

---

## IL QUADRO NORMATIVO DEL TRATTAMENTO DEI LAVORATORI MIGRANTI

### *O QUADRO REGULATÓRIO PARA O TRATAMENTO DE TRABALHADORES MIGRANTES*

### *THE LEGISLATIVE FRAMEWORK FOR THE TREATMENT OF MIGRANT WORKERS*

**ANTONELLA D'ANDREA**

Professoressa associata di Diritto del lavoro dell'Università di Roma "Tor Vergata".

#### RIASSUNTO

**Oggetto:** l'oggetto di studio del presente lavoro è esaminare il trattamento dei lavoratori migranti.

**Metodologia:** pertanto, applicando una metodologia ipotetico-deduttiva, si analizza il quadro normativo a livello internazionale, europeo e italiano, anche attraverso i contributi più significativi della dottrina giuridica in materia. Ci si aspetta di verificare che il diritto antidiscriminatorio multilivello costituisca un'efficace tecnica di tutela dei lavoratori migranti. Nel primo paragrafo si analizzano le convenzioni dell'Organizzazione internazionale del lavoro e gli obblighi posti dalla convenzione europea dei diritti dell'uomo e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE, nonché i principi affermati dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani e della Corte di giustizia europea. Nel secondo si esamina lo status favorevole dei lavoratori migranti comunitari all'interno dell'UE, mentre nel terzo si evidenzia la differente condizione giuridica di coloro che nell'UE sono migranti dei Paesi terzi. Nel quarto capitolo si pone l'attenzione su alcuni fenomeni di sfruttamento a livello globale, mentre nel quinto si esamina la normativa italiana in materia di immigrazione.

**Risultati e Contributi.** Dall'analisi svolta è possibile evidenziare come, nonostante la protettiva normativa antidiscriminatoria e l'obbligo di parità di trattamento, si registra ancora lo sfruttamento dei lavoratori migranti quale manodopera a minor costo.



---

**Parole chiave:** lavoratore migrante; divieto di discriminazione; parità di trattamento.

## RESUMO

**Objetivo:** o objeto de estudo deste trabalho é examinar o tratamento dado aos trabalhadores migrantes.

**Metodologia:** assim, aplicando uma metodologia hipotética-dedutiva, analisa-se o quadro normativo a nível internacional, europeu e italiano, também através dos contributos mais significativos da doutrina jurídica sobre a matéria. Esperamos verificar se a lei antidiscriminação multinível constitui uma técnica eficaz para a proteção dos trabalhadores migrantes. O primeiro parágrafo analisa as convenções da Organização Internacional do Trabalho e as obrigações impostas pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem e pela Carta dos Direitos Fundamentais da UE, bem como os princípios afirmados pela jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e da Tribunal de Justiça Europeu. O segundo examina o status favorável dos trabalhadores migrantes europeus dentro da UE, enquanto o terceiro destaca o diferente status legal daqueles que são migrantes de países terceiros na UE. O quarto capítulo enfoca alguns fenômenos de exploração global, enquanto o quinto examina a legislação italiana sobre imigração.

**Resultados e Contribuições:** da análise realizada é possível destacar como, apesar da legislação protetiva anti-discriminação e da obrigação de tratamento igualitário, ainda se regista a exploração dos trabalhadores migrantes como mão-de-obra mais barata.

**Palavras-chave:** Trabalhador migrante; Proibição de discriminação; Tratamento igual.

## ABSTRACT

**Objective:** the object of study of this work is to examine the treatment of migrant workers.

**Methodology:** therefore, by applying a hypothetical-deductive methodology, the regulatory framework is analyzed at an international, European and Italian level, also through the most significant contributions of the legal doctrine on the subject. We expect to verify that the multilevel anti-discrimination law constitutes an effective technique for the protection of migrant workers. The first paragraph analyzes the conventions of the International Labor Organization and the obligations imposed by the European Convention on Human Rights and the Charter of Fundamental Rights of the EU, as well as the principles affirmed by the jurisprudence of the European Court of Human Rights and the Court of European justice. The second examines the favorable status of European migrant workers within the EU, while the third highlights



---

*the different legal status of those who are migrants from third countries in the EU. The fourth chapter focuses on some phenomena of global exploitation, while the fifth examines the Italian legislation on immigration.*

**Results and Contributions:** *from the analysis carried out, it is possible to highlight how, despite the protective anti-discrimination legislation and the obligation of equal treatment, there is still the exploitation of migrant workers as cheaper labour.*

**Keywords:** *Migrant worker; Prohibition of discrimination; Equal treatment.*

## 1 IL TRATTAMENTO DEI MIGRANTI NELL'ORDINAMENTO INTERNAZIONALE ED EUROPEO

Ai sensi dell'art. 6 Convenzione ILO n. 97 sulla migrazione per l'occupazione (riveduta)<sup>1</sup>, i Paesi che la ratificano devono applicare a coloro che sono immigrati legalmente nel loro territorio un trattamento economico non meno favorevole di quello applicato ai propri cittadini, nella misura in cui tale trattamento sia regolato da leggi o regolamenti o sia soggetto al controllo di autorità amministrative<sup>2</sup>. Il Quadro multilaterale dell'ILO sulle migrazioni per lavoro, adottato dalla Conferenza internazionale del lavoro nel 2006, afferma, inoltre, che tutte le norme internazionali sul lavoro si applicano ai lavoratori migranti, se non diversamente specificato, richiamando, in particolare, la Convenzione ILO n. 131 in materia di salario minimo<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> In virtù dell'art. 10 della Convenzione sui lavoratori migranti (disposizioni supplementari), n. 143, del 1975, gli Stati parti della Convenzione si impegnano a dichiarare e perseguire una politica nazionale volta a promuovere e garantire, con metodi adeguati alle condizioni nazionali, uguaglianza di opportunità e trattamento in materia di impiego e occupazione per le persone che, come lavoratori migranti o come loro familiari, sono legalmente nel loro territorio.

<sup>2</sup> Nel novembre 2003, l'organo direttivo dell'ILO ha approvato il rapporto del Comitato tripartito istituito per esaminare la dichiarazione resa ai sensi dell'art. 24, Cost. ILO, in cui si sosteneva che la Cina aveva violato l'art. 6 della Convenzione n. 97 nella Regione amministrativa speciale di Hong Kong. L'organo direttivo ha ritenuto che l'imposizione di un'imposta specifica sui datori di lavoro dei lavoratori assunti dall'estero, compresi i lavoratori domestici, i cui salari erano già i più bassi tra i lavoratori migranti, costituiva un trattamento discriminatorio e ha esortato il governo a rivedere l'imposta e le sue politiche salariali minime e a tenere conto dei requisiti dell'art. 6 della Convenzione n. 97, nonché dei principi di equità e proporzionalità.

<sup>3</sup> CONFERENZA INTERNAZIONALE DEL LAVORO, *Quadro multilaterale dell'OIL sulle migrazioni per lavoro*, Par. 9(a), (c) e nota 6, Annex I, 2006, disponibile sul sito <https://www.ilo.org>.



---

Di conseguenza, i lavoratori stranieri devono beneficiare della stessa protezione contro la discriminazione per uno dei motivi elencati nella Convenzione ILO n. 111, come razza, colore o estrazione nazionale<sup>4</sup>.

Per quanto riguarda la Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo e i beneficiari della sua protezione, questa impone a tutti gli Stati membri del Consiglio d'Europa (e quindi anche agli Stati dell'UE) l'obbligo di garantire i diritti sanciti dalla Convenzione a ogni persona sottoposta alla giurisdizione degli Stati contraenti, indipendentemente dal fatto che ne siano o meno cittadini, anche al di fuori del territorio nazionale, nelle zone soggette al controllo effettivo dello Stato<sup>5</sup>. Anche in altri atti il Consiglio d'Europa vieta forme di discriminazione basate sulla nazionalità<sup>6</sup>, come nel caso della omonima Convenzione europea<sup>7</sup>.

La Corte europea dei diritti umani ha cercato di mantenere una posizione di equilibrio tra il diritto degli Stati di riservare vantaggi a coloro che godono dello *status* di cittadino e la necessità di impedire forme di discriminazione verso coloro che, pur

---

<sup>4</sup> In conformità con la Raccomandazione sulla discriminazione (impiego e occupazione) n. 111, si deve tenere conto del principio secondo cui tutte le persone dovrebbero, senza discriminazioni, godere di pari opportunità e di pari trattamento in materia di retribuzione per un lavoro di uguale valore.

<sup>5</sup> Quali, ad esempio, i territori occupati: cfr. Corte Eur. dei diritti dell'uomo, 18 dicembre 1996, *Loizidou c. Turchia* (n. 15318/89).

<sup>6</sup> CONSIGLIO D'EUROPA, *Convenzione europea sulla nazionalità*, Strasburgo, 6 novembre 1997, Trattato aperto alla firma degli Stati membri e degli Stati non membri i quali hanno partecipato alla sua elaborazione e all'adesione degli altri Stati non membri. La Convenzione, che non modifica la Convenzione del 1963 e non è con quella incompatibile, stabilisce un insieme di principi e di regole che riguardano la nazionalità. Essa tende a facilitare l'acquisizione della nazionalità e la reintegrazione nella nazionalità d'origine; a limitare le possibilità di perdita della nazionalità e ad impedire il ritiro arbitrario della nazionalità. A questo riguardo, la Convenzione prevede che ogni Parte garantirà che le richieste legate alla nazionalità potranno essere oggetto di un ricorso amministrativo o giudiziario conformemente alla sua legislazione interna, fissando un quadro giuridico di cooperazione tra le Parti in tale materia. Le sue previsioni si applicano alle persone che rischiano di divenire apolide in seguito alla successione di Stati, alle persone aventi pluralità di nazionalità e a quelle, fra questi, che sono tenuti agli obblighi militari. La Convenzione stabilisce che ciascuno Stato determina, attraverso la propria legislazione, chi sono i propri cittadini. Nello stesso tempo, essa indica i principi della prevenzione dell'apolidia, della non discriminazione e del rispetto per i diritti dell'uomo delle persone residenti legalmente ed abitualmente sul suo territorio. Per facilitare la cooperazione, le Parti si impegnano a comunicare al Segretario Generale del Consiglio d'Europa le informazioni sul diritto interno in materia di nazionalità e sugli sviluppi intervenuti nell'applicazione della Convenzione. In materia, anche EUROPEAN COMMISSION AGAINST RACISM AND INTOLERANCE (ECRI), *General Policy Recommendation No. 7 on National Legislation to Combat Racism and Racial Discrimination*, adopted on 13 December 2002 and amended on 7 December 2017.

