

# L'azione antidiscriminatoria per razza, etnia, nazionalità

Torino, 25 settembre 2018

avv. Alberto Guariso

[www.studiodirittielavoro.it](http://www.studiodirittielavoro.it)

guariso@studiodirittielavoro.it

# 1. Valutare se vi è uno svantaggio

**A)** Non tutte le differenze basate su un fattore vietato sono discriminatorie: sono ammesse le AZIONI POSITIVE cioè misure «**diretta a evitare o compensare svantaggi connessi a un fattore protetto**». Quindi occorre valutare.

Esempi :

- La «circolare Gelmini» e il caso Monfalcone
- Il caso «cantieri lavoro» e la ripartizione dei posti per nazionalità.

Segue : lo svantaggio

- **B)** Tenere conto che può essere uno svantaggio «da scoraggiamento» = quando il comportamento del discriminatore, mediante dichiarazioni o barriere all'accesso, rende più difficoltoso conseguire un bene (i casi CGE *Feryn* e *Asociatia Accept*; il caso *Taormina*); quindi non sempre è necessario avere un diniego prima di agire (è un giudizio sul diritto, non sull'atto).

Segue: lo svantaggio

**C)** Lo svantaggio può anche gravare su un gruppo indeterminato di soggetti (vedi le sentenze citate); ma ciò pone il problema della legittimazione ad agire

**D)** Lo svantaggio **può non riguardare i diritti fondamentali della persona**: vedi sentenza CGUE *CHEZ* : «*particolare svantaggio*» non significa svantaggio particolarmente grave.

Il diritto antidiscriminatorio **tutela l'uguaglianza in quanto tale** indipendentemente dalla rilevanza del bene protetto (in ciò la differenza con l'art. 14 CEDU)

## Nota: l'art. 14 CEDU

*“Il godimento **dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione** deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, **in particolare** quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita o **ogni altra condizione.**”*

(ma vedi anche il protocollo 12, non ratificato:  
*«ogni diritto previsto dalla legge»*)

## In conclusione sullo «svantaggio»:

- il discorso sulla discriminazione è una parte del discorso sulla **uguaglianza ex art. 3 Cost: limitato** dal riferimento ai fattori vietati (il cui elenco è tassativo, quantomeno nel diritto dell'Unione) , ma **rafforzato** perché non si riferisce ai soli diritti fondamentali, ma a qualsiasi differenza svantaggiosa connessa ai fattori vietati.

## 2. Individuare il fattore vietato – la fonte – l'ambito di applicazione

- NAZIONALITÀ – ORIGINE NAZIONALE – CITTADINANZA (o «condizione di straniero»). Termini omogenei? Ai ns fini SI

Corte Cost. 187/10 e altre = incostituzionalità della esclusione dello straniero per violazione art. 14 CEDU («origine nazionale»)

**ART. 18 TFUE:** «è vietata ogni discriminazione effettuata in base alla *nazionalità...*»

Direttiva 2011/95 art. 10: «*Il termine nazionalità non si riferisce solo alla cittadinanza o all'assenza di cittadinanza, ma designa, in particolare, l'appartenenza a un gruppo caratterizzato da una identità culturale, etnica o linguistica, comuni origini geografiche o politiche o la sua affinità con la popolazione di un altro Stato*»

## segue

- **RAZZA** = inesistenza della nozione = utilizzo esclusivamente difensivo

**Vedi infatti la DIRETTIVA 2000/43, considerando 6 :**

*«L'Unione respinge le teorie che tentano di dimostrare l'esistenza di razze umane distinte. L'uso del termine "razza" nella presente direttiva non implica l'accettazione di siffatte teorie.»*

- **ETNIA**
- **RELIGIONE** = deve rivestire un certo grado di «coerenza, serietà, coesione, importanza» (vedi giurisprudenza CEDU).



