



FONDO ASILO, MIGRAZIONE ED INTEGRAZIONE 2014-2020

# La Discriminazione nel rapporto di lavoro

avv.ti Alberto Guariso e Giulia Vicini  
studio legale avv. A. Guariso e L. Neri

[www.studiodirittielavoro.it](http://www.studiodirittielavoro.it)  
[info@studiodirittielavoro.it](mailto:info@studiodirittielavoro.it)



OBIETTIVO SPECIFICO 2 “Integrazione/Migrazione legale” – OBIETTIVO NAZIONALE 2 “Integrazione”  
“PRE.Ce.DO” Piano Regionale prevenzione e contrasto delle discriminazione – Prog-461



Una premessa: ne vale la pena.....

- **Perché** il diritto antidiscriminatorio si adatta a una società flessibile: non cancella il potere di scelta (del contraente, della PA ecc.) , ma lo orienta e lo delimita; quindi «funziona» anche là dove la norma inderogabile non potrebbe funzionare;

## *Segue*

- **Perché** non appiattisce le identità, ma le riconosce e consente che si manifestino, garantendo che quelle identità non saranno ragione di svantaggio.
- **Perché** è un «diritto delle minoranze» che riequilibra la distribuzione del potere nelle democrazie rappresentative



Segue:

- **Perché** il discorso sulla discriminazione è un discorso sulla **uguaglianza: limitato** dal riferimento ai fattori, ma **rafforzato** perché non si riferisce ai soli diritti fondamentali ma a qualsiasi svantaggio connesso ai fattori vietati. (in questo senso il percorso è diverso da quello della CEDU – vedi dopo)

# Fonti del divieto di discriminazione in materia di lavoro: il livello comunitario

- **Direttiva 2000/43** – Dlgs 215/03 – divieto per razza e origine etnica
- **Direttiva 2000/78** – Dlgs 216/03 – divieto per religione o convinzioni personali, handicap, età, tendenze sessuali.
- **Direttiva 2006/54** – Codice Pari Opportunità – divieto di discriminazione per genere
- **Articolo 18 TFUE** – Divieto per nazionalità «nell'ambito di applicazione del trattato»
- **Art. 45 TFUE** – divieto di discriminazione per nazionalità tra i lavoratori degli Stati membri

# Segue:

- **Carta dei diritti art. 21** – divieto «in particolare» per sesso, razza, colore della pelle, origine etnica o sociale, caratteristiche genetiche, lingua , religione, convinzioni personali, opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, appartenenza a una minoranza nazionale, patrimonio, nascita, disabilità, età, orientamento sessuale
- **Convenzione ONU per i diritti dei disabili** approvata dalla UE con decisione 2010/48 del consiglio – divieto di discriminazione sulla base della disabilità «ivi compreso il rifiuto di un accomodamento ragionevole»

## La struttura del livello comunitario: le nozioni

- **Discriminazione diretta** : quando a causa di (dir. 43) ...sulla base di uno qualsiasi dei motivi...(dir.78) ...in base al...(dir.54) una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in situazione analoga.
- **Con due casi di discriminazione senza comparazione**: **a)** le molestie (*“comportamento indesiderato avente lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante od offensivo”*)
- **B)** la mancata predisposizione di “soluzioni ragionevoli” per i disabili

Le nozioni comunitarie: segue

- **Discriminazione indiretta** : quando una disposizione un criterio o una prassi **apparentemente neutri** possono mettere una persona ...in una posizione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone. “A meno che” .....
- L'elemento distintivo è **l'apparente neutralità** del criterio (che conferma l'irrilevanza dell'elemento soggettivo)



## Le nozioni comunitarie :segue

- “**Discriminazione associata**”( nozione introdotta dalla sent. della CGE Coleman, 2006) = lo svantaggio colpisce una persona che non appartiene al gruppo protetto (o non è identificata dal fattore vietato) ma è collegata strettamente ad una persona che vi appartiene (es. il genitore del disabile)

## Le nozioni comunitarie: segue

- **Non c'è discriminazione** se il fattore vietato costituisce “requisito essenziale della prestazione” (lavorativa) purchè il l'obiettivo sia legittimo e il requisito sia proporzionato.
- Si applica anche alle discriminazioni dirette