<sup>7</sup> CONSIGLIO D'EUROPA, *Convenzione europea sulla nazionalità*, *cit.*, accessibile sul sito: <https://www.coe.int>.



---

non avendo la cittadinanza, hanno maturato consistenti legami di fatto con lo Stato ospitante. In particolare, il suo consolidato orientamento è quello di ritenere che quanto più stretto è il vincolo effettivo di una persona rispetto a un determinato Stato (specialmente con riguardo alle tasse versate), tanto meno probabile è che sia giustificata una differenza di trattamento in base alla sua nazionalità<sup>8</sup>. Infatti, nell'esaminare le questioni che attengono la sicurezza sociale, quando una persona è stata in grado di dimostrare l'esistenza di un siffatto legame, la Corte di Strasburgo si è dimostrata particolarmente attenta<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Nella causa *Zeïbek c. Grecia* (Corte Eur. dei diritti dell'uomo, sentenza 9 luglio 2009, *Zeïbek c. Grecia* (n. 46368/06)) alla ricorrente era stato negato il diritto a una pensione destinata alle persone con famiglie numerose. Pur avendo il numero di figli prescritto, uno di essi non aveva la cittadinanza greca all'epoca in cui la ricorrente aveva raggiunto l'età di pensionamento. Tale situazione era dovuta a una precedente decisione del governo (con ogni probabilità irregolare) di revocare la cittadinanza all'intera famiglia della ricorrente e quindi di riconoscere nuovamente la cittadinanza soltanto a tre dei figli (perché il quarto era già sposato). La Corte ha constatato che la politica di revoca della cittadinanza era stata applicata in particolare ai greci musulmani e che il rifiuto della pensione non poteva essere giustificato dalla volontà di salvaguardare la nazione greca, in quanto tale motivazione equivaleva di per sé a una discriminazione fondata sull'origine nazionale.

<sup>9</sup> La facoltà degli Stati di controllare l'ingresso e l'uscita dai propri confini dei cittadini di altri Paesi è un diritto consolidato nell'ordinamento giuridico internazionale e riconosciuto dalla Corte Europea dei Diritti Umani. In questo contesto, la Corte è intervenuta soprattutto nei casi di espulsione di persone che rischiavano di subire pene o trattamenti inumani o degradanti o la tortura nello Stato di destinazione (art. 3) o che avevano stretto nello Stato ospitante forti legami familiari, che si sarebbero interrotti se la persona fosse stata costretta a lasciare il Paese (art. 8) (cfr., per esempio, Corte Eur. dei diritti dell'uomo, 28 maggio 1985, *Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Regno Unito*, nn. 9214/80, 9473/81 e 9474/81). Invece, nel caso deciso da Corte Eur. dei diritti dell'uomo, 18 febbraio 2009, *Andrejeva c. Lettonia* [GC] (n. 55707/00) la ricorrente era una cittadina dell'ex Unione sovietica con un diritto di soggiorno permanente in Lettonia. Secondo la legislazione nazionale, costei risultava classificata tra i lavoratori all'estero nel periodo precedente l'indipendenza (pur avendo avuto lo stesso impiego in territorio lettone prima e dopo l'indipendenza) e di conseguenza si calcolava la sua pensione in base al periodo di servizio nello stesso impiego successivamente all'indipendenza. Per contro, i cittadini lettoni nella stessa posizione beneficiavano di una pensione basata sull'intero periodo di servizio, compreso il lavoro svolto prima dell'indipendenza. La Corte ha ritenuto che la ricorrente fosse in una situazione analoga a quella dei cittadini lettoni, dal momento che era una «non cittadina con permesso di soggiorno permanente» ai sensi del diritto nazionale e, in quanto tale, aveva pagato le imposte. Ha ritenuto che, per giustificare una differenza di trattamento basata esclusivamente sulla nazionalità, fossero necessarie «ragioni molto forti», che non erano riscontrabili nella fattispecie. Pur riconoscendo l'ampia discrezionalità degli Stati in materia di politica fiscale e sociale, la situazione della ricorrente era di fatto troppo simile a quella dei cittadini lettoni; pertanto, si veniva a configurare una forma di discriminazione. Corte Eur. dei diritti dell'uomo, 16 settembre 1996, *Gaygusuz c. Austria* (n. 17371/90) si è pronunciata in merito ad un cittadino turco che aveva lavorato in Austria e si era visto negare l'indennità di disoccupazione perché non aveva cittadinanza austriaca. La Corte Europea ha ritenuto anche in questo caso che la sua fosse una situazione paragonabile a quella dei cittadini austriaci, in quanto risiedeva nel Paese in via permanente e aveva contribuito al sistema di sicurezza sociale con il versamento delle imposte. Ha constatato che l'assenza di un accordo bilaterale in materia di sicurezza sociale tra l'Austria e la Turchia non poteva giustificare la differenza di trattamento, in quanto la situazione del ricorrente



---

Ciò non toglie che il controllo dell'ingresso e dell'uscita dai propri confini di cittadini di altri Paesi sia considerato un diritto consolidato nell'ordinamento giuridico internazionale e riconosciuto dalla Corte<sup>10</sup>. In questo contesto, però, la Corte di Strasburgo è intervenuta soprattutto nei casi che hanno riguardato l'espulsione di persone che rischiavano di subire nello Stato di destinazione pene, trattamenti inumani o degradanti, oppure la tortura<sup>11</sup>, o che nello Stato ospitante avevano stretto forti legami familiari, che si sarebbero interrotti qualora la persona fosse stata costretta a lasciare il Paese<sup>12</sup>. Inoltre, sebbene uno Stato possa ritenere che i cittadini e gli

---

era di fatto troppo simile a quella dei cittadini austriaci. Corte Eur. dei diritti dell'uomo, 30 settembre 2003, Koua Poirrez c. Francia (n. 40892/98) riguarda un cittadino della Costa d'Avorio che aveva richiesto un beneficio sociale riconosciuto alle persone disabili. La richiesta era stata respinta in quanto potevano fruirne soltanto i cittadini francesi o i cittadini di Stati con i quali la Francia aveva concluso un accordo bilaterale in materia di sicurezza sociale. Come nei casi precedenti, la Corte ha rilevato che il ricorrente, in realtà, si trovava in una situazione equiparabile a quella dei cittadini francesi, in quanto soddisfaceva tutti gli altri requisiti per beneficiare della prestazione e che già beneficiava di altre prestazioni sociali che non richiedevano la cittadinanza. Ha rilevato, inoltre, che, per giustificare una differenza di trattamento tra il ricorrente e gli altri cittadini, sarebbero state necessarie delle «ragioni particolarmente forti». Al contrario, benché allo Stato sia riconosciuto un ampio margine di discrezionalità in materia fiscale e di sicurezza sociale, nella fattispecie in questione la Corte non è stata persuasa dagli argomenti della Francia, né riguardo la necessità di garantire l'equilibrio tra le entrate e le spese pubbliche, né riguardo la differenza derivante dalla mancanza di un accordo bilaterale tra la Francia e la Costa d'Avorio. È interessante osservare che la prestazione in questione era riconosciuta a prescindere dal versamento di contributi al regime nazionale di sicurezza sociale da parte del beneficiario.

<sup>10</sup> Ad esempio, nella causa Corte Eur. dei diritti dell'uomo, 18 febbraio 1991, Moustaquim c. Belgio (n. 12313/86), un cittadino marocchino, che era stato condannato per diversi reati e doveva essere espulso dal territorio, sosteneva che l'espulsione equivaleva a un trattamento discriminatorio fondato sulla nazionalità perché i cittadini belgi, invece, non erano soggetti a espulsione a seguito di una condanna per reati penali. La Corte ha constatato che la situazione del ricorrente non era analoga a quella dei cittadini belgi, in quanto la CEDU vieta a uno Stato di espellere i propri cittadini. Pertanto, la sua espulsione non equivaleva a un trattamento discriminatorio. Pur riconoscendo che il cittadino marocchino si trovava in una situazione analoga a quella di cittadini non belgi provenienti da altri Stati membri dell'UE (che non potevano essere espulsi in forza del diritto dell'Unione in materia di libera circolazione), la Corte ha ritenuto giustificata la differenza di trattamento.

<sup>11</sup> CEDU, art. 3 (Proibizione della tortura): «Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti». Cfr., Corte Eur. dei diritti dell'uomo, 15 novembre 1996, Chahal c. Regno Unito n. 22414/93.