# LA COLLOCAZIONE NELLE FONTI

- UGUAGLIANZA IN RELAZIONE ALLA ETNIA

**Diritto internazionale pattizio:** CEDU art. 14; Convenzione ONU 1965

**Diritto UE :** Carta dei diritti art. 21 = direttiva 2000/43

**Diritto interno :** TU immigrazione art. 43

- UGUAGLIANZA IN RELAZIONE ALLA NAZIONALITA'/CITTADINANZA

**Diritto internazionale pattizio :** CEDU art. 14 («origine nazionale»)

**Diritto UE :** TFUE art. 18 e Carta dei diritti art. 21 («nazionalità»), ma «limitatamente al campo di applicazione del trattato»

**Diritto interno** = art. 2 TU immigrazione: comma 1 (diritti fondamentali) comma 2 (diritti civili per i soli regolarmente soggiornanti) comma 3 (diritti del lavoratore per i soli regolarmente soggiornanti)

- UGUAGLIANZA IN RELAZIONE ALLA RELIGIONE

**Diritto internazionale pattizio** = CEDU art. 14

**Diritto UE** = direttiva 2000/78 = **solo in ambito lavorativo**

**Diritto interno** = TU immigrazione , art. 43

# Nota 1: universalità dei diritti e «insuperabilità» dei confini

- Convenzione ONU 1965 sulla eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale

«1. Nella presente Convenzione, l'espressione "discriminazione razziale" sta ad indicare **ogni distinzione, esclusione, limitazione o preferenza basata sulla razza, il colore della pelle, la discendenza o l'origine nazionale o etnica**, che abbia lo scopo o l'effetto di annullare o compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e culturale o in ogni altro ambito della vita pubblica.

2. La presente Convenzione **non si applica** alle distinzioni, esclusioni, restrizioni o trattamenti preferenziali stabiliti da uno Stato Parte della Convenzione **fra cittadini e non-cittadini** del proprio Stato».

- Lo stesso l'art. 3 Direttiva 2000/43

## Nota 2

- Poichè il principio paritario può essere variamente collocato nella gerarchia delle fonti, può accadere che vi sia discriminazione anche quando la norma nazionale legittima la disparità di trattamento, se tale norma è in contrasto con norma «superiore»: cfr.
- Cass. SU 7951/16 (servizio civile) che ammette l'azione antidiscriminatoria contro un atto della PA basato su norma di legge poi dichiarata incostituzionale.
- Cass. sez.lav. 11165/17 (assegno famiglie numerose) che riconosce la discriminazione in una circolare INPS conforme alla legge nazionale, ma contraria a una direttiva UE.

# La fonte «eurounitaria» : le clausole di parità

- **I lungo soggiornanti** (dir. 2003/109, art. 11), in particolare:
  - esercizio di attività lavorativa subordinata e autonoma,
  - *«le prestazioni sociali, l'assistenza sociale e la protezione sociale ai sensi della legislazione nazionale»* (con facoltà di limitazione alle prestazioni essenziali),
  - accesso a beni e servizi.
- **I titolari di protezione internazionale** (dir. 2011/95), in particolare:
  - art. 26 *«Attività lavorativa subordinata o autonoma nel rispetto della normativa generalmente applicabile»*,
  - Art. 29 *«adeguata assistenza sociale, alla stregua dei cittadini dello Stato membro in questione»*,
  - Art. 30 *«assistenza sanitaria secondo le stesse modalità previste per i cittadini»*.

## Segue:

- **Familiari di cittadini comunitari e italiani** (dir. 2004/38 art. 24)
  - «*Pari trattamento nel campo di applicazione del trattato*»
- **Titolari di un permesso di soggiorno che consente di lavorare** (dir. 2011/98 art. 12), in particolare:
  - le condizioni di lavoro (non l'accesso al lavoro),
  - i settori della sicurezza sociale definiti nel Reg. 883/04 l'accesso a beni e servizi ivi compreso (derogabile) l'alloggio.
- **Titolari di "carta blu"**, (dir. 2009/50 art. 14), in particolare:
  - le condizioni di lavoro (non l'accesso al lavoro),
  - i settori di sicurezza sociale definiti dal Reg. 883/04,
  - l'accesso a beni e servizi, compreso l'alloggio.

