

LA
TUTELA
ANTIDISCRIMINATORIA

FONTI
STRUMENTI
INTERPRETI

A CURA DI
MARZIA BARBERA E ALBERTO GUARISO



G. Giappichelli Editore



LA TUTELA
ANTIDISCRIMINATORIA
FONTI, STRUMENTI, INTERPRETI

In copertina:

Elaborazione grafica di Elisabetta Wolleb.

Immagine di PAUL KLEE, *Boote in der Überflutung* (1937).

LA TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA FONTI, STRUMENTI, INTERPRETI

A CURA DI MARZIA BARBERA E ALBERTO GUARISO

Con scritti di

Cristina Alessi, Marzia Barbera, Silvia Borelli,
William Chiaromonte, Alberto Guariso, Sonja Haberl,
Lara Lazzeroni, Mariagrazia Militello, Davide Strazzari



G. Giappichelli Editore

© Copyright 2019 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100
<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-3008-1

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

INDICE

	<i>pag.</i>
Introduzione	1
Capitolo 1	
PRINCIPIO DI EGUAGLIANZA E DIVIETI DI DISCRIMINAZIONE	
Marzia Barbera	
1.1. I significati dell'eguaglianza	5
1.2. L'eguaglianza come garanzia del pluralismo sociale. Il ruolo antimaggioritario delle corti	8
1.3. L'eguaglianza come eguaglianza redistributiva e mezzo di integrazione sociale	10
1.4. L'eguaglianza come diritto umano e come diritto della "persona situata"	14
1.5. Eguaglianza e non discriminazione nello spazio comune europeo	18
1.6. La tutela antidiscriminatoria nel sistema della Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU)	19
1.7. La funzione dell'eguaglianza nel processo di integrazione europea	22
1.7.1. Il divieto di discriminazioni basate sulla nazionalità	22
1.7.2. La cittadinanza europea e la solidarietà transnazionale: nascita e crisi di un'idea	25
1.7.3. Il divieto di discriminazioni basate sul genere	26
1.8. La nuova stagione del diritto antidiscriminatorio. Fonti e ambiti di applicazione	29
1.9. Il principio di non discriminazione come «leva di Archimede»	33

	<i>pag.</i>
1.9.1. In principio era <i>Mangold</i>	33
1.9.2. I percorsi tortuosi del dopo <i>Mangold</i>	37
1.9.3. Verso la costruzione di un controllo d'eguaglianza diffuso	39
1.9.4. Chi ha paura dell'effetto diretto?	41
1.9.5. Il revival dei contro-limiti e "l'identità costituzionale"	44
1.10. L'evoluzione della tutela antidiscriminatoria	45
1.10.1. Il "vecchio" diritto antidiscriminatorio	48
1.10.2. Le teorie che hanno ispirato le nuove fattispecie di discriminazione	51
1.10.3. La nozione di discriminazione nel nuovo diritto antidiscriminatorio	53
1.10.4. Eccezioni ai divieti di trattamenti differenziati e giustificazioni alla disparità di effetti	59
1.10.5. La natura autonoma e la funzione rimediabile dei divieti di discriminazione	64
1.10.6. La struttura del giudizio di discriminazione	65
1.11. Il valore contrastato dell'eguaglianza	75
1.11.1. I nuovi confini dell'eguaglianza: una "solidarietà fra estranei"	77
1.12. Mobilitazione legale e mobilitazione sociale	80

Capitolo 2

I FATTORI DI DISCRIMINAZIONE

Mariagrazia Militello e Davide Strazzari

2.1. Come si individuano i fattori di discriminazione	85
2.2. Differenze e analogie nella tutela antidiscriminatoria	93
2.3. I correttivi in via d'interpretazione al modello tassativo	97
2.4. I fattori discriminatori	105
2.4.1. Genere	105
2.4.2. Nazionalità (tra cittadini dell'UE)	111
2.4.3. Razza, origine etnica, provenienza geografica	116
2.4.4. Cittadinanza, nazionalità e origine nazionale	119
2.4.5. Lingua	125
2.4.6. Religione e convinzioni personali	128
2.4.7. Affiliazione e attività sindacale	133
2.4.8. Orientamento sessuale e transessualismo	134
2.4.9. Età	140
2.4.10. Disabilità	146