<sup>12</sup> CEDU, art. 8 (Diritto al rispetto della vita privata e familiare): «1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui». Si tratta, peraltro, di fattispecie con inferiori probabilità di esito favorevole: cfr., per esempio, le citate Corte Eur. dei diritti dell'uomo, 28 maggio 1985, Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Regno Unito (nn. 9214/80, 9473/81 e 9474/81), oppure causa Andrejeva c. Lettonia (Corte Eur. dei diritti

Revista Jurídica Unicuritiba. Curitiba.V.5, n.72 p. 493 - 528



[Received/Recebido: julho 21, 2022; Accepted/Aceito: setembro 25, 2022]

---

stranieri non siano in una situazione paragonabile (e quindi consideri legittima una differenza di trattamento in talune circostanze), per la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, in linea di principio, tutti i diritti garantiti dalla CEDU devono essere ugualmente riconosciuti a ogni persona sottoposta alla sua giurisdizione<sup>13</sup>.

La CEDU impone, agli Stati contraenti, degli obblighi nei riguardi dei cittadini dei Paesi Terzi che in alcuni ambiti vanno ben oltre le prescrizioni del diritto dell'Unione Europea<sup>14</sup>. Infatti, mentre nel quadro della CEDU elementi quali il colore, l'ascendenza, la nazionalità, la lingua e la religione rientrano nel motivo oggetto del divieto di discriminazione fondata sulla razza o l'origine etnica, nel quadro del diritto dell'Unione la portata effettiva del motivo legato alla nazionalità attende ancora di essere chiarita.

La Carta dei diritti fondamentali dell'UE sancisce il divieto di discriminazione fondato sulla nazionalità all'art. 21, comma 2, come era già stabilito dall'art. 12 del Tratt. CE, odierno art. 18 Tratt. FUE<sup>15</sup>. Il riferimento all'appartenenza ad una minoranza nazionale, quale fattore di discriminazione vietato, è poi ulteriormente rafforzato dall'art. 22 della Carta, che accorda una specifica protezione alla diversità culturale, religiosa e linguistica.

La protezione prevista dal diritto dell'Unione è però di portata più limitata

---

dell'uomo, sentenza 18 febbraio 2009, Andrejeva c. Lettonia [GC] (n. 55707/00), Gaygusuz c. Austria, (Corte Eur. dei diritti dell'uomo, sentenza 16 settembre 1996, Gaygusuz c. Austria (n. 17371/90)), Koua Poirrez c. Francia (Corte Eur. dei diritti dell'uomo, sentenza 30 settembre 2003, Koua Poirrez c. Francia (n. 40892/98)).

<sup>13</sup> Cfr. Corte Eur. dei diritti dell'uomo, 22 dicembre 2009, Sejdić e Finci c. Bosnia Erzegovina [GC] (nn. 27996/06 e 34836/06), punto 44; Corte Eur. dei diritti dell'uomo, 13 dicembre 2005, Timishev c. Russia (nn. 55762/00 e 55974/00), punto 58.

<sup>14</sup> In particolare, il Consiglio d'Europa definisce la cittadinanza «il vincolo giuridico tra una persona e uno Stato» (Consiglio d'Europa, *Convenzione sulla cittadinanza*, 1996, all'art. 2, lett. a). Per la Corte internazionale di giustizia, 6 aprile 1955, Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala), Relazioni CIG, 4, 23: «la cittadinanza è un vincolo giuridico che si fonda su un elemento sociale di attaccamento, su un autentico rapporto di vita, interessi e sentimenti, insieme con l'esistenza di diritti e obblighi reciproci». Tale sentenza si sofferma sui presupposti dell'attribuzione della cittadinanza, affermando che, per quanto sia in linea di principio libertà degli Stati di disciplinarne i presupposti, questi debbano in ogni caso riflettere l'esistenza di un collegamento reale ed effettivo tra lo Stato e l'individuo cui viene concessa. L'«origine nazionale» può essere intesa, invece, nel significato di precedente cittadinanza di una persona, la quale può averla persa o alla quale può esserne stata aggiunta un'altra a seguito di naturalizzazione, oppure essere riferita al collegamento con una «nazione» all'interno di uno Stato (es. la Scozia nel Regno Unito).

<sup>15</sup> Trattato FUE, art. 18: «Nel campo di applicazione dei trattati, e senza pregiudizio delle disposizioni particolari dagli stessi previste, è vietata ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità».

Revista Jurídica Unicuritiba. Curitiba.V.5, n.72 p. 493 - 528



[Received/Recebido: julho 21, 2022; Accepted/Aceito: setembro 25, 2022]

---

rispetto a quella della CEDU perché il divieto di discriminazione fondata sulla nazionalità si applica soltanto nel contesto della libera circolazione delle persone ed è riconosciuto unicamente ai cittadini degli Stati membri ai sensi dell'art. 3, par. 2, Tratt. TUE, art. 4, par. 2, lett. a, e artt. 20, 26 e da 45 a 48 Tratt. FUE, a cui si aggiungono il reg. (UE) n. 492/2011 sulla libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione, la dir. 2004/38/CE che riconosce tale diritto anche ai loro familiari, nonché la dir. 2018/957/UE relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi<sup>16</sup>.

Quest'ultima direttiva, in particolare, richiede che le imprese garantiscano ai lavoratori distaccati nel loro territorio, sulla base della parità di trattamento, le condizioni di lavoro e di occupazione relative ad una serie di materie, tra cui la retribuzione<sup>17</sup>. Sul punto, il considerando 18 chiarisce che, per il raffronto fra la retribuzione corrisposta al lavoratore distaccato e la retribuzione dovuta a norma della normativa e/o delle prassi nazionali dello Stato membro ospitante, si deve prendere in considerazione l'importo lordo della retribuzione e si devono raffrontare gli importi lordi complessivi delle retribuzioni anziché i singoli elementi costitutivi. Anche le indennità specifiche per il distacco, a meno che non riguardino le spese effettivamente sostenute a causa del distacco (come le spese di viaggio, vitto e alloggio), devono essere considerate parte della retribuzione e quindi essere valutate nel raffronto tra gli importi lordi complessivi<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> Direttiva (UE) 2018/957 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 giugno 2018, recante modifica della dir. 96/71/CE

<sup>17</sup> Sono comprese anche le tariffe maggiorate per il lavoro straordinario. Le altre condizioni riguardano: periodi massimi di lavoro e periodi minimi di riposo; durata minima dei congedi annuali retribuiti; condizioni di fornitura dei lavoratori, in particolare la fornitura di lavoratori da parte di imprese di lavoro temporaneo; sicurezza, salute e igiene sul lavoro; provvedimenti di tutela riguardo alle condizioni di lavoro e di occupazione di gestanti o puerpere, bambini e giovani; parità di trattamento fra uomo e donna, nonché altre disposizioni in materia di non discriminazione; condizioni di alloggio dei lavoratori qualora questo sia fornito dal datore di lavoro ai lavoratori lontani dal loro abituale luogo di lavoro; indennità o rimborso a copertura delle spese di viaggio, vitto e alloggio per i lavoratori lontani da casa per motivi professionali.

<sup>18</sup> La direttiva 2008/104/CE del Parlamento europeo e del Consiglio rispecchia il principio secondo il quale le condizioni di base di lavoro e di occupazione applicabili ai lavoratori assunti tramite agenzia interinale dovrebbero essere quanto meno identiche a quelle che si applicherebbero a tali lavoratori se essi fossero assunti dall'impresa utilizzatrice per svolgere lo stesso lavoro. Tale principio si deve applicare anche ai lavoratori assunti tramite agenzia interinale distaccati nel territorio di un altro Stato membro (cfr. considerando n. 12, Direttiva (UE) 2018/957).



---

## 2 LO STATUS DEI LAVORATORI MIGRANTI COMUNITARI ALL'INTERNO DELL'UE

I cittadini dell'Unione Europea godono di un diritto automatico di ingresso e di soggiorno negli altri Stati membri<sup>19</sup> e, dopo aver soggiornato legalmente per cinque anni in un altro Stato membro, acquisiscono il diritto di soggiorno permanente. Questo conferisce loro diritti equivalenti a quelli di cui gode la categoria dei lavoratori del Paese membro.

Una normativa particolare regola, però, il «lavoro frontaliero». Tale categoria copre realtà diverse, a seconda che si consideri l'accezione comunitaria, enunciata in particolare in materia di sicurezza sociale, o le numerose definizioni contenute nelle convenzioni bilaterali di doppia imposizione, valide per la determinazione del regime fiscale applicabile ai lavoratori frontalieri.

In virtù del diritto dell'Unione, l'espressione «lavoratore frontaliero» designa qualsiasi lavoratore occupato sul territorio di uno Stato membro e residente sul territorio di un altro Stato membro (criterio politico), dove torna ogni giorno o almeno una volta alla settimana (criterio temporale) ai sensi dell'art. 1, lett. b, reg. n. 1408/71/CEE. Questa definizione, che, oltre agli elementi intrinseci dello spostamento dal domicilio al luogo di lavoro attraverso una frontiera, conserva la condizione temporanea del ritorno quotidiano o settimanale al domicilio, si applica solamente alla protezione sociale dei lavoratori in questione all'interno dell'Unione Europea e non ai lavoratori migranti di Paesi Terzi, i quali lasciano il Paese di origine, con o senza la famiglia, per abitare e lavorare in un Paese diverso. In campo fiscale, le convenzioni bilaterali di doppia imposizione, che determinano il regime fiscale dei lavoratori frontalieri, fissano, invece, definizioni maggiormente restrittive, che impongono anche un criterio spaziale, secondo il quale il fatto di risiedere e lavorare in una zona frontiera in senso stretto, definita in modo variabile in ciascuna convenzione fiscale,

---

<sup>19</sup> Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE.



---

è considerato un elemento costitutivo del concetto di lavoro frontaliero.