**MA VEDI ANCHE LE DIRETTIVE SUI LAVORATORI  
DISTACCATI (2014/66), STAGIONALI (2014/36),  
RICERCATORI UNIVERSITARI (2016/81)**

### 3. Collegare lo svantaggio con il fattore vietato: «*meno favorevolmente a causa di ..*»

- Il collegamento non riguarda i motivi soggettivi, ma è determinato dalla appartenenza al gruppo protetto (oggettiva o attribuita)
- Il collegamento può essere:
  - diretto
  - indiretto (la questione della lungo-residenza e la mobilità)
  - associato (sentenze CGE *Coleman* e *Chez*; il caso delle molestie discriminatorie)

# Segue: la discriminazione «parziale»

- Quando vi è una «parità relativa» (vedi art. 41 TU; art. 40, 6<sup>a</sup> comma TU; tutte le previsioni delle direttive ecc.) può dirsi che vi è «collegamento» e quindi discriminazione se non sono svantaggiati TUTTI gli stranieri, ma solo quelli protetti dal principio di parità ????
- Una discriminazione «per titolo di soggiorno» è una discriminazione per nazionalità ?

## Segue

- Per la giurisprudenza maggioritaria **SI**.
- Ai fini della discriminazione rileva che tutti gli esclusi siano contraddistinti dal fattore protetto (ad es. la nazionalità non italiana) **anche se non tutti gli appartenenti al gruppo protetto sono esclusi**. Nel caso di esclusione per mancanza di titolo di soggiorno utile **TUTTI gli esclusi sono stranieri**
- Così CGUE 26.2.08 in causa C-506/06 (ripresa da Cass. 6575/16) : costituisce discriminazione basata sul sesso il licenziamento di una lavoratrice che si sottopone a pratiche di fecondazione, perché **solo** le donne possono sottoporsi, anche se **non tutte** le donne si trovano in tale situazione. Vedi anche sentenza CGE *Dekker*



## 4. Dare la prova del collegamento

- L'attore deve fornire una prova piena del collegamento tra svantaggio e fattore vietato? NO, bastano «*fatti idonei a far presumere...*» (art.8 direttiva 2000/43)
- Non sono le presunzioni ex 2729 c.c.: non devono esserci i requisiti della gravità, precisione e concordanza
- L'onere è asimmetrico: il convenuto è gravato da prova piena della inesistenza della discriminazione

## 5. Valutare se il requisito richiesto è essenziale per la prestazione

- **Non c'è discriminazione** se il fattore vietato costituisce "*requisito essenziale della prestazione*" (lavorativa) purchè l'obiettivo sia legittimo e il requisito sia proporzionato (il caso del Velo – CdA Milano 20.5.2016).
- Si applica solo all'ambito del rapporto di lavoro
- Si applica anche alle discriminazioni dirette

## 5. Valutare se sussiste una causa di giustificazione

- «.....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 discriminazioni indirette.

## 6- Tenere conto che la parità di trattamento è sempre diritto soggettivo

- .....qualunque sia la natura “originaria” della posizione giuridica fatta valere.
- Quindi la cognizione è **sempre** del giudice ordinario

- **Cass. 7186/11**: Il diritto alla non discriminazione è un **diritto assoluto** a fondamento costituzionale e internazionale ed opera anche nei confronti della PA;
- *«anche se la procedura è attivata nell'ambito di un procedimento per il riconoscimento da parte della PA di utilità rispetto alle quali **il soggetto privato gode di una posizione di interesse legittimo e non di diritto soggettivo, la tutela rispetto alla discriminazione è assicurata secondo il modulo del diritto soggettivo e delle relative protezioni giurisdizionali**»;*

## 7. VALUTARE QUALI PROVVEDIMENTI RICHIEDERE

I due principi:

- I rimedi devono rispettare i principi UE : essere quindi **effettivi, proporzionati, dissuasivi, equivalenti** (il caso concorsi: Trib.Firenze 26.6.18)
- La non discriminazione appartiene all'ambito dei diritti fondamentali della persona, quindi il rimedio deve essere orientato alla **rimozione integrale** = porre il discriminato nella medesima posizione in cui si sarebbe trovato in assenza di discriminazione; attribuire sempre il "bene della vita" che è stato dato ai non discriminati.

