



FONDO ASILO, MIGRAZIONE ED INTEGRAZIONE 2014-2020

Cos'è la discriminazione: approccio giuridico

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

www.studiodirittielavoro.it
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

Sommario

1. Il divieto di discriminazione nel diritto internazionale, UE e nazionale
2. La definizione giuridica di discriminazione
3. La tutela giuridica contro le discriminazioni
4. Caso di studio: l'accesso degli stranieri alle prestazioni sociali

1. Il divieto di discriminazione nel diritto internazionale, UE e nazionale

- 1.1. Il divieto di discriminazione nel diritto internazionale
- 1.2. Il divieto di discriminazione nel diritto dell'UE
- 1.3. La tutela contro le discriminazioni nel nostro ordinamento

Il divieto di discriminazione nel diritto internazionale

- Dichiarazione universale diritti dell'uomo (1948) - articolo 2
- Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale (1965)
- Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (1950) - articolo 14

Il divieto di discriminazione nel diritto dell'Unione europea

- Carta dei diritti fondamentali dell'UE (2000) - articolo 21
- Trattato sul Funzionamento dell'UE – articoli da 17 a 19
- Direttiva 2000/43/CE c.d. 'Direttiva Razza'
- Direttiva 2000/78/CE c.d. 'Direttiva Quadro'

La direttiva 2000/43/CE

- **Obiettivi (art.1):** stabilire un quadro per la lotta alle discriminazioni fondate sulla razza o l'origine etnica, al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento.
- **Definizioni (art.2):** discriminazione diretta, indiretta, molestia e ordine di discriminare
- **Campo di applicazione (art.3):** accesso al lavoro, formazione, condizioni di lavoro, protezione sociale, prestazioni sociali, istruzione, alloggio.

La tutela contro le discriminazioni nel nostro ordinamento

- Costituzione della Repubblica Italiana - articolo 3
- Statuto dei lavoratori – articolo 15
- Testo Unico Immigrazione (D.Lgs. 286/1998) - articolo 43
- D.lgs. 215/03 di recepimento della direttiva 2000/43/CE

Articolo 43 TUI

Costituisce discriminazione ogni comportamento che, **direttamente o indirettamente**, comporti una **distinzione, esclusione, restrizione o preferenza** basata sulla **razza, il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica, le convinzioni e le pratiche religiose**, e che abbia lo **scopo o l'effetto** di distruggere o di 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 e in ogni altro settore della vita pubblica.

...

La disposizione elenca poi una serie **di comportamenti che costituiscono atti discriminatori**:

a) **il pubblico ufficiale o la persona incaricata di pubblico servizio** o la persona esercente un servizio di pubblica necessità che nell'esercizio delle sue funzioni compia **od ometta atti nei riguardi di un cittadino straniero** che, soltanto a causa della sua condizione di straniero o di appartenente ad una determinata razza, religione, etnia o nazionalità, lo discriminino ingiustamente;

b) chiunque imponga condizioni più svantaggiose o si rifiuti di **fornire beni o servizi offerti al pubblico** ad uno straniero soltanto a causa della sua condizione di straniero o di appartenente ad una determinata razza, religione, etnia o nazionalità; ...

...

c) chiunque illegittimamente **imponga condizioni più svantaggiose o si rifiuti di fornire l'accesso all'occupazione, all'alloggio, all'istruzione, alla formazione e ai servizi sociali e socio-assistenziali** allo straniero regolarmente soggiornante in Italia soltanto in ragione della sua condizione di straniero o di appartenente ad una determinata razza, religione, etnia o nazionalità;

d) chiunque **impedisca, mediante azioni od omissioni, l'esercizio di un'attività economica legittimamente intrapresa** da uno straniero regolarmente soggiornante in Italia, soltanto in ragione della sua condizione di straniero o di appartenente ad una determinata razza, confessione religiosa, etnia o nazionalità; ...

e) il datore di lavoro o i suoi preposti i quali, ai sensi dell'articolo 15 della legge 20 maggio 1970, n. 300, come modificata e integrata dalla legge 9 dicembre 1977, n. 903, e dalla legge 11 maggio 1990, n. 108, compiano qualsiasi atto comportamento che produca un **effetto pregiudizievole discriminando, anche indirettamente, i lavoratori** in ragione della loro appartenenza ad una razza, ad un gruppo etnico o linguistico, ad una confessione religiosa, ad una cittadinanza.

