticabili.

La prima è la prospettiva di modifica legislativa delle regole dettate dal legislatore nel 2003, mediante introduzione di una nozione di azioni positive di inclusione sociale, finanziabili anche mediante l'apporto del Fondo per l'inclusione sociale. Questa scelta presuppone anche la definizione delle specifiche competenze delle istituzioni coinvolte.

La seconda prospettiva è di carattere eminentemente interpretativo. Escludendo ogni modifica legislativa, si propone di coordinare l'azione dei diversi soggetti coinvolti nella gestione delle azioni di inclusione sociale e/o azioni positive (non solo finanziate dal Fondo per l'inclusione sociale, ma anche da specifici fondi comunitari, ad esempio) mediante apposito atto regolamentare (decreto interministeriale) che standardizzi le procedure dopo aver uniformato le definizioni sulla falsariga di quanto previsto con le azioni positive per il lavoro regolate oggi dal d.lgs. 198/2006: i Ministeri intervengono annualmente con un decreto contenente il *Programma obiettivo* (che si potrebbe chiamare **Programma strategico per le azioni positive di inclusione sociale**) in cui individuare le scelte da finanziare in base a caratteristiche specifiche delle stesse ovvero in base alle priorità definite dai Ministeri coinvolti; il programma dovrebbe rappresentare la sintesi delle linee guida dell'Unar in materia di azioni positive.