	<i>pag.</i>
2.5. La discriminazione per associazione, multipla, intersezionale	156
2.6. Alcuni fattori problematici	160
2.7. I fattori c.d. oggettivi	164

Capitolo 3

LE DISCRIMINAZIONI NEL RAPPORTO DI LAVORO

Silvia Borelli, Alberto Guariso e Lara Lazzeroni

3.1. La nozione di lavoratore	165
3.2. L'ambito della comparazione	169
3.2.1. Casistica	172
3.2.2. Le modalità del giudizio di comparazione	180
3.3. L'accesso al lavoro e al mercato del lavoro	182
3.3.1. Principio di non discriminazione, azioni positive e tutela "nel mercato"	182
3.3.2. Principio di non discriminazione, requisito essenziale della prestazione e cause di giustificazione	186
3.4. L'accesso al lavoro e la condizione di straniero	197
3.4.1. L'accesso al lavoro privato	197
3.4.2. L'accesso al lavoro pubblico e al servizio civile	200
3.5. La retribuzione e le condizioni di lavoro	205
3.5.1. La retribuzione	205
3.5.2. Le condizioni di lavoro	213
3.6. Il licenziamento discriminatorio	221
3.6.1. Licenziamento discriminatorio e contesto normativo	221
3.6.2. Le ipotesi di licenziamento discriminatorio e il raccordo con altre fattispecie di nullità	226
3.6.3. Altre ipotesi di licenziamento nullo	239
3.6.4. Licenziamento discriminatorio e concause legittime di recesso	241
3.6.5. Il licenziamento discriminatorio in aree speciali	243
3.7. La tutela antidiscriminatoria nel lavoro autonomo	248
3.8. Le discriminazioni basate sull'attività sindacale e sull'esercizio dello sciopero	256
3.8.1. Convinzioni personali e convinzioni sindacali	256
3.8.2. Condotta discriminatoria e condotta antisindacale	257
3.8.3. Discriminazione nell'esercizio dei diritti sindacali	260
3.8.4. Discriminazione ai danni delle organizzazioni sindacali	263
3.9. Il sindacato antidiscriminatorio sulle clausole del contratto collettivo	265

Capitolo 4

SEGMENTAZIONE DEL MERCATO DEL LAVORO E
DISCRIMINAZIONI

Cristina Alessi e Silvia Borelli

4.1. Segmentazione del mercato del lavoro e principio di non discriminazione	271
4.2. Il divieto di discriminazione dei lavoratori flessibili	274
4.2.1. La nozione di lavoratore flessibile e il <i>tertium comparationis</i>	280
4.2.2. Le cause di giustificazione delle disparità di trattamento	288
4.2.3. Le discriminazioni nei confronti dei lavoratori part-time	292
4.2.4. Le discriminazioni nei confronti dei lavoratori a termine	297
4.3. Le discriminazioni nei casi di utilizzo indiretto della manodopera	305
4.3.1. Il lavoro in somministrazione	305
4.3.2. Il distacco	314
4.4. Le discriminazioni nei casi di interdipendenza tra imprese	320
4.4.1. Il contratto di appalto	322
4.4.2. I gruppi di società	325

Capitolo 5

DISCRIMINAZIONI E *WELFARE*

William Chiaromonte e Alberto Guariso

5.1. Il <i>welfare state</i> italiano: linee evolutive, principi regolativi e caratteristiche essenziali	329
5.2. La questione della parità nell'accesso al <i>welfare</i> : limiti e peculiarità	335
5.2.1. La prevalente rilevanza del fattore nazionalità	335
5.2.2. La distinzione tra servizi pubblici e servizi offerti da privati	337
5.3. Le discriminazioni dello straniero nell'assistenza, nella previdenza e nella sicurezza sociale	338
5.3.1. L'accesso dei cittadini dell'Unione europea ai «vantaggi sociali»	338
5.3.2. L'accesso dei cittadini di Paesi terzi alle prestazioni assistenziali	349
5.3.3. Le condizioni della cittadinanza e della residenza qualificata	350
5.3.4. La giurisprudenza costituzionale sull'accesso dei cittadini di Paesi terzi alle prestazioni assistenziali	356