## Le nozioni comunitarie: segue

- «.....A MENO CHE il particolare svantaggio non sia giustificato da una **finalità legittima, perseguita attraverso mezzi appropriati e necessari**» (art. 2 dir. 43 e 78)
- Tali requisiti vanno esaminati separatamente (vedi sentenza CGE Mangold 2005)
- “appropriati” = proporzione tra il valore sacrificato (la parità) e l’effetto prodotto
- “necessari” = la finalità legittima non può essere perseguita in altro modo
- Vale **solo per le discr. indirette** ; opera “a valle” della discriminazione, giustificando la disparità.

## Fonti del divieto di discriminazione in materia di lavoro: il livello nazionale


- Art. 43 – 44 TU immigrazione- divieto per razza , colore, ascendenza o origine nazionale o etnica, convinzione e pratiche religiose, lingua, provenienza geografica, cittadinanza
- Art. 15 L. 300/70

# Scheda : l'art. 15 SL

- E' nullo qualsiasi atto o patto diretto a *“subordinare l'occupazione di un lavoratore alla condizione che aderisca o non aderisca ad una Organizzazione sindacale o cessi di farne parte*
- *Licenziarlo, discriminarlo nella assegnazione di qualifiche, mansioni, nei trasferimenti, nei provvedimenti disciplinari o arrecargli altrimenti pregiudizio a causa della sua affiliazione o attività sindacale*
- Le disposizioni di cui al comma precedente si applicano altresì ai patti o atti diretti a fini di discriminazione .....
- **1970**... *«politica e religiosa»*
- **1977**... *“...politica, religiosa, razziale, di lingua, di sesso”*
- **2003** (dlgs 216/03) *“... politica, religiosa, razziale, di lingua, di sesso di handicap, di età, basata sull'orientamento sessuale o le convinzioni personali”*




La differenza tra due tecniche di tutela: art. 15 SL e art. 43-44 TU immigrazione:

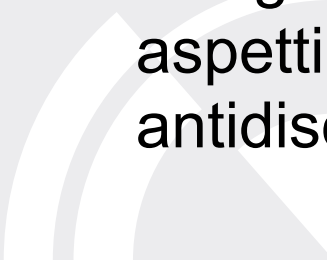
- L'art. 43 supera la nozione soggettiva di discriminazione ( “scopo o effetto” disgiuntamente considerati)
  - L'art. 15 fa riferimento ad atti o patti; gli artt. 43 e 44 fanno riferimento anche ai comportamenti.
  - La tecnica dell'art. 15 SL è quella civilistica della nullità; quella degli artt. 43 e 44 è quella della rimozione effettiva.
  - Predispone uno specifico strumento processuale con funzione inibitoria
- 

## Scheda: la questione del pubblico impiego

- L'art. 70 TU pubblico impiego (dlgs 165/01) prevede il requisito della cittadinanza;
- l'art. 38 ammette i comunitari nelle mansioni che non comportino esercizio di pubblici poteri e non attengano all'interesse nazionale;
- L'art. 2, comma 3 TU Immigr. fissa il principio di parità tra lavoratori italiani e stranieri ai sensi della conv OIL 143/75
- L'art. 14 di detta convenzione autorizza gli stati a limitare l'accesso al lavoro dei migranti per ragioni di interesse nazionale
- Si può interpretare l'art. 70 alla luce della conv. OIL ?



# Come procedere per valutare se vi è o meno discriminazione?

- a) **Valutare se vi è uno “svantaggio”** (N.B. la differenza con le “azioni positive”: interventi volti a rimuovere uno svantaggio originario per le categorie tutelate: es il caso “circolare Gelmini”)
  - b) **Tenere conto che la discriminazione non si identifica con il generale principio di parità:** i motivi sono (tendenzialmente) tassativi, le altre disuguaglianze, anche se illegittime sotto altri aspetti, non sono sanzionabili secondo il diritto antidiscriminatorio
- 



...