- QUINDI: il campo di applicazione ai vari campi della vita sociale è pressoché TOTALE

D.lgs. 215/03

- riguarda tutti i campi della vita sociale (accesso al lavoro, condizioni di lavoro , prestazioni e servizi sociali, assistenza sanitaria, istruzione accesso a beni e servizi incluso l'alloggio)
- riguarda i fattori razza e origine etnica
- non riguarda il fattore nazionalità (ma questa può rilevare come discriminazione indiretta per origine etnica: la maggioranza degli stranieri appartengono a “etnie” diverse da quella autoctona)
- contiene le definizioni precise di discriminazione diretta e indiretta, riprendendole dalla direttiva



2. La nozione giuridica di discriminazione

2.1. La definizione di discriminazione

2.2. Discriminazione e nazionalità

2.3. Come identificare un comportamento/
atto discriminatorio?

La **DISCRIMINAZIONE** è un comportamento (un'azione o una omissione) che causa un trattamento non paritario di una persona o un gruppo di persone, in virtù di uno dei fattori di discriminazione

Affinché si possa parlare di discriminazione, è quindi necessario che esista un “collegamento” oggettivo con il fattore vietato cioè con l'appartenenza del soggetto ad uno dei gruppi protetti o con la titolarità di una caratteristica protetta.

Non tutte le distinzioni sono ingiustificate e quindi discriminatorie.

Ai fini di dimostrare tale collegamento è sufficiente che vi siano elementi idonei a far presumere che



Fattori di discriminazione

Si intende per fattori di discriminazione quelle caratteristiche che definiscono l'identità di una persona o di un gruppo, e che il legislatore internazionale, europeo o nazionale intendono proteggere, ritenendoli maggiormente esposti al rischio di emarginazione.

Fattori di discriminazione

I fattori di discriminazione riconosciuti dalla legge italiana sono:

- razza, colore, ascendenza o origine nazionale o etnica
- convinzioni personali
- convinzioni e pratiche religiose
- genere
- orientamento sessuale
- età
- disabilità fisica o psichica
- lingua
- provenienza geografica

! NON TUTTI I FATTORI SONO PROTETTI IN TUTTI GLI AMBITI DELLA VITA SOCIALE

Spesso i fattori di discriminazione si sommano, creando situazioni di **discriminazione multipla** (ad es. una persona discriminata in quanto donna e musulmana o in quanto disabile e anziano).

La discriminazione, inoltre, può essere

diretta

quando, **per la razza o l'origine etnica**, una persona è **trattata meno favorevolmente** di quanto **sia, sia stata o sarebbe stata** trattata un'altra in situazione analoga

(es. rifiutare di affittare un appartamento ad una famiglia straniera, anche se è in grado di provare la propria affidabilità economica)

indiretta

Quando una norma, un criterio o un parametro apparentemente neutri mettono in una situazione di svantaggio una categoria di persone

(es. sent. Cass. n. 23562 del 2007: stabilire un'altezza minima identica per uomini e donne, come condizione di accesso ad un pubblico concorso significa violare il principio di eguaglianza. Non si tiene nel dovuto conto le caratteristiche antropomorfe per cui le donne risulterebbero svantaggiate nell'accesso ai posti di lavoro rispetto agli uomini)

In caso di discriminazione diretta

- Irrilevanza dell'intento di discriminare
- Differenza di trattamento direttamente basata sulla razza o l'origine etnica
- **Non c'è discriminazione** se il fattore vietato costituisce “requisito essenziale della prestazione” (lavorativa) purché l'obiettivo sia legittimo e il requisito sia proporzionato.
Si applica solo all'ambito del rapporto di lavoro

In caso di discriminazione indiretta

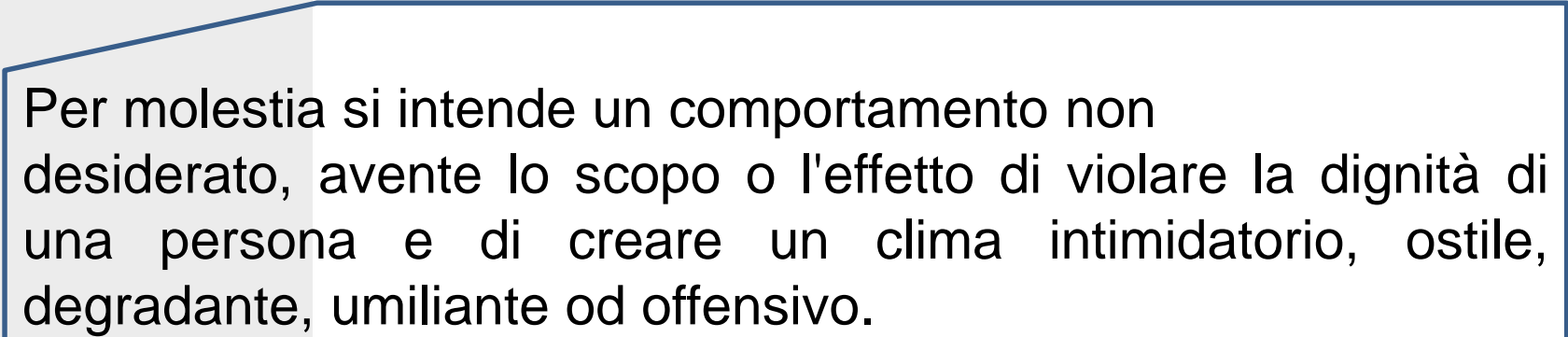
- Anche in questo caso è irrilevante l'intenzione
- Disposizione, criterio, prassi, atto o patto
- L'accento è sull'idoneità del comportamento a provocare un determinato effetto
- Il particolare svantaggio è diverso dallo "svantaggio proporzionalmente maggiore" (della discriminazione diretta) perché non richiede necessariamente la prova statistica
- ...(segue)

“ ***a meno che***”: le cause di giustificazione


- ...il particolare svantaggio non sia giustificato da una **finalità legittima**, perseguita attraverso **mezzi appropriati e necessari**.
- I requisiti vanno esaminati separatamente (ci può essere finalità legittima, ma mezzi non proporzionati)
- “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.



Un terzo tipo di comportamento discriminatorio previsto dalla legge sono le **molestie**.



Per molestia si intende un comportamento non desiderato, avente lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante od offensivo.



- È considerato discriminatorio anche l'**ordine di discriminare** persone a causa della razza o dell'origine etnica
- Vi è inoltre una specifica tutela contro i casi di **ritorsione** (art. 4bis Dlgs 215/03)
- La giurisprudenza ha riconosciuto poi la valenza della **discriminazione per associazione** (discriminazione subita per lo stretto rapporto con una persona appartenente al gruppo sociale discriminato) – es. CGE sent. 17.07.2008 caso Coleman, Trib. Brescia, ord. 31.01.2010

Nazionalità e discriminazione

l'articolo 2 TU Immigrazione fissa i principi generali in tema di **uguaglianza/disuguaglianza dello straniero**

Comma 1 : allo straniero comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona

Comma 2: lo straniero regolarmente soggiornante gode dei diritti civili attribuiti all'italiano, salvo deroga

Comma 3: al lavoratore regolarmente soggiornante è riconosciuta parità di trattamento e piena uguaglianza di diritti rispetto ai lavoratori italiani, in attuazione della convenzione OIL 143/75.

Rilevanza del principio di uguaglianza a seconda degli **ambiti oggettivi** considerati dalla legge

Ambiti di parità assoluta:

- **scuola dell'obbligo:** art. 38 TU: lo straniero (anche irregolare) accede sempre a parità di condizioni;
- **matrimonio:** Corte Cost. 245/11 : lo straniero (anche irregolare) si può sposare alle medesime condizioni dell'italiano;
- **iscrizione anagrafica** (art. 6 TU): lo straniero regolarmente soggiornante si iscrive all'anagrafe alle medesime condizioni dell'italiano.

Ambiti di parità relativa

- **accesso alle prestazioni sociali** : art. 41 TU = hanno diritto alla parità di trattamento **solo** gli stranieri che hanno un permesso di soggiorno di almeno un anno;
- **accesso alla edilizia popolare** : art. 40 TU = hanno diritto alla parità di trattamento **solo** gli stranieri che hanno un permesso di soggiorno di almeno due anni e un “lavoro stabile” ;
- **accesso al SSN** : art. 34 TU: i **regolarmente soggiornanti** si iscrivono al SSN alle medesime condizioni dei cittadini (salvo per alcune categorie, es. gli over 65 che devono pagare l’iscrizione); art. 35 TU: **gli irregolari** hanno diritto **solo** alle cure *“urgenti o comunque essenziali ancorché continuative”*

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.



3. La tutela giuridica contro le discriminazioni

3.1. L'azione civile contro la discriminazione

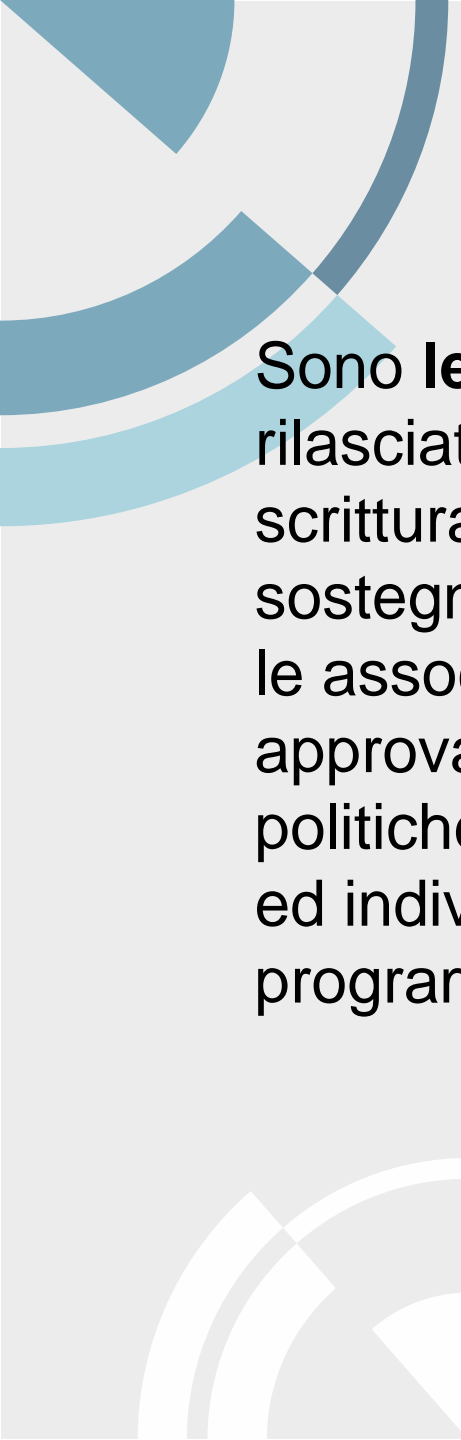
3.2. Profili di diritto penale

Azione civile contro la discriminazione

**Articolo 44 TU Immigrazione e articolo 28 d.lgs.
150/2011**

Quando il comportamento di un privato o della pubblica amministrazione produce una discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, **il giudice può, su istanza di parte, ordinare la cessazione del comportamento pregiudizievole e adottare ogni altro provvedimento idoneo, secondo le circostanze, a rimuovere gli effetti della discriminazione.**

La domanda va proposta con ricorso al Tribunale del **domicilio del ricorrente**



Sono **legittimati ad agire**, in forza di delega rilasciata, a pena di nullità, per atto pubblico o scrittura privata autenticata, in nome e per conto o a sostegno del soggetto passivo della discriminazione, le associazioni e gli enti inseriti in un apposito elenco approvato con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali e del Ministro per le pari opportunità ed individuati sulla base delle finalità programmatiche e della continuità dell'azione.

Profili di diritto penale

La Legge 205/1993 – c.d. ‘Legge Mancino’ CD. LEGGE MANCINO

- Articolo 1 - Discriminazione, odio o violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi
- Art. 3 - Circostanza aggravante
- Cass. pen., sent. 28.02.2001 n. 341: *“il diritto alla libera manifestazione del pensiero non può essere esteso fino alla giustificazione di atti o comportamenti che, pur estrinsecandosi in un’esternazione delle proprie convinzioni, ledono altri principi di rilevanza costituzionale ed i valori tutelati dall’ordinamento giuridico interno e internazionale”*.

4. Caso di studio: l'accesso degli stranieri alle prestazioni sociali

4.1. Il principio di parità di trattamento nell'ordinamento nazionale

4.2. I principi costituzionali in materia

4.3. Le clausole di parità nelle direttive UE

4.4. La disciplina delle singole prestazioni



Premesse

- Questione è tra le più delicate della disciplina dell'immigrazione
- forte componente migrante nell'area del «bisogno»
- nozione di 'seconda cittadinanza' conosciuta dal nostro ordinamento: (Cass. 20661/14)
- **Ambito particolarmente problematico per gli operatori**, essendo l'attuale disciplina frutto del coordinamento tra fonti di diverso livello: atti amministrativi di enti locali, leggi regionali, leggi nazionali, norme di diritto dell'UE, norme di diritto internazionale pattizio e consuetudinario.

Principio di parità di trattamento nel diritto nazionale

TU Immigrazione (D.Lgs. 286/1998) – art. 2 comma 2

Lo straniero regolarmente soggiornante nel territorio dello Stato gode dei **diritti in materia civile** attribuiti al cittadino italiano, **salvo che** le convenzioni internazionali in vigore per l'Italia e il presente testo unico dispongano diversamente.

Deroghe al principio di parità

TU Immigrazione – art. 41


Gli stranieri titolari della carta di soggiorno o di permesso di soggiorno di durata non inferiore ad un anno (...) sono equiparati ai cittadini italiani ai fini della fruizione delle provvidenze e delle prestazioni, anche economiche, di assistenza sociale...

- Deroga dagli effetti modestissimi
- Vincola la facoltà di scelta della PA che voglia intervenire nel settore con atti di fonte secondaria
- Articolo 41 elevato quasi alla dignità di norma costituzionale dalla Corte Costituzionale

Parametro apparentemente confliggente con l'articolo 41:

Articolo 80, comma 19 L. 388/2000

- Ai sensi dell'articolo 41 TUI, per **l'assegno sociale e le provvidenze economiche che costituiscono diritti soggettivi** limitazione agli stranieri che siano **titolari di carta di soggiorno** (oggi permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo);
- per le **altre prestazioni e servizi sociali** necessario permesso di soggiorno di durata non inferiore ad un anno



...PROPETTIVE PER IL FUTURO: l'attuazione delle deleghe previste dalla legge sul reddito di inclusione sposterà il dibattito sull'accesso alle prestazioni sociali dal requisito del titolo di soggiorno al requisito della residenza (L. 33/2017)

I principi costituzionali in materia

La Corte costituzionale ha dichiarato:

- **Irragionevole** attribuire una prestazione di sostegno soltanto a coloro che già dispongano del **requisito reddituale** per ottenere il permesso UE di lungo periodo (sent. 306/08 e 11/09): paradosso dell'assegno sociale
- **Irragionevole (o quantomeno non proporzionato)** il requisito della **residenza quinquennale** in quanto «appare idoneo a compromettere esigenze di tutela che, proprio in quanto destinate al soddisfacimento di **bisogni primari** delle persone invalide, appaiono per se stessi **indifferibili e indilazionabili**» (sent. 230/15)

La teoria del 'nucleo essenziale'

...di diritti fondamentali, che devono essere riconosciuti a tutti i consociati senza distinzione alcuna in quanto «destinati al **soddisfacimento di bisogni primari inerenti alla stessa sfera di tutela della persona umana**»

Devono essere riconosciuti a tutti gli stranieri titolari di permesso di soggiorno di almeno un anno!

Al di fuori del nucleo essenziale, i criteri selettivi scelti dal legislatore per l'accesso alle prestazioni sociali devono rispettare il parametro della **ragionevole correlabilità** (sent. 432/05: censurata legge della Regione Lombardia che riservava il trasporto gratuito per gli invalidi sulle linee regionali ai soli cittadini italiani)

Il parametro di ragionevole correlabilità:

- Non possono rilevare **ragioni finanziarie e limiti di bilancio**
- Non rispetta il parametro di ragionevole correlabilità il **requisito della cittadinanza**
- È in principio ragionevole il **requisito del «radicamento territoriale»**

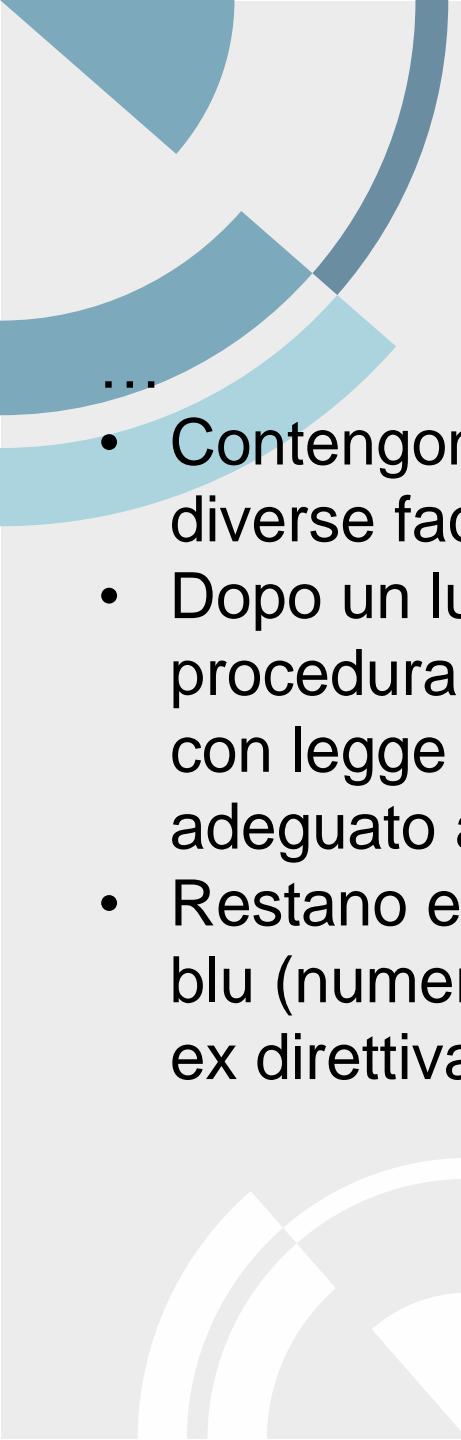
Il requisito del radicamento territoriale per l'accesso alle prestazioni sociali

- Sono **sempre illegittime le disposizioni che prevedono requisiti di lungo-residenza per i soli cittadini stranieri** (e.g. accesso al fondo nazionale affitti è richiesta per i soli stranieri la residenza di 10 anni in Italia e 5 nella Regione)
- Secondo la Corte Cost (sent. 40/11 e 2/13) risponde invece al requisito della ragionevole correlabilità il requisito della residenza previsto indifferentemente per cittadini italiani e stranieri: è **ragionevole subordinare l'accesso alla prestazione alla permanenza di carattere non episodico, ma non alla residenza protratta per un determinato periodo di tempo**

Le clausole di parità contenute nelle direttive comunitarie

Parità rafforzata: vincola il legislatore nazionale, quello regionale e (quando sussistono i requisiti dell'applicazione diretta) la pubblica amministrazione, tenuta a rispettarle anche in presenza di una norma nazionale difforme

- I lungo soggiornanti (direttiva 2003/109 art. 11)
- I titolari di protezione internazionale (dir. 2004/83 artt. 26-29)
- I titolari di “carta blu” cioè i lavoratori “altamente qualificati” (dir. 2009/50 art. 14)
- I familiari di cittadini comunitari e italiani (dir. 2004/38 art. 24)
- I titolari di un titolo di soggiorno che consente di lavorare (dir. 2011/98 art. 12 – recepita con d.lgs. 40/2014 senza limitazioni)


- 
- ...
 - Contengono diverse formulazioni del principio di parità e diverse facoltà di deroga
 - Dopo un lungo contenzioso giudiziario e l'avvio di una procedura di infrazione, il legislatore italiano (soprattutto con legge comunitaria 97/2013) si è quasi integralmente adeguato alle clausole di parità comunitarie
 - Restano esclusi da questo adeguamento i titolari di carta blu (numero modesto) e i titolari di permesso unico lavoro ex direttiva 2011/98



Gli effetti della Direttiva 2011/98 sulla legislazione nazionale

Articolo 12:

«i lavoratori di cui al paragrafo 1, lettere b) e c) beneficiano dello stesso trattamento riservato ai cittadini dello Stato membro in cui soggiornano per quanto concerne: ... e) i settori della sicurezza sociale come definiti dal regolamento CE 883/2004»



Ambito di applicazione soggettivo:

- Cittadini di paesi terzi ammessi a fini diversi da attività lavorativa ai quali è consentito lavorare (es. familiari ricongiunti – art. 12, para 1, lett. b e considerando 20 della direttiva)
- Cittadini ammessi a fini lavorativi (lett. c)
- Lavoratori autonomi? (articolo 2)
- Titolari di permesso di soggiorno per motivi umanitari (Corte Cost. sent. 95/2017 e artt. 34, comma 5 e 27, comma 1 D. Lgs. 251/2007)

Ambito di applicazione oggettivo:

- La nozione di sicurezza sociale ai sensi del diritto dell'UE
- La sentenza Martinez Silva c. Inps e Comune di Genova della Corte di Giustizia dell'UE

La disciplina delle singole prestazioni

- **Assegno di maternità di base (art. 74 D.Lgs. 151/2001):**
Limitazioni in base al titolo di soggiorno: oltre ai cittadini italiani e comunitari, solo titolari di permesso di lungosoggiorno, familiari non comunitari di cittadini comunitari (circolare INPS 35/2010), titolari di protezione internazionale (circolare INPS 9/2010)
! Esclusi titolari di permesso unico lavoro, titolari di carta blu e titolari di permesso di soggiorno per motivi umanitari

- **Assegno per il nucleo familiare numeroso (art. 65 L. 488/98)**
Limitazioni in base al titolo di soggiorno: oltre ai cittadini italiani e comunitari, solo titolari di permesso di lungosoggiorno, familiari non comunitari di cittadini comunitari (art. 7 L. 97/2013), titolari di protezione internazionale (circolare INPS 9/2010)
! Esclusi titolari di permesso unico lavoro, titolari di carta blu e titolari di permesso di soggiorno per motivi umanitari

La disciplina delle singole prestazioni

- **Assegno di natalità – bonus bébé (art. 1, comma 125 L. 290/14 – DPCM 27.2.15)**

Limitazioni in base al titolo di soggiorno: oltre ai cittadini italiani e comunitari, solo titolari di permesso di lungosoggiorno, familiari non comunitari di cittadini comunitari (circolare INPS 214/2016), titolari di protezione internazionale (circolare INPS 93/2015)

! Esclusi titolari di permesso unico lavoro, titolari di carta blu e titolari di permesso di soggiorno per motivi umanitari

- **SIA – sostegno per l'inclusione attiva (DM 26.5.2016 come modificato da DM 29.4.2017 – circolare INPS 133/2016)**

Limitazioni in base a titolo di soggiorno e requisito della residenza: ai sensi del DM 2017, oltre ai cittadini italiani e comunitari, i lungosoggiornanti e i familiari dei cittadini comunitari; richiesto requisito della residenza nel territorio nazionale da almeno due anni

! Esclusi i titolari di protezione internazionale, titolari di carta blu, titolari di permesso unico lavoro - Su esclusione di tutti gli stranieri non in possesso del permesso UE per lungosoggiornanti pendenti due ricorsi al TAR