Per tali lavoratori, il reg. n. 1612/68 sulla libera circolazione dei lavoratori (reg. n. 1612/68 CEE del Consiglio, del 15 ottobre 1968) prevede espressamente all'art. 7 la parità di trattamento per tutte le condizioni di occupazione e di lavoro, in particolare in materia di retribuzione. Per quanto riguarda le tutele previste, il frontaliero è soggetto, però, come il migrante, alla legislazione del Paese in cui è occupato. In virtù dell'art. 7, par. 2 del medesimo regolamento, egli beneficia degli stessi vantaggi sociali e fiscali di cui godono i cittadini di tale Paese. Anche in materia di protezione sociale, i principi e il regime applicabili ai lavoratori frontalieri sono, salvo alcuni casi specifici, gli stessi che in generale sono validi per tutti i lavoratori migranti all'interno della Unione Europea<sup>20</sup>. Il reg. CEE n. 1408/71<sup>21</sup>, di coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale degli Stati membri, e il relativo regolamento di applicazione n. 574/72<sup>22</sup>, comprendono, inoltre, disposizioni specifiche riguardanti talune prestazioni destinate ai lavoratori frontalieri. Questi ultimi, in linea di principio, godono, infatti, di vantaggi di cui non beneficiano gli altri lavoratori migranti, come l'accesso transfrontaliero alle prestazioni sanitarie.

I problemi che in genere questi incontrano con riguardo al loro statuto sociale e familiare non sono necessariamente legati alla loro qualità di lavoratori frontalieri. Si tratta, piuttosto, di problemi comuni ad altre categorie di migranti - dovuti in particolare alle differenze tra le legislazioni nazionali e alla totale assenza di coordinamento dei sistemi nazionali di regimi complementari non legali, specialmente nel settore delle

---

<sup>20</sup> Il principio di base per la protezione sociale di ogni lavoratore migrante è l'affiliazione alla legislazione di un solo Stato, quello del luogo di lavoro, anche se il lavoratore in questione risiede sul territorio di un altro Stato membro. A questo principio di base ne vanno aggiunti altri due, che ne sono il corollario: la totalizzazione dei periodi di assicurazione maturati per ottenere, conservare o recuperare il diritto alle prestazioni (esportabilità delle prestazioni) e la parità di trattamento (divieto di qualsiasi discriminazione basata sulla nazionalità). Queste regole generali sono completate da disposizioni riguardanti i diversi rami della sicurezza sociale.

<sup>21</sup> Regolamento (CEE) 1408/71 del Consiglio del 14 giugno 1971, relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati, ai lavoratori non salariati e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità. Il testo di questo regolamento è stato modificato a più riprese. L'ultima versione aggiornata è il regolamento (CE) n. 118/97 del Consiglio, del 2 dicembre 1996.

<sup>22</sup> Regolamento (CEE) n. 574/72 del Consiglio, del 21 marzo 1972, che stabilisce le modalità di applicazione del regolamento (CEE) n. 1408/71. Anche il testo di questo regolamento è stato aggiornato con il regolamento n. 118/97 del 2 dicembre 1996.



---

pensioni - che i frontalieri conoscono con maggiore urgenza e maggiore intensità per il fatto di trovarsi, per la loro stessa situazione, interessati dai problemi legati all'applicazione del diritto europeo della sicurezza sociale<sup>23</sup>.

### 3 LA CONDIZIONE GIURIDICA DEI MIGRANTI DEI PAESI TERZI

I cittadini extracomunitari godono del diritto alla parità di trattamento pressoché negli stessi ambiti previsti dalle direttive contro la discriminazione, allorché ottengono lo *status* di «soggiornante di lungo periodo» ai sensi della direttiva sui cittadini dei Paesi terzi<sup>24</sup>. A talune condizioni, la direttiva sul ricongiungimento familiare permette, inoltre, a costoro, se soggiornanti legalmente in uno Stato membro, di farsi raggiungere dai familiari<sup>25</sup>.

Una disciplina specifica è stabilita per i migranti stagionali dalla dir. 2014/36/UE. Questa si applica a tutti i lavoratori dei Paesi terzi che conservino la propria residenza principale in un Paese terzo, ma che siano entrati in uno Stato

---

<sup>23</sup> Poiché il regolamento 1408/71 ha creato solo un meccanismo di coordinamento, ma non di armonizzazione, dei sistemi di sicurezza sociale nell'Unione europea, persistono lacune nel ravvicinamento dei regimi legali di sicurezza sociale. Tali sistemi continuano dunque a variare notevolmente da uno Stato membro all'altro. Da tali divergenze, e in particolare dall'assenza di una definizione comune delle condizioni per la concessione delle prestazioni, derivano vari problemi. Alcune difficoltà, ad esempio, riflettono l'assenza di una definizione comune del concetto di inabilità al lavoro e delle differenze nella valutazione del grado di invalidità, nonché la diversità dei sistemi di calcolo degli anni di contribuzione considerati e dell'età necessaria per ottenere la pensione. Inoltre, il regolamento, la cui procedura di modifica richiede l'unanimità in seno al Consiglio (ex artt. 51 e 235 Trattato CE), non tiene debitamente conto dell'introduzione in alcuni Stati membri di nuove forme di prestazioni sociali, che possono anche non corrispondere alle categorie tradizionali della sicurezza sociale che figurano nel regolamento stesso (es. assicurazione dipendenza in Germania). Infine, poiché il sistema comunitario di coordinamento instaurato dal reg. 1408/71 non copre i regimi convenzionali di sicurezza sociale vi è un'assenza totale di coordinamento dei sistemi nazionali di regimi non legali, in particolare nel settore del prepensionamento e delle pensioni complementari, che determina l'impossibilità di esportare le prestazioni corrispondenti. Per quanto riguarda l'accesso alle prestazioni sanitarie transfrontaliere, i familiari del frontaliere ne hanno diritto a condizione che esista un accordo in questo senso tra gli Stati interessati o tra le autorità competenti di tali Stati; i frontalieri pensionati e i loro familiari, invece, perdono questo diritto.

<sup>24</sup> Direttiva 2003/109/CE del Consiglio del 25 novembre 2003 relativa allo *status* dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo.

<sup>25</sup> Direttiva 2003/86/CE del Consiglio del 22 settembre 2003 relativa al diritto al ricongiungimento familiare.



---

dell'Unione per un lavoro temporaneo<sup>26</sup>. A tali lavoratori stagionali è riconosciuto espressamente il diritto alla parità di trattamento rispetto ai cittadini dello Stato ospitante per quanto riguarda l'impiego: non solo con riferimento al salario minimo, ma anche a tutte le condizioni di lavoro (orario, ferie, festività ecc.), e le norme in materia di salute e sicurezza. Tale parità di trattamento si applica anche ai settori della sicurezza sociale (le prestazioni collegate alla malattia, l'invalidità e la vecchiaia), la formazione, le informazioni sul lavoro stagionale offerto dagli uffici di collocamento e altri servizi pubblici<sup>27</sup>. Per poter essere ammessi a lavorare, però, i lavoratori dei Paesi terzi devono soddisfare alcuni criteri di ammissione. La loro richiesta di permesso deve infatti prevedere un contratto di lavoro o un'offerta di lavoro vincolante (in cui sia specificata la retribuzione, le ore di lavoro e altre condizioni) e la prova di un alloggio adeguato<sup>28</sup>.

Per i cittadini dei Paesi terzi che non rientrano in queste categorie, il diritto dell'Unione prevede, invece, diritti limitati.

La direttiva sulla parità di trattamento in materia di occupazione afferma espressamente di non creare un diritto alla parità di trattamento per i cittadini dei Paesi terzi in relazione all'accesso all'occupazione e alle condizioni di lavoro, mentre la direttiva sull'uguaglianza razziale esclude, all'art. 3, punto 2), la nazionalità tra i fattori vietati e «qualsiasi trattamento derivante dalla condizione giuridica dei cittadini dei paesi terzi»<sup>29</sup>. Tale disposizione, che è stata criticata da più parti<sup>30</sup>, è stata introdotta

---

<sup>26</sup> Direttiva 2014/36/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sulle condizioni di ingresso e di soggiorno dei cittadini di paesi terzi per motivi di impiego in qualità di lavoratori stagionali, recepita dall'ordinamento italiano con il d.lgs. 29 ottobre 2016, n. 203.

<sup>27</sup> È esclusa l'edilizia popolare, la parità di trattamento in materia di prestazioni familiari e di disoccupazione. Inoltre, è facoltà degli Stati membri limitare la parità di trattamento in materia di agevolazioni fiscali, istruzione e formazione professionale.

<sup>28</sup> Tali criteri devono persistere anche in caso di prolungamento del contratto di lavoro o di cambiamento del datore di lavoro. I paesi dell'UE, da parte loro, devono fissare un limite massimo di soggiorno per i lavoratori stagionali compreso tra i 5 e i 9 mesi in un dato periodo di 12 mesi. (Entro il limite massimo di soggiorno, i paesi dell'UE possono permettere ai lavoratori di prorogare il proprio contratto con lo stesso datore di lavoro più di una volta, oppure di avere contratti con più di un datore di lavoro).

<sup>29</sup> Così, l'art. 3, punto 2: «La presente direttiva non riguarda le differenze di trattamento basate sulla nazionalità e non pregiudica le disposizioni e le condizioni relative all'ingresso e alla residenza di cittadini di paesi terzi e di apolidi nel territorio degli Stati membri, né qualsiasi trattamento derivante dalla condizione giuridica dei cittadini dei paesi terzi o degli apolidi interessati».