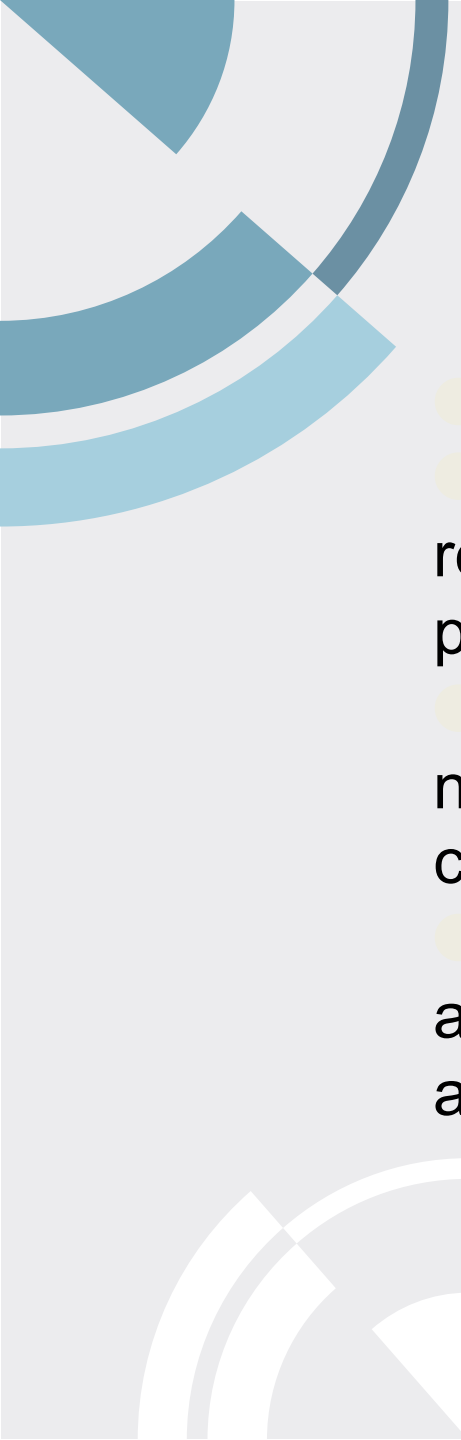
- c) Tenere conto che non rileva l'intento soggettivo
- d) Valutare se vi è un **collegamento (diretto , indiretto, associato) con il fattore vietato (nazionalità, razza, etnia)**
- e) Valutare se con riferimento a quel fattore e in quello specifico campo della vita sociale la legge (nazionale o comunitaria) impone la **parità di trattamento**

...

- f) NON occorre valutare se c'è violazione di un **diritto fondamentale**: è sanzionata la differenza (per il motivo vietato) anche se NON relativa a un diritto fondamentale. Es. caso “Buoni vacanze” / Trib.Brescia 26.6.2010 e Trib.Milano 17.8.2010).
- g) **Non contrasta con la libertà di scelta della PA o del privato**: anzi, interviene proprio dove vi sono dei poteri di scelta discrezionale imponendo che il fattore vietato sia “neutralizzato”; ove un bene della vita è già garantito da una norma, il diritto antidiscriminatorio sarebbe superfluo.

## ● Casi Pratici

- La signora MAHAMET presenta on-line domanda di partecipazione a una selezione per hostess a una fiera della calzatura: si tratta di 4 posti di lavoro autonomo per tre giorni retribuito con euro 50 a giornata.
- L'avviso diffuso dalla impresa selezionatrice contiene i seguenti requisiti: a) bella presenza b) lingua inglese c) altezza minima 165 cm d) taglia 40/42 e) misura di scarpe 37.
- La signora presenta domanda inviando una fotografia ove indossa un hijab (velo che copre integralmente i capelli e lascia scoperto il volto).
- L'impiegata addetta al ricevimento delle candidature chiede via e-mail se la signora è disponibile a togliere il velo.
- .....

- 
- ...
  - MAHAMET risponde “porto il velo per ragioni religiose, non sono disposta a toglierlo. Posso però abbinarlo alla divisa”.
  - L’agenzia risponde: “purtroppo i nostri clienti non saranno mai così flessibili; grazie comunque”.
  - La impresa selezionatrice ha quindi proposto altre 6 candidate, ma nessuna di queste è stata assunta per i quattro posti vacanti.