## Alcune domande

- Ripristinare la parità «al rialzo» o «al ribasso» ? E' possibile ripristinare la parità togliendo il beneficio a chi lo ha avuto? Il caso Adro
- Il ruolo del divieto di ritorsione (= conseguenza sfavorevole di una azione a tutela della parità di trattamento – art. 9 direttiva 2000/43)
- E se la discriminazione si è consumata ? Il ruolo del risarcimento (Cass. SU 5.7.17 n. 16601 Sentenza CGUE Camacho 2015)

# DUE VICENDE PARTICOLARI: 1) L'ACCESSO AL PUBBLICO IMPIEGO

- L'originaria riserva per i cittadini ex art. 2 DPR 3/57 era giustificata dal fatto che solo nel cittadino i fini pubblici sono «naturalmente compenetrati» con quelli privati ( Cass. 18523/14)
- DLgs 29/93 apertura ai comunitari con rinvio a un DPCM per individuare le mansioni riservate agli italiani (DPCM 174/94)
- L. 97/2013 apre a lungosoggiornanti, familiari di comunitari, titolari di protezione internazionale (art. 38 Dlgs 165/01)
- **Ma** l'art. 98 Cost. conferma che «*i pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione*» = **QUINDI**: un cittadino straniero può essere al servizio esclusivo della Nazione: una nuova cittadinanza ?
- **PROBLEMI APERTI:**
  - scarso rispetto da parte delle PPAA
  - le «società pubbliche» e i rapporti non subordinati vanno esclusi dalle limitazioni (Trib.Torino 18.5.18 e 12.6.18) : il principio generale è la parità.
  - I posti di lavoro riservati agli italiani vanno interpretati secondo la giurisprudenza CGUE = disapplicazione del DPCM 174/04 (CdS 25.6.18 n.9) <sup>24</sup>



## 2) Le prestazioni sociali

Nessuna limitazione né per cittadinanza, né per durata della residenza, per le prestazioni «*destinate a far fronte al sostentamento della persona*» (sent. 187/10)

Controllo di «ragionevole correlabilità» per le prestazioni esterne a questo nucleo (corte cost. 40/11) : in particolare la questione del radicamento territoriale

Gli effetti delle clausole «eurounitarie» sulle prestazioni (assegno di natalità, assegno famiglie numerose ecc.)

Le sentenze Corte Cost. 106, 107 e 166 del 2018 :

- Inammissibilità di un welfare «commutativo»
- Diritto alla mobilità
- Controllo di ragionevolezza e divieto di discriminazione

# Retribuzione netta mensile 2016 (media nazionale)

- **ITALIANI = euro 1.372**
- **STRANIERI = euro 999**
- **- 27,18%**

(dati ISTAT – dossier IDOS 2017)

# TASSO DI ATTIVITA E DI DISOCCUPAZIONE 2016

- **ATTIVITA' =**  
**STRANIERI 70,4% - ITALIANI 64,3%**
- **DISOCCUPAZIONE =**  
**STRANIERI 15,4% - ITALIANI 11,2%**

(dati ISTAT – dossier IDOS 2016)

# DISUGUAGLIANZA DI REDDITO ITALIANI/STRANIERI

- 2009 = 24,1%
- 2016 = 33,2%
- STRANIERI SOTTO LA SOGLIA DI  
POVERTA ASSOLUTA = 1.600.000

(dati ISTAT – dossier IDOS 2016)