<sup>30</sup> Nell'ambito della dottrina italiana, cfr. D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto. Un'indagine comparata per un modello 'europeo' dell'antidiscriminazione*, Padova, 2008, 256; M. BARBERA,



---

presumibilmente per evitare che per mezzo della direttiva si potessero compromettere le legislazioni nazionali esistenti in materia di immigrazione<sup>31</sup>. Ciò nonostante, al punto n. 13 dei considerando, la direttiva stabilisce che «[q]ualsiasi discriminazione diretta o indiretta basata sulla razza o l'origine etnica nei settori di cui alla presente direttiva dovrebbe pertanto essere proibita in tutta la Comunità. Tale divieto di discriminazione dovrebbe applicarsi anche nei confronti dei cittadini dei paesi terzi, ma non comprende le differenze di trattamento basate sulla nazionalità e lascia impregiudicate le disposizioni che disciplinano l'ingresso e il soggiorno di cittadini dei paesi terzi e il loro accesso all'occupazione e all'impiego».

Per questo, la direttiva contro le discriminazioni fondate sulla razza o l'origine etnica si è prestata a letture contrastanti: da un lato, è stata considerata innovativa e alquanto radicale<sup>32</sup>, dall'altro, per la restrizione dell'applicabilità ai soli cittadini degli Stati membri, è stata ritenuta uno strumento inefficace ai fini della promozione dei diritti umani fondamentali<sup>33</sup>. Inoltre, lo *status* giuridico di inferiorità dei cittadini di Paesi terzi è stato giudicato motivo di impedimento della loro effettiva inclusione sociale<sup>34</sup>.

In effetti, non si può omettere di considerare come l'esclusione della nazionalità dalla direttiva possa essere foriera di trattamenti discriminatori all'interno

---

*Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, in *DLRI*, 3/4, 2003, 405.

<sup>31</sup> Cfr. F. SAVINO, *Il divieto di discriminazione per motivi di razza e origine etnica: problemi di effettività*, in *RIDL*, 2011, 94. In argomento anche D. BOZA MARTÍNEZ, *Un paso más contra la discriminación por razón de nacionalidad*, in *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 7, 2005; C. COSTELLO, E. BARRY (a cura di), *Equality in Diversity: The New Equality Directives*, Irish Centre for European Law, 2003.

<sup>32</sup> Cfr. B. DE WITTE, *The Constitutional Resources for an EU Minority Protection Policy*, in G.N. TOGGENBURG (a cura di), *Minority Protection and the Enlarged European Union: The Way Forward*, Open Society Institute, 2004, 107.

<sup>33</sup> Così, B. HEPPLÉ, *Race and Law in Fortress Europe*, in *The Modern Law Review*, 67,1, 2004, 3. Più diffusamente sul tema, cfr. R. CHOLEWINSKI, *Borders and Discrimination in the European Union*, London - Brussels, 2002.

<sup>34</sup> *Ibidem*, 7. Analogamente, la direttiva 2000/43/CE non annovera la religione quale fattore di discriminazione rilevante ai fini dell'attivazione delle tutele apprestate dalla normativa in esame. Il legislatore comunitario, accanto all'assenza di una puntuale definizione di origine etnica, lascia quindi irrisolta la questione della sussunzione del fattore religioso entro quello etnico-razziale, oppure dell'autonomia di quest'ultimo. Sul piano pratico, chi voglia avanzare una doglianza lamentando un trattamento discriminatorio a motivo della propria credenza religiosa, fondandola sulla dir. 2000/43/CE, non ha altra opzione che quella di ritenere la condotta del caso concreto discriminatoria sotto il profilo etnico-razziale. Nello stesso senso, E. GUILD, *The EC Directive on Race Discrimination: Surprises, Possibilities and Limitations*, in *Industrial Law Journal*, 2000, 418.

Revista Jurídica Unicuritiba. Curitiba.V.5, n.72 p. 493 - 528



[Received/Recebido: julho 21, 2022; Accepted/Aceito: setembro 25, 2022]

---

degli Stati membri, in quanto, attraverso la giustificazione della diversa cittadinanza, possono invece essere perpetrati trattamenti discriminatori a causa della razza, dell'origine etnica o della religione<sup>35</sup>.

Alla luce della normativa dell'UE in materia di condizioni di lavoro, quindi, qualora il cittadino di un Paese terzo volesse presentare una denuncia di discriminazione basata sulla nazionalità dovrebbe invocare il motivo della razza o dell'origine etnica, tenendo presente che la dir. 2000/43/CE allarga l'efficacia degli strumenti per il contrasto alle discriminazioni oltre il rapporto di lavoro e ne consente la riferibilità anche alla sicurezza sociale, all'istruzione, all'accesso a beni e servizi e alla loro fornitura, incluso l'alloggio<sup>36</sup>.

Un profilo di criticità risiede, però, nella circostanza che, oltre ad escludere espressamente la nazionalità, la direttiva sull'uguaglianza razziale non contiene una definizione di «razza» e «origine etnica». Queste due nozioni, assunte a riferimento ai fini dello scrutinio del rispetto del principio della parità di trattamento, risultano complesse e problematiche, a fronte, invece, del richiamo della Corte di giustizia volto ad assegnare ai fattori di discriminazione un significato autonomo e suscettibile di uniforme applicazione<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> Cfr. E. GUILD, *The Legal Elements of European Identity – EU Citizenship and Migration Law*, London, 2004, 249-250; E. ELLIS, *EU Anti-Discrimination Law*, Oxford, 2005, 31 ss.; M. BELL, *Combating racism through European Laws: a comparison of the Racial Equality Directive and Protocol 12*, in I. CHOPIN, J. NIESSEN (a cura di), *Combating racial and ethnic discrimination: taking the European legislative agenda further*, Commission for Racial Equality/Migration Policy Group, Bruxelles-London, 2002.

<sup>36</sup> Così l'art. 3 dir. 2000/43/CE. Su tale novità, R. NUNIN, *Recepito le direttive comunitarie in materia di lotta contro le discriminazioni*, in *Lav. giur.*, 2003, 905 e ss.; P. CHIECO, *Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione*, in *RIDL*, 1, 2002, 107. A tale proposito, in dottrina è stato messo in evidenza come tale novità della direttiva sulla parità di trattamento in base alla razza e all'origine etnica se, da un lato, consente di estendere l'efficacia orizzontale del diritto antidiscriminatorio di livello europeo a settori ulteriori rispetto a quelli di tradizionale attenzione da parte del legislatore comunitario, sotto altro versante, finisce con il favorire la creazione di un sistema gerarchizzato tra le singole direttive, non avendo tale soluzione innovativa trovato riscontro nella c.d. *Gender Directive*: cfr. S. FREDMAN, *Equality: A New Generation?*, in *Industrial Law Journal*, 2001, 151.

<sup>37</sup> Corte Giust., c. 13/05, Sonia Chacón, *cit.*, par. 40: «dall'imperativo tanto dell'applicazione uniforme del diritto comunitario quanto del principio di uguaglianza discende che i termini di una disposizione di diritto comunitario che non contenga alcun espresso richiamo al diritto degli Stati membri per quanto riguarda la determinazione del suo senso e della sua portata devono di norma essere oggetto nell'intera Comunità di un'interpretazione autonoma e uniforme da effettuarsi tenendo conto del contesto della disposizione e della finalità perseguita dalla normativa di cui trattasi». Vi è, invece, una tendenza delle corti sovranazionali a riservarsi uno spazio per il proprio agire attraverso la rivendicazione del significato autonomo delle nozioni impiegate. Per come tale esigenza si è prospettata nel sistema della CEDU, cfr.



---

Per quanto concerne il profilo definitorio, occorre innanzitutto rimarcare che la stessa direttiva, al punto n. 6 del considerando, puntualizza che «[l']Unione Europea 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». Simile precisazione s'inserisce nel solco degli studi antropologici e sociologici, accolti anche dalla stessa giurisprudenza della Corte Suprema statunitense<sup>38</sup>, che sostengono la tesi della costruzione sociale più che biologica della nozione di razza<sup>39</sup>.

In ogni caso, non è chiaro se il fattore di discriminazione considerato sia unico

---

G. LETSAS, *The truth in autonomous concepts: how to interpret the ECHR*, in *European Journal of International Law*, 15, 2, 2004, 279 ss.

<sup>38</sup> Può farsi riferimento, tra le molte, alla sentenza resa dalla Corte Suprema USA, 18 maggio 1987, sul caso *Saint Francis College v. Al-Khazraji*, 481 US 604, dove si prese atto che: «è un'opinione popolare comune che ci sono tre principali razze umane: Caucasoide, Mongoloide e Negroide. Molti biologi e antropologi moderni, tuttavia, criticano le classificazioni razziali come arbitrarie e di scarsa utilità per comprendere la variabilità degli esseri umani. Si dice che non esistano popolazioni geneticamente omogenee e che i tratti non siano discontinui tra le popolazioni; pertanto, una popolazione può essere descritta solo in termini di frequenze relative di vari tratti. Non esistono categorie definite. I tratti particolari che sono stati generalmente scelti per caratterizzare le razze sono stati criticati come aventi scarso significato biologico. È stato scoperto che le differenze tra individui della stessa razza sono spesso maggiori delle differenze tra gli individui "medi" di razze diverse. Queste e altre osservazioni hanno portato alcuni, ma non tutti, gli scienziati a concludere che le classificazioni razziali sono in gran parte sociopolitiche, piuttosto che biologiche, in natura». A ciò il giudice Brennan aggiunse: «Le distinzioni perniciose tra gli individui basate esclusivamente sui loro antenati sono antitetiche alla dottrina dell'uguaglianza su cui si fonda questa nazione. Oggi la Corte sostiene il desiderio del Congresso di liberare la nazione da una discriminazione così arbitraria e invidiosa, e concordo nel suo parere e giudizio. Scrivo separatamente solo per sottolineare che il confine tra discriminazione basata su "origini o caratteristiche etniche", ante a 481 US 613 e discriminazione basata su "luogo o nazione di ... origine" (...) non è brillante. È vero che la propria origine - il gruppo etnico da cui discendono un individuo e i suoi antenati - non è necessariamente la stessa origine nazionale - il paese "in cui una persona è nata, o, più in generale, il paese da cui provengono i suoi antenati" (*Espinoza v. Farah Manufacturing Co.*, 414 US 86, 414 US 88 (1973)). Spesso, tuttavia, i due sono identici per una questione di fatto: uno è nato nella nazione il cui patrimonio primario è il proprio gruppo etnico. Inoltre, in alcune circostanze le rivendicazioni sull'origine nazionale sono state trattate come rivendicazioni di ascendenza o origine». La sentenza è consultabile, tra gli altri, sul sito della Cornell Law School, Legal Information Institute (<https://www.law.cornell.edu>).

<sup>39</sup> Sono state avanzate alcune perplessità in relazione alla scelta del legislatore dell'Unione di ricorrere, ancora una volta, alla concezione della classificazione degli individui in gruppi razziali ed etnici differenziati, ritenuta foriera di generare un'epistemologia della razza e dell'etnia. Invero, sarebbe proprio siffatta epistemologia «which provides the knowledge that enables racism to occur in the first place. To be sure, the legal instruments did not create this epistemology. [...] It would indeed be irresponsible if legislation ignored the pre-existing empirical reality of racial distinctions and failed to curb the words excesses. Yet the acknowledgement of this does not prevent this epistemology continuing to generate its own "false" consciousness»: così, D. CHALMERS, *The Mistakes of the Good European?*, in S. FREDMAN (a cura di), *Discrimination and Human Rights. The case of racism*, Oxford, 2001, 223.

Revista Jurídica Unicuritiba. Curitiba.V.5, n.72 p. 493 - 528



[Received/Recebido: julho 21, 2022; Accepted/Aceito: setembro 25, 2022]

---

oppure duplice<sup>40</sup>, vale a dire se la nozione di razza sia separata da quella dell'origine etnica, distinguendo in questo modo due fattispecie distinte, oppure, piuttosto, si sia fatto ricorso all'espressione «origine etnica» in chiave rafforzativa, nel tentativo di fronteggiare l'ambiguità insita nella definizione di razza, così parzialmente adeguandosi all'invito rivolto dall'UNESCO in occasione della pubblicazione del documento *The question of race*<sup>41</sup>. Infine, costituisce un ulteriore aspetto problematico della direttiva l'aver omesso di assegnare a tratti distintivi del singolo individuo, quale il colore della pelle, un ruolo nella definizione della nozione di «razza»<sup>42</sup>.

Per quanto attiene alla nozione di «origine etnica», certa dottrina ha sottolineato la scelta del legislatore europeo di impiegare tale terminologia, invece che quella di «etnia»<sup>43</sup>, rilevando come l'effetto di tale opzione sia, in primo luogo, quello di spostare il *focus* delle tutele dallo *status* attuale di una persona o di un gruppo di persone, al loro passato<sup>44</sup>. A fronte della lacuna presente nella direttiva, può essere interessante richiamare la definizione giurisprudenziale accolta nel Regno Unito, dove la *House of Lords* ha individuato sette caratteristiche, di cui due essenziali ai fini della definizione di gruppo etnico: «(1). *a long shared history, of which the group is conscious as distinguishing it from other groups, and the memory of which it keeps alive; (2) a cultural tradition of its own, including family and social customs and*

---

<sup>40</sup> In questo senso, E. GUILD, *The EC Directive on Race Discrimination: Surprises, Possibilities and Limitations*, o.c., 418.

<sup>41</sup> L'UNESCO, in seguito alla II guerra mondiale e al razzismo nazista, volle chiarire ciò che era scientificamente noto sulla razza e condannare moralmente il razzismo. Nel documento affermò che: «[n]ational, religious, geographic, linguistic and cultural groups do not necessarily coincide with racial groups: and the cultural traits of such groups have not demonstrated genetic connection with racial traits. Because serious errors of this kind are habitually committed when the term 'race' is used in popular parlance, it would be better when speaking of human races to drop the term 'race' altogether and speak of ethnic groups» in UNESCO, *The question of race*, in UNESCO Digital Library, 18 July 1950, par. 6, 6, consultabile su <https://unesdoc.unesco.org>.

<sup>42</sup> Così, F. BRENNAN, *The Race Directive: Recycling Racial Inequality*, in *Cambridge Yearbook of Legal Studies*, 2002-2003, 311. Nello stesso senso, D. CHALMERS, G. DAVIES, G. MONTI, *European Union Law. Text and Materials*, Cambridge, 2014, 586. In relazione a quest'ultimo aspetto, infatti, parte della dottrina ritiene che il colore della pelle sarà destinato a ricoprire un ruolo, seppure indiretto, nell'accertamento della discriminazione a motivo della razza o dell'origine etnica, dal momento che molti casi di discriminazione razziale presuppongono il riferimento a caratteri visibili del soggetto: cfr. E. ELLIS, *EU Anti-Discrimination Law*, o.c., 31.

<sup>43</sup> Così, T. MAKONEN, *Equal in Law, Unequal in Fact. Racial and ethnic discrimination and the legal response thereto in Europe*, Leiden, 2012, 163.

<sup>44</sup> *Ibidem*.



---

*manners, often but not necessarily associated with religious observance*»<sup>45</sup>.

In dottrina non si registra un'uniformità di giudizio in relazione alla mancata definizione delle nozioni impiegate, tanto che, se vi è chi critica tale scelta in quanto avente un effetto depotenziante rispetto al principio generale affermato nei considerando alla direttiva <sup>46</sup>, vi è anche chi osserva come tale mancanza non può che favorire l'attività interpretativa della Corte di giustizia, cui spetta «stabilire l'esatta portata del divieto così da garantire criteri generali e ambiti applicativi uniformi negli [...] Stati membri»<sup>47</sup>.

In ogni caso, i termini «razza» e «origine etnica» sono strettamente connessi a quello di «nazionalità», come risulta in una decisione della Corte di giustizia proprio in merito all'interpretazione della *Race Directive*<sup>48</sup>. Il caso traeva origine dalla

---

<sup>45</sup> HOUSE OF LORDS, 24 marzo 1983, *Mandla (Sewa Singh) and another c. Dowell Lee and others* [1983] 2 AC 548. Il caso riguarda un ragazzo Sikh che si era visto rigettare l'ammissione in una scuola a motivo del suo rifiuto di tagliarsi i capelli e di rimuovere il turbante indossato. Nel caso di specie, la Corte ha statuito che i Sikh devono essere considerati un gruppo etnico alla stregua del *Race Relation Act* del 1976. Tra le altre cinque caratteristiche, quelle c.d. rilevanti, sono state indicate: («3) either a common geographical origin, or descent from a small number of common ancestors (4) a common language, not necessarily peculiar to the group (5) a common literature peculiar to the group (6) a common religion different from that of neighbouring groups or from the general community surrounding it (7) being a minority or being an oppressed or a dominant group within a larger community».

<sup>46</sup> Cfr. R. NUNIN, *o.c.*, 907.

<sup>47</sup> P. CHIECO, *o.c.*, 80. L'A. sottolinea, inoltre, come la mancanza di definizioni specifiche dei fattori di discriminazione «si traduce in un vincolo per il legislatore nazionale, che non dovrà procedere ad elencazioni analitiche, in quanto potrebbero produrre un restringimento dell'ambito di applicazione del divieto». Della stessa opinione, D. GOTTARDI, *o.c.*, 447 ss. Nel medesimo senso, si è espressa la Corte Giust., 11 luglio 2006, c. 13/05, *Chacón Navas*, *cit.*, par. 40: « i termini di una disposizione di diritto comunitario che non contenga alcun espresso richiamo al diritto degli Stati membri per quanto riguarda la determinazione del suo senso e della sua portata devono di norma essere oggetto nell'intera Comunità di un'interpretazione autonoma e uniforme da effettuarsi tenendo conto del contesto della disposizione e della finalità perseguita dalla normativa di cui trattasi».

<sup>48</sup> Corte Giust., 10 luglio 2008, c. 54/07, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. Firma Feryn NV*, *cit.* La Corte è intervenuta a distanza di circa quattro anni dall'entrata in vigore della dir. 2000/43/CE, sottoponendo all'attenzione questioni che, «sebbene estremamente rilevanti per la fisionomia e l'effettività dell'intero diritto antidiscriminatorio, non erano mai stati affrontati dalla giurisprudenza [...] formatasi in sede d'interpretazione delle discipline comunitarie sulla parità tra lavoratori e lavoratrici»: D. IZZI, *Il divieto di discriminazione preso sul serio*, in *RGL*, 4, 2008, 765. A commento della sentenza, D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e accesso al lavoro: il caso Feryn. Corte di giustizia e discriminazione razziale: ampliata la tutela della discriminazione diretta?*, in *RGL*, 4, 2008, 776 ss.; R. CISOTTA, *Il principio di non discriminazione basata sulla razza o sull'origine etnica nella sent. 10 luglio 2008, C-54/07, Feryn*, in I. Castangia, G. Biagioni (a cura di), *Il principio di non discriminazione nel diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2011, 167 ss.; L. FABIANO, *“Le parole come pietre” nel diritto antidiscriminatorio comunitario*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 4, 2008, 2054 ss.



dichiarazione pubblica del datore di lavoro di un'industria belga, in cui divulgava la decisione di non assumere persone c.d. alloctone<sup>49</sup>. In quell'occasione, il datore di lavoro aveva utilizzato il termine «immigrati» e analoga terminologia era stata impiegata sia dalla Corte d'Appello belga, sia dalla Corte di giustizia, a conferma di come, in alcune situazioni, la discriminazione in ragione della razza e dell'origine etnica sia molto vicina a quella per nazionalità<sup>50</sup>. Nel caso di specie, infatti, la Corte di giustizia ha riconosciuto che la dichiarazione del datore di lavoro ha costituito un «element[o] di fatto idone[o] a far presumere una politica di assunzione discriminatoria»<sup>51</sup> e che la stessa condotta configurava «una discriminazione diretta nell'assunzione ai sensi dell'art. 2, n. 2, lett. a, della direttiva del Consiglio 29 luglio 2000, 2000/43/CE» che attua il principio di parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica<sup>52</sup>.

<sup>49</sup> Le questioni pregiudiziali, sollevate dinanzi alla Corte di Giustizia nell'ambito della controversia che opponeva il Centro per le pari opportunità e per la lotta contro il razzismo (*Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding*) alla società *Firma Feryn NV*, vertevano sulla corretta interpretazione di alcune disposizioni della dir. 2000/43/CE. Il datore di lavoro aveva affermato pubblicamente che: «[d]evo soddisfare le esigenze dei miei clienti. (...) Dobbiamo venire incontro alle esigenze dei nostri clienti. Questo non è un mio problema, non ho creato io questo problema in Belgio. Io voglio solo che la società vada avanti e che alla fine dell'anno raggiungiamo il nostro fatturato e come lo raggiungo? (...) devo raggiungerlo come vuole il cliente!».

<sup>50</sup> Cfr. K. HENRARD, *The First Substantive ECJ Judgment on the Racial Equality Directive: A Strong Message in a Conceptually Flawed and Responsively Weak Bottle*, Jean Monnet Working Paper 09/09, 2009, 13.

<sup>51</sup> Corte Giust., 10 luglio 2008, c. 54/07, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. Firma Feryn NV*, cit., par. n. 31.

<sup>52</sup> Corte Giust., 10 luglio 2008, c. 54/07, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. Firma Feryn NV*, cit., par. n. 28 della sentenza, ribadita anche nelle conclusioni. Per questo motivo, una parte della dottrina ritiene che uno Stato membro che adotti politiche discriminatorie in base al fattore della nazionalità potrebbe essere considerato alla stregua di una discriminazione indiretta fondata sul fattore etnico-razziale: G.N. TOGGENBURG, *The Race Directive: A New Dimension in the Fight against Ethnic Discrimination in Europe*, in *European Yearbook on Minority Issues*, 2, 2001, 238. Altra parte della dottrina ha, invece, sottolineato che: «La Corte non ha indagato se si trattasse di una discriminazione per motivi di nazionalità (diretta) o di razza e origine etnica (diretta o indiretta) e ha valutato la causa alla luce della dir. 2000/43/CE, dando dunque per presupposto che si trattasse di una discriminazione per motivi di razza e origine etnica. L'implicita assunzione di una discriminazione di questo tipo nel novero della discriminazione per motivi di razza e origine etnica potrebbe essere intesa come un'adesione da parte della Corte di giustizia all'orientamento che intende la discriminazione per motivi di nazionalità, ossia la xenofobia, come una delle tante varianti della discriminazione razziale e del razzismo», così C. FAVILLI, *La non discriminazione nell'Unione europea e l'applicazione ai cittadini di paesi terzi*, in D. TEGA (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche. Profili giuridici di tutela*, cit., 53-54. A commento invece dell'altra sentenza della Corte, *Nachova u. a. contro la Bulgaria*: D. THÜRER, B. DOLD, *Rassismus und Rule of Law - Erstmalige Verurteilung wegen Rassendiskriminierung durch*



---

Occorre quindi rilevare che, se anche la direttiva sull'uguaglianza razziale esclude espressamente la «nazionalità» quale fattore protetto, la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo riconosce che questa può rientrare nel fattore discriminatorio razziale ed etnico.

Tale affinità risalta più palesemente nelle decisioni della Corte europea dei diritti umani, che ha ritenuto che la lingua, la religione, la nazionalità e la cultura siano indissociabili dalla razza: «L'origine etnica e la razza sono nozioni collegate che si sovrappongono l'una all'altra. Mentre la nozione di razza trae origine dall'idea di una classificazione biologica degli esseri umani in sottospecie, in base alle caratteristiche morfologiche (quali il colore della pelle o i tratti somatici), l'origine etnica deriva dall'idea di gruppi sociali accomunati da una nazionalità, da un'affiliazione tribale, da una fede religiosa, da una lingua o da origini e contesti culturali e tradizionali»<sup>53</sup>.

Quindi, anche se con evidenti differenze, l'orientamento di entrambe le Corti europee è nel senso di considerare la nazionalità quale fattore attinente alla razza e all'origine etnica.

Ugualmente in altri atti dell'Unione Europea, l'appartenenza a una minoranza nazionale sembra essere indissociabile dal concetto di razza e origine etnica. Tra questi, la decisione quadro del Consiglio dell'Unione Europea sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale, che definisce il razzismo e la xenofobia come violenza o odio nei confronti di gruppi di persone, definiti in base «alla razza, al colore, alla religione, all'ascendenza o all'origine nazionale o etnica».

Anche la Commissione contro il razzismo e l'intolleranza (ECRI) del Consiglio

---

*den EGM R? Gleichzeitige Besprechung des Urteils vom 26. Februar 2004 – Nachova u. a. gegen Bulgarien*, in *Europäische Grundrechte- Zeitschrift*, 1, 2005, 1-12.

<sup>53</sup> Corte Eur. dei diritti dell'uomo, 13 dicembre 2005, *Timishev c. Russia* (nn. 55762/00 e 55974/00), punto 55. Nel caso di specie il ricorrente, di origine cecena, si era lamentato del divieto di attraversare un posto di controllo in quanto interdetto alle persone di origine cecena. In un'altra occasione la medesima Corte di Strasburgo ha sottolineato l'importanza di tale interpretazione dichiarando che «nessuna differenza di trattamento basata esclusivamente o in misura decisiva sull'origine etnica di una persona può essere oggettivamente giustificata in una società democratica contemporanea, fondata sui principi del pluralismo e sul rispetto delle diverse culture». Corte Eur. dei diritti dell'uomo, 22 dicembre 2009, *Sejdić e Finci c. Bosnia Erzegovina* [GC] (nn. 27996/06 e 34836/06), punto 44. In tal senso Corte Eur. dei diritti dell'uomo, 13 dicembre 2005, *Timishev c. Russia* (nn. 55762/00 e 55974/00), punto 58.



---

d'Europa ha adottato una definizione estensiva di «discriminazione razziale», che comprende i motivi di «razza, colore, lingua, religione, nazionalità e origine nazionale o etnica»<sup>54</sup> in coerenza con la definizione contenuta all'art. 1 della Convenzione ONU sull'eliminazione della discriminazione razziale del 1966 - cui hanno aderito tutti gli Stati membri dell'Unione Europea e del Consiglio d'Europa - che include i motivi di «razza, colore, ascendenza e origine nazionale o etnica»<sup>55</sup>. Il Comitato per l'eliminazione della discriminazione razziale, responsabile di interpretare e controllare il rispetto della convenzione, ha inoltre dichiarato che, salvo contraria giustificazione, per stabilire se una persona appartenga a una razza o a un gruppo etnico particolari, occorre «basarsi sull'identificazione di sé da parte dell'interessato»<sup>56</sup>.

#### 4 FENOMENI DI SFRUTTAMENTO DEI LAVORATORI MIGRANTI

Con riguardo al diritto alla parità di trattamento economico, le legislazioni nazionali, in molti casi, proibiscono esplicitamente qualsiasi discriminazione dei lavoratori migranti<sup>57</sup>. La parità di retribuzione può persino essere una condizione per la concessione di un permesso di lavoro, come in Svizzera dove, ai sensi della legge federale sui cittadini stranieri, un immigrato non può essere assunto a meno che non vengano rispettate le normali condizioni salariali e di lavoro con riferimento alla professione, al settore e alla sede. Questo obbligo di parità di trattamento salariale è, in realtà, una misura di contrasto del *dumping* salariale, in quanto il reclutamento di

---

<sup>54</sup> EUROPEAN COMMISSION AGAINST RACISM AND INTOLERANCE (ECRI), *General Policy Recommendation No. 7 on National Legislation to Combat Racism and Racial Discrimination*, adopted on 13 December 2002 and amended on 7 December 2017, par. 1, lett. b, c.

<sup>55</sup> NU, *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, New York, 7 March 1966 United Nations, *Treaty Series*, vol. 660, 195 (660 UNTS 195 disponibile sul sito <https://treaties.un.org>).

<sup>56</sup> COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF RACIAL DISCRIMINATION (CERD), *General Recommendation VIII concerning the interpretation and application of Article 1, paragraphs 1 and 4 of the Convention*, 38 session, 22 August 1990 (Document A/45/18).

<sup>57</sup> Questo è il caso, ad esempio, di Georgia, Kazakistan, Kenya, Ciad, Timor Est, Togo e Venezuela. In Malesia, i salari minimi stabiliti nel 2012 si applicano anche ai lavoratori migranti, tuttavia i datori di lavoro sono autorizzati a detrarre l'imposta sull'impiego di lavoratori migranti dai loro salari, che comporta, quindi, un salario minimo ridotto. Una detrazione può anche essere fatta per i costi di alloggio.



---

lavoratori stranieri non risulta in questo modo più vantaggioso per i datori di lavoro rispetto a quello dei cittadini svizzeri.

Diversamente, in altri Paesi, soprattutto extraeuropei, non si registra l'applicazione del principio di parità di trattamento ai lavoratori migranti, con conseguenti differenze significative nella determinazione delle retribuzioni<sup>58</sup>.

Tra i fenomeni più noti di sfruttamento dei lavoratori immigrati a livello internazionale, vi è il cd. sistema della *kafālah* (tutela o *sponsorship*) attraverso il quale i Paesi della Penisola arabica controllano i flussi migratori diretti all'interno dei propri confini<sup>59</sup>. Tra i Paesi che fanno maggiormente uso di questo sistema sono da annoverare gli Stati del Consiglio di Cooperazione degli Stati Arabi (Arabia Saudita, Bahrein, Emirati Arabi Uniti, Kuwait, Oman e Qatar). Persino il Libano e la Giordania risultano essere tra gli Stati che si avvalgono di tale pratica<sup>60</sup>. Questo sistema trae origine da una tradizione beduina che affidava gli stranieri, che arrivavano nei Paesi dell'area del Golfo, ai cosiddetti *kāfil* (tutori), i quali avevano il compito di garantire protezione e sicurezza ai loro ospiti<sup>61</sup>.

In seguito allo sviluppo economico che ha caratterizzato i Paesi del Medio

---

<sup>58</sup> Cfr. ILO, *Decent Work Country Programme, Jordan, 2012-15*, March 2012, 11-12. Mentre nel 2013 per un lavoratore saudita 3.000 riyal sauditi (SAR – pari a circa \$ 800) costituiva un salario minimo applicabile, nel 2012 era stato introdotto ai lavoratori domestici stranieri un intervallo salariale minimo di SAR 600–800 (circa US \$ 160-210).

<sup>59</sup> Su una popolazione di circa 35 milioni di persone, si contano, infatti, 13 milioni di stranieri ma il loro numero è in continua crescita. Per un quadro generale della popolazione straniera presente nei Paesi del Golfo nel periodo che va dal 2010 al 2015 si rimanda allo studio GULF LABOUR MARKETS AND MIGRATIONS (GULF RESEARCH CENTRE), *GCC: Total population and percentage of nationals and non nationals in gcc countries (latest-national-statistics-2010-2015)*, consultabile sul sito [www.gulfmigration.eu](http://www.gulfmigration.eu) e alle informazioni presenti sul sito del National Bureau of Statistics (NBS), [www.fcsa.gov.ae](http://www.fcsa.gov.ae).

<sup>60</sup> Per un approfondimento del quadro normativo degli Stati interessati dal fenomeno, si rinvia a M. ALZARHANI, *The System of Kafala and the Rights of Migrant Workers in GCC Countries – With Specific Reference to Saudi Arabia*, in *European Journal of Law Reform*, 16, 2014; M. ZAHRA, *The Legal Framework of the Sponsorship Systems of the Gulf Cooperation Council Countries: A Comparative Examination, Explanatory Note*, in *Gulf Labour Markets and Migration*, 10, 2015; A. RODRIGUES, *The Kafala System in the GCC*, in *The Gazelle*, Marzo 2014, disponibile sul sito: [www.thegazelle.org/issue/33/features/kefala-system](http://www.thegazelle.org/issue/33/features/kefala-system).

<sup>61</sup> In proposito, il rappresentante dell'ILO in Kuwait ha affermato che il sistema della *kafalah* «is a custom, not a code. It is from the culture of the people». Molto interessante l'analisi svolta da F. DI PIETRO, *La Kafalah islamica e le sue applicazioni alla luce della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, marzo 2016, 91-99.



---

Oriente<sup>62</sup>, il significato originario che contraddistingueva il sistema della *kafālah* è mutato in ragione delle politiche migratorie volte all'acquisizione di manodopera a basso costo. Attualmente, ai lavoratori immigrati non viene garantita alcuna tutela, né la possibilità di avere un contratto di lavoro stabile<sup>63</sup>. Orari di lavoro prolungati, attività lavorativa pericolosa, obbligo di vivere in accampamenti sovraffollati, mancanza di accesso all'acqua potabile gratuita in condizioni di caldo estremo, a cui si aggiunge il diniego del diritto a costituire sindacati, fanno parte delle loro ordinarie condizioni di lavoro<sup>64</sup>. Inoltre, il sistema *kafālah* impedisce ai lavoratori migranti di cambiare impiego senza l'autorizzazione del proprio datore di lavoro, né permette loro di lasciare il Paese

---

<sup>62</sup> Per un approfondimento sugli effetti socioeconomici del fenomeno si rimanda a P. FARGUES, N. SHAH, *Socio-economic Impacts of GCC Migration*, 2014, consultabile sul sito <http://gulfresearchmeeting.net>.

<sup>63</sup> Cfr. A. KHANE, H. HARROFF-TAVEL, *The Implications of the Sponsorship System: Challenges and Opportunities*, Economic and Social Commission for Western Asia, Beirut 2011; ILO, *Reform of the kafala (sponsorship system)*, in *Responding to emerging and critical issues*, Policy Brief No. 2, Migrant Forum Asia, 1, in cui si afferma che «the sponsorship system's economic objective rapidly brought into the country in economic boon and expelled during less affluent periods». Cfr. anche M. BALDWIN-EDWARDS, *Labour immigration and labour markets in the GCC countries: national patterns and trends*, The London School of Economics and political science, Kuwait Programme on Development, Governance, and Globalisation in the Gulf States, London, 2011, disponibile su <http://www2.lse.ac.uk>; K. HAMILL, *Policy Paper on Reforming the Sponsorship System for Migrant Domestic Workers: Towards an Alternative Governance Scheme in Lebanon*, KAFA, Royal Norwegian Embassy in Lebanon, Beirut, January 2012; HUMAN RIGHTS WATCH (HRW), *Exported and Exposed: Abuses against Sri Lankan Domestic Workers in Saudi Arabia, Kuwait, Lebanon, and the United Arab Emirates*, 19, 16(C), November 2007, consultabile su [www.hrw.org/sites/default/files/reports/srilanka1107webwcover.pdf](http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/srilanka1107webwcover.pdf); HUMAN RIGHTS WATCH (HRW), *Kuwait: Government pledges to end sponsorship system*, Human Rights Watch online, september 2010; ID, *Walls at Every Turn: Abuse of Migrant Domestic Workers Through Kuwait's Sponsorship System*, Human Rights Watch online, october 2010, in <https://www.hrw.org>; ASIA PACIFIC MISSION FOR MIGRANTS, *The Kafala: Impact and Relation to Migrant Labor Bondage in GCC Countries*, settembre 2014, 27, disponibile su <https://www.apmigrants.org>; N. JANARDAN, *Boom Amid Gloom: The Spirit of Possibility in the 21st Century Gulf*, Berkshire, 2011; A. KAPISZEWSKI, *Asian Versus Arab Workers in the GCC Countries*, saggio presentato al United Nations Expert Group Meeting on International Migration and Development in the Arab Region, Beirut, 15-17, consultabile su [http://www.un.org/esa/population/meetings/EGM\\_Iltmig\\_Arab/P02\\_Kapiszewski.pdf](http://www.un.org/esa/population/meetings/EGM_Iltmig_Arab/P02_Kapiszewski.pdf); A. KHAN, H. HARROFF-TAVEL, *Reforming the Kafala: Challenges and Opportunities in Moving Forward*, ILO Regional Office for the Arab States, in *Asian & Pacific Migration Journal*, 20, 3-4, 2011; MIGRANT FORUM IN ASIA (MFA), *Enhancing the Protection of Indian Migrant Workers in Gulf Countries, through Evidenced Based Capacity Building with Civil Society Organisations and Government*, consultabile su <http://www.migrantrights.org>; MIGRANT RIGHTS, *Bahrain Further Restricts Migrant Rights while Publicly Expressing Concern for Migrants*, 29 June, disponibile su <http://www.migrant-rights.org>.

<sup>64</sup> Nel marzo 2013, la Confederazione internazionale dei sindacati (ITUC) ha presentato una denuncia al Ministero del lavoro del Qatar nei confronti di diverse società del Paese. Nel 2012 il dipartimento per i rapporti di lavoro del Ministero qatariiano ha ricevuto 6000 denunce da parte di lavoratori. L'ITUC e la Federazione internazionale dei lavoratori dell'edilizia e del legno (BWI) hanno segnalato questa situazione e presentato congiuntamente una denuncia all'ILO in relazione alle condizioni di lavoro e alla libertà di associazione in Qatar.



---

senza che questo firmi un permesso di uscita<sup>65</sup>.

Per i Paesi di provenienza dei migranti, invece, il flusso migratorio verso altri Paesi è in genere un fattore positivo per l'economia nazionale, dato che le rimesse inviate ai familiari consente di mantenere al loro interno l'ordine sociale<sup>66</sup>. Alcuni Stati - tra cui l'Etiopia, l'India, l'Indonesia, il Nepal e le Filippine - hanno fissato, però, un salario minimo per i loro cittadini emigrati e vietano alle agenzie di collocamento di assumere i connazionali con un salario più basso. In alcuni casi questi provvedimenti sono stati seguiti da negoziati con le autorità degli Stati ospitanti, al fine di trovare un accordo sui salari minimi applicabili. Tali negoziati, tuttavia, rischiano di introdurre una concorrenza tra i Paesi di origine e, allo stesso tempo, possono dare origine a discriminazioni tra lavoratori migranti in base alla nazionalità<sup>67</sup>.

Lo sfruttamento dei lavoratori immigrati è, in ogni caso, un fenomeno diffuso a livello globale<sup>68</sup>.

## 5. LA NORMATIVA ITALIANA IN MATERIA DI IMMIGRAZIONE

Sacche di sfruttamento di lavoratori migranti sono presenti anche in Italia<sup>69</sup>. Si tratta di una piaga che da decenni investe soprattutto una parