

Come costruire l'azione antidiscriminatoria in tema di etnia/nazionalità

Torino, 7 aprile 2016

avv. Alberto Guariso

www.studiodirittielavoro.it

guariso@studiodirittielavoro.it

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)

I «mattoni» della costruzione: SVANTAGGIO/FATTORE/ COMPARAZIONE/PROVA/RIPRISTINO

1. Valutare se vi è uno svantaggio

- Può anche essere potenziale; in particolare può essere uno svantaggio «da scoraggiamento»: è più difficoltoso conseguire un bene (i casi *CGE Feryn e Accept*, il caso *Taormina*) - dunque non sempre è necessario «chiedere» prima di agire.
- Può anche gravare su un gruppo indeterminato di soggetti (vedi le stesse sentenze) ma ciò apre il problema della legittimazione ad agire

Segue : lo svantaggio

- Nel valutare lo svantaggio occorre però tenere conto della differenza con le azioni positive che sono «**misure dirette a evitare o compensare svantaggi connessi a un fattore protetto**». Ci possono essere due possibili situazioni:
 - a) lo svantaggio potrebbe essere soltanto apparente (es. il caso «circolare Gelmini»??)
 - Lo svantaggio c'è, ma deriva da una azione positiva in favore del gruppo protetto (es le quote rosa; il caso dell'art. 4 CCNL Autoferrotranvieri; la tassazione favorevole per sole donne: cfr. sentenza *CGE Molinari*)

2 - Individuare il fattore vietato e il suo campo di applicazione

- Attenzione alle discriminazioni multiple (il caso del velo...)
- Attenzione al «disordine» tra fattori e campi di applicazione: il fattore nazionalità non soffre limitazioni quanto a campo di applicazione, ma si colloca in modo diversificato nella gerarchia delle fonti.

Tenere quindi conto che :

- **Razza e origine etnica** = direttiva 2000/43 = dlgs 215/03 = tutti i settori della vita sociale
- **Genere** = dir. 2006/54 = Codice pari opportunità = lavoro e accesso a beni e servizi
- **Religione, convinzioni personali, orientamento sessuale, disabilità, età** = dir. 2000/78 = dlgs 216/03 = solo lavoro
- **Origine naz., cittadinanza, religione, provenienza geografica, lingua** = TU immigraz. = tutti i campi della vita sociale
- **Disabilità non sul lavoro** = L. 67/06
- **Tutte le precedenti + caratteristiche genetiche, patrimonio, nascita (ma non la origine naz.)** = ART. 21 Carta Nizza
- **+ ricchezza, origine nazionale, e "ogni altra condizione"** = art.14 CEDU

In particolare = il fattore etnia e quello nazionalità = universalità del diritto e «insuperabilità» dei confini

- Es: la Convenzione ONU 1965 sulla eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale
- . 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.

Il divieto di discriminazione per nazionalità/cittadinanza/ origine nazionale

- È presente nel diritto nazionale: art. 43 TU immigrazione, ma non in forma assoluta: la parità dello straniero è regolata dall'art. 2 ed è derogabile (vedi dopo);
- E' presente nel diritto comunitario primario MA opera solo nell'ambito di applicazione dei trattati quindi tra cittadini comunitari (art. 18 TFUE e art. 21, 2^o comma, Carta dir. fond.)

segue

- E' presente nell'ordinamento CEDU (art. 14) ma con le limitazioni tipiche di questo ordinamento (riguarda solo «*i diritti previsti dalla presente convenzione*» e non è direttamente applicabile nell'ordinamento interno ma costituisce parametro interposto di costituzionalità).
- E' presente nel diritto comunitario derivato come diritto alla parità di trattamento di specifici gruppi di non-comunitari . Infatti ci sono....

....stranieri per i quali il diritto alla parità è previsto dal diritto comunitario

- 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)

LA VIOLAZIONE DI TALE PARITA' - ANCHE SE PREVISTA DA UNA LEGGE - COSTITUISCE DISCRIMINAZIONE: il caso bonus bebè 2015

Nel diritto nazionale invece troviamo il seguente regime dell'uguaglianza, all'art. 2 TU immigrazione

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.

Dunque lo schema è :

- Parità inderogabile e indipendente dalla regolarità del soggiorno (art. 2 c.1 TU) per i diritti fondamentali; parità derogabile da altra norma di legge per i diritti civili dei regolarmente soggiornanti (art. 2 c.2 TU); parità assolute (es. art. 38 - TU istruzione dell'obbligo) e parità relative (es. art. 41 - le prestazioni sociali)

In conclusione dei punti 1 e 2 (svantaggio e collegamento con il fattore)

Occorre valutare attentamente SE è prevista la parità tra italiano e straniero e a quale livello si colloca nella gerarchia delle fonti (norma nazionale, norma comunitaria direttamente applicabile, norma comunitaria non direttamente applicabile, diritto internazionale pattizio, costituzione)

3. "Dimostrare" il collegamento 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 - associato - con più fattori
- Il collegamento presuppone la comparazione: ci deve essere un soggetto in condizioni analoghe, salvo che per il fattore protetto.
- Devo avere una prova completa? NO, bastano «fatti idonei a far presumere...»