	<i>pag.</i>
5.3.5. L'accertamento delle condizioni reddituali del richiedente	361
5.3.6. Le categorie di stranieri a "parità rafforzata"	363
5.4. Le discriminazioni dello straniero nella tutela sanitaria	369
5.5. Le discriminazioni dello straniero nell'accesso all'edilizia pubblica e ai sussidi all'alloggio	373
5.6. Le discriminazioni dello straniero nella tutela previdenziale	377
5.7. Le discriminazioni fondate sul genere	381
5.8. Le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale	389
5.9. Le discriminazioni fondate sulla disabilità	395
5.10. Le discriminazioni fondate sulla razza e sull'origine etnica. Il caso dei rom	400
5.11. Le discriminazioni fondate sull'età	404

Capitolo 6

LE DISCRIMINAZIONI NELL'ACCESSO AL MERCATO DI BENI E SERVIZI

Sonja Haberl

6.1. Principio di non discriminazione e autonomia contrattuale	409
6.1.1. Gli ambiti operativi	415
6.1.2. I fattori di rischio considerati	419
6.1.3. La disponibilità al pubblico di beni e servizi come condizione di applicabilità della disciplina	422
6.1.4. Il problema dei rimedi: l'obbligo a contrarre	427
6.2. La tutela antidiscriminatoria contrattuale fra teoria e prassi	431
6.2.1. Il panorama applicativo italiano	431
6.2.2. Il mercato europeo delle assicurazioni	439

Capitolo 7

LA TUTELA GIURISDIZIONALE

Alberto Guariso e Mariagrazia Militello

7.1. Un diritto affidato solo ai giudici?	445
7.2. I due riti del processo antidiscriminatorio	447
7.3. Il giudizio antidiscriminatorio secondo il rito sommario di cognizione	450

	<i>pag.</i>
7.4. La questione di giurisdizione e il diritto soggettivo a non essere discriminati	453
7.5. Giurisdizione e poteri del giudice ordinario	456
7.6. I casi residui di giurisdizione amministrativa	458
7.7. L'onere della prova	459
7.8. La legittimazione attiva di enti e associazioni	466
7.9. Segue: la legittimazione attiva di enti e associazioni nel contenzioso sulle discriminazioni per nazionalità	469
7.10. I provvedimenti del giudice	472
7.11. Il risarcimento del danno	478
7.12. La tutela della vittima e il divieto di ritorsione	483
7.13. Le sanzioni accessorie all'accertamento della discriminazione e la tutela penale contro l'inottemperanza alla decisione	488
7.14. La funzione di controllo degli organismi di parità: Consigliere di parità, Unar, Cug	493

Capitolo 8

LE AZIONI POSITIVE

Cristina Alessi

8.1. Le azioni positive: definizione	501
8.2. Le azioni positive nella giurisprudenza nordamericana	505
8.3. Le azioni positive nell'Unione europea	508
8.4. Le azioni positive nell'ordinamento italiano	512
8.5. Parità e partecipazione politica delle donne. Le quote nelle liste elettorali	517
<i>Bibliografia</i>	521
<i>Elenco delle abbreviazioni</i>	547
<i>Notizie su autrici e autori</i>	553

INTRODUZIONE

«Non lasciate calpestare da altri impunemente il vostro diritto»

Questo libro, frutto di un lavoro collettivo di alcuni anni, è dedicato alla tutela antidiscriminatoria, che costituisce ormai un sottosistema normativo avente caratteri distintivi. Del sottosistema, il diritto antidiscriminatorio presenta le caratteristiche tipiche, che sono quelle dell'ispirarsi a finalità unitarie, in primo luogo la tutela della persona umana e della sua dignità innata, e dell'avvalersi di tecniche normative tendenzialmente simili, dirette a proteggere dalle lesioni di diritti personalissimi, in primo luogo il diritto alla libertà dal pregiudizio e da criteri che etichettano in modo tirannico alcune categorie di persone, separandole arbitrariamente dalle altre.

La discriminazione ha sempre avuto un significato specifico e storicamente determinato in base al contesto cui i divieti di discriminare si riferiscono. Quando definisce una classificazione come discriminazione, il diritto fa sempre una diagnosi di disuguaglianze sistemiche e strutturali.

È proprio il carattere sistematico e strutturale delle discriminazioni ad abilitare il giudice a esercitare un controllo severo di scelte pubbliche e private altrimenti discrezionali, a legittimare un regime della prova alleggerito, a richiedere forme specifiche di rimedi di carattere inibitorio e ripristinatorio, a consentire il risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale anche in funzione dissuasiva, a rendere indispensabili forme collettive di legittimazione ad agire.

Il libro si confronta con la tutela antidiscriminatoria seguendo sia un approccio concettuale, che tende a ricostruire il significato dei divieti di discriminazione – un significato mutato nel tempo – sulla base dei diversi modelli di eguaglianza e giustizia cui essi si rifanno; sia un approccio casistico, che guarda al diritto vivente, all'interpretazione concreta che di tali divieti hanno dato gli interpreti, per coglierne la funzione reale, la capacità di agire come leva di cambiamento di situazioni di diseguaglianza sociale o, talvolta, all'opposto, come viatico della loro legittimazione.

Trattandosi di una tutela multilivello, un ruolo centrale è giocato dalle corti sovranazionali, in particolare dalla Corte di giustizia, la cui giurisprudenza ha contribuito in modo decisivo a forgiare le categorie del diritto antidiscriminatorio. Ciò spiega l'atten-

zione dedicata alle decisioni della Corte dell'Unione europea in tutti i capitoli che compongono l'opera.

Il taglio della trattazione della materia si discosta da quella classica: è non per fattori di discriminazione ma per ambiti di applicazione delle norme antidiscriminatorie, con alcuni capitoli di carattere generale dedicati all'analisi dei concetti chiave, dei diversi fattori, della tutela in giudizio, delle azioni positive. Questa scelta è anche una scelta di metodo, che riflette un'altra delle caratteristiche tipiche della tutela antidiscriminatoria, vale a dire la sua valenza trasversale, che interseca tutti gli ambiti delle relazioni sociali. Una particolare attenzione è dedicata anche alla segregazione tra lavoratori relegati nell'una o nell'altra tipologia contrattuale, nella consapevolezza che essa costituisce oggi una delle ragioni fondamentali del perpetuarsi delle disuguaglianze nel lavoro.

Come i lettori avranno modo di constatare, nell'analisi condotta nei diversi capitoli, alcuni fattori hanno un peso maggiore di altri. Non perché ciò corrisponda a una loro gerarchia di disvalore – ciò sarebbe in contrasto con l'idea, che attraversa tutto il lavoro, che la discriminazione sia una negazione del pari valore di ogni persona – ma perché il libro mira a ricostruire l'operare in concreto della tutela antidiscriminatoria, in questo specifico contesto storico e temporale.

Se fra cento anni qualcuno si trovasse a leggere una rassegna delle cause di discriminazione promosse in questi anni nei tribunali nazionali ed europei non tarderebbe a rendersi conto di quali fossero i gruppi sociali più svantaggiati e vulnerabili negli anni in cui hanno avuto svolgimento le vicende processuali narrate dai repertori di giurisprudenza e riprese nelle pagine del libro: chi fossero coloro ai quali veniva impedito di sposarsi e di ricevere la pensione ai superstiti spettante ai compagni di una vita; di chiedere l'iscrizione anagrafica, di prendere in affitto una casa, di accedere a un sussidio familiare o a un premio scolastico, di pregare in un proprio luogo di culto; chi fossero coloro che venivano pagate meno pur svolgendo un lavoro di valore eguale a quello svolto da altri, licenziate alla nascita dei figli, molestate per il loro aspetto fisico; coloro ai quali una qualche barriera impediva l'accesso ai mezzi pubblici, agli spettacoli cinematografici, a una stanza d'albergo, a una scrivania alla quale poter lavorare con agio. E neppure tarderebbe a rendersi conto che, nella maggior parte dei casi, le scelte di esclusione venivano compiute, nella sfera pubblica, da soggetti investiti del potere politico di rappresentare la maggioranza, a danno delle minoranze; nella sfera privata, da soggetti investiti da poteri sociali e contrattuali di scelta e di disposizione delle posizioni di altri, esercitati in modo arbitrario.

Il libro è frutto del lavoro di soli giuristi e giuriste e si occupa, dunque, soltanto della reazione del diritto di fronte alla discriminazione, ma chi lo ha scritto è pienamente consapevole che affidare la lotta contro le discriminazioni all'azione in giudizio, individuale e collettiva, costituisce uno dei punti di forza e, insieme, uno dei punti di debolezza della tutela antidiscriminatoria. Da una parte, ciò presuppone una presa di coscienza – da parte della singola persona e dei gruppi discriminati – di aver subito un torto che il diritto non tollera e la capacità di reagirvi; dall'altra, fa dipendere dall'iniziativa di singoli individui o singoli gruppi il perseguimento di fini di giustizia che

hanno un valore collettivo e che non dovrebbero, quindi, realizzarsi solo nel perimetro del processo e nei confronti di un singolo attore, quando, invece, la discriminazione ha, di norma, carattere strutturale e istituzionale. In tal modo, il valore dissuasivo della pronuncia giudiziale rischia di stemperarsi in una coscienza sociale che fatica a recepirlo come buona regola del vivere collettivo.

Per essere azionata, poi, la tutela antidiscriminatoria richiede che vi sia un soggetto a cui compararsi, condizione che non solo può non realizzarsi in concreto, soprattutto quando la segregazione è massima, ma che presuppone che tale soggetto costituisca la *norma* rispetto al quale misurare la propria diversità (di genere, di razza, di etnia, di orientamento sessuale e così via).

Infine, la tutela antidiscriminatoria ha natura selettiva: protegge alcuni gruppi, non tutti; protegge da alcune diseguaglianze, non da tutte; in alcuni ambiti, non in altri. Non sempre questa selettività appare fondata su ragionevolezza e coerenza.

Il libro esplora sia i punti di forza che quelli di debolezza della tutela antidiscriminatoria, nonché i tentativi di correzione, e cerca di coglierne le traiettorie in atto e quelle future. L'analisi che si svolge negli otto capitoli che lo compongono non ha solo un valore scientifico (che lasciamo ai lettori di valutare) ma offre anche uno spaccato straordinario delle dinamiche di diseguaglianza sociale in atto. Allo stesso tempo, è anche una celebrazione della diversità, della ricchezza che deriva dalle diverse identità degli individui e dei gruppi, che la "pigra semplicità" delle classificazioni non consente di cogliere e che dovrebbero esser lasciate libere di esprimersi senza restare inchiodate a una fisionomia immutabile.

Desideriamo ringraziare la nostra casa editrice per l'interesse per questo tema e per il sostegno al nostro lavoro e, in particolare Lucio San Marco, per la pazienza con la quale ha seguito il lungo processo di elaborazione del libro. Siamo anche grati a Francesco Rizzi per la cura, la competenza e il buon umore con i quali ci ha assistito nella ricerca e nel complesso lavoro di editing.

Il nostro lavoro è dedicato ai nostri figli, figlie e nipoti: Andrea, Anna W., Anna F., Armando, Elena, Elisabetta, Emma, Gabriele, Giulia, Daniele, Leandro, Leon, Lisa, Lorenzo, Martino, Mila, Pietro A., Pietro C., Sara, Sebastìan, Vasco, nella speranza che possano ereditare un mondo più eguale di quello descritto nelle sue pagine.

Le autrici e gli autori.

Luglio 2019