

RIVISTA GIURIDICA DEL LAVORO E DELLA PREVIDENZA SOCIALE

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

ANNO LIX - 2008 - N. 4

*Trimestrale
ottobre-dicembre 2008*

DIRETTORE

Piergiovanni Alleva

COMITATO DIRETTIVO

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

REDAZIONE

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

COMITATO SCIENTIFICO

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

SEGRETERIA DI REDAZIONE

Maria Clotilde Domenichini

Proprietario ed editore

Ediesse s.r.l.

Via dei Frentani, 4/A - 00185 Roma

Tel. 06/44870325 - Fax 06/44870335

E-mail: ediesse@cgil.it

Autorizzazione del Tribunale di Roma n. 3848/1954

Segreteria di redazione

Via dei Frentani 4/A - 00185 Roma

Tel. 06/44870323 - Fax 06/44870335

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

Ufficio abbonamenti

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

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

E-mail: ediesse@cgil.it

Tariffe di abbonamento

ordinario 100,00 euro; estero 200,00 euro

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

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

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

Progetto grafico e fotocomposizione

EDIESSE

Stampa

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

Vicolo dei Tabacchi, 1 - 00153 Roma

Egregio Abbonato,

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



Associato all'USPI
Unione Stampa Periodica Italiana

PARTE I
DOTTRINA

TEMA

Regole del mercato del lavoro e tutela antidiscriminatoria

Marzia Barbera

Introduzione.

L'effetto trasversale del principio di non discriminazione 469

Piera Loi

La ragionevolezza come predicato delle differenze di trattamento 481

Gianni Loy

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

Loredana Zappalà

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

Olivia Bonardi

Diritto alla sicurezza sociale e divieti di discriminazione 565

Luigi de Angelis

Il danno da discriminazioni tra risarcimento e sanzione civile 599

PARTE II
GIURISPRUDENZA

IL CASO I

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

Il divieto di discriminazioni razziali preso sul serio 765

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

IL CASO II

La giurisprudenza italiana sulle discriminazioni di genere

Serena Zitti

Donne, accesso al lavoro e progressioni di carriera

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

Il requisito essenziale nella discriminazione indiretta

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

Sul licenziamento «discriminatorio» della lavoratrice madre

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

OSSERVATORIO

LA CORTE COSTITUZIONALE

Le decisioni nel trimestre luglio-settembre 2008

Rapporto di lavoro 845

Sicurezza sociale 849

A cura di Lorenzo Fassina e Massimo Pallini

RAPPORTO DI LAVORO

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

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

SICUREZZA SOCIALE

Gina Turatto

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

991

Daniele Costanzi

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

1010

Lucia Valente

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

1016

IL TEMA

REGOLE DEL MERCATO DEL LAVORO E TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA

Marzia Barbera (*)

INTRODUZIONE. L'EFFETTO TRASVERSALE DEL PRINCIPIO DI NON DISCRIMINAZIONE

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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