4. 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 il l'obiettivo sia legittimo e il requisito sia proporzionato.
- 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 discr. indirette ; opera "a valle" della discriminazione, giustificando la disparità.

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. Quali provvedimenti richiedere ? Sanzioni effettive, proporzionate, dissuasive, equivalenti

- Il principio generale : la rimozione integrale = porre il discriminato nella medesima posizione in cui si sarebbe trovato sarebbe stato in assenza di discriminazione
- Quindi attribuire sempre il "bene della vita" che è stato dato ai non discriminati.

Segue:

- Ma attenzione ai "nemici" della parità di trattamento: PER I PRIVATI, la libertà contrattuale; PER LA P.A., i vincoli di bilancio
- I possibili conflitti: il caso Adro - il caso «mancata assunzione»
- Il rimedio risarcitorio: danno patrimoniale e non patrimoniale; danno da perdita di chances; danno-sanzione

8. E se l'azione in giudizio finisce per danneggiare qualcuno ?

- C'è il divieto di ritorsione : art. 4bis dlgs 215 e 216
- È vietata qualsiasi conseguenza sfavorevole (non solo per i discriminati) che sia conseguenza di una azione a tutela della parità di trattamento

Il procedimento antidiscriminatorio

Dopo il dlgs 150/11

art. 28 Dlgs 150/11

- *“Le controversie in materia di discriminazionesono regolate dal rito sommario di cognizione, ove non diversamente disposto dal presente articolo.*
- *Ora 3 fonti processuali: art. 44 TU modificato, art. 28 dlgs 150/11, art. 702 bis ss cpc;*
- *La novella riunifica le discriminazioni di cui all 43 TU, al dlgs 215/03; al dlgs 216/03; alla L. 67/06 (disabilità fuori dal rapporto di lavoro); all'art. 55-quinquies CPO (discr.di genere nell'accesso a beni o servizi). Resta esclusa l'azione antidiscriminatoria urgente per ragioni di genere (art. 38 Codice Pari Opportunità)*

Al procedimento antidiscriminatorio si applicano gli articoli 702 bis e seguenti c.p.c.:

- la domanda va proposta con ricorso al Tribunale del domicilio del ricorrente (come in precedenza : resta il problema delle associazioni);
- il ricorso deve essere notificato almeno 40 giorni prima dell'udienza;
- il ricorso può essere proposto dalla parte anche personalmente; **DEVE CONTENERE LE INDICAZIONI DEL 163 c.p.c.** (quindi anche i mezzi di prova);
- Vi è un contrasto tra maggiore formalità e obbligo del giudice di *“adottare ogni altro provvedimento idoneo a rimuovere gli effetti della discriminazione”*

Segue:

- L'art. 702ter consente la trasformazione del rito sommario di cognizione in rito ordinario quando le difese delle parti richiedono una istruzione non sommaria
- MA NON SI APPLICA al rito antidiscriminatorio.
- L'art 3 del d.lgs 150/11 prevede che i commi 2 e 3 dell'art 702 ter non si applicano alle controversie disciplinate dal Capo III (tra cui il procedimento antidiscriminatorio);
- il giudice omissa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione rilevanti e decide con **ordinanza**;

Poteri del giudice :

- 1) la condanna del convenuto al risarcimento del danno anche non patrimoniale; viene generalizzata la maggiorazione per danno ritorsivo (già prevista dall'art. 4 Dlgs 215/03) ;
 - 2) l'ordine di cessare il comportamento discriminatorio adottando ogni provvedimento idoneo a rimuoverne gli effetti, anche nei confronti della PA ;
 - 3) l'ordine di pubblicare il provvedimento su un quotidiano di tiratura nazionale (facoltativo);
 - 4) la comunicazione alle amministrazioni appaltati o erogatrici di benefici ai fini della revoca;
 - 5) il piano di rimozione (facoltativo): prima non previsto dal 44; per le discriminazioni collettive va "sentito l'ente collettivo ricorrente" (quindi ci deve sempre essere ?).
- Migliore definizione dell'onere della prova "alleggerito": solo "fatti dai quali si può presumere", non più "precisi e concordanti" (NB inutile parte del comma 4 relativa ai rapporti di lavoro)

APPELLO - art. 702 quater

- Entro trenta giorni dalla comunicazione
- In caso di mancato appello passa in giudicato con gli effetti del 2909 c.c.
- Non è quindi un procedimento cautelare come era nell'art. 44 TU immigrazione
- Si potrà fare un ricorso cautelare «interno» al giudizio sommario di cognizione
- Segue il rito ordinario, non esiste un rito sommario di cognizione in appello
- Quindi si introduce con atto di citazione, non con ricorso come il primo grado
- E se il primo grado si è svolto, con rito sommario di cognizione ma davanti al giudice del lavoro ?

- Vengono limitati gli effetti del 388 c.p. ai casi di elusione della condanna "non patrimoniale"
- Viene esteso l'obbligo di comunicazione alla PA anche ai casi di discriminazione ex dlgs 215 e 216/03
- Resta immutato l'ultimo comma degli artt. 4 dlgs 215 e 216 sulla giurisdizione amministrativa per i dipendenti pubblici non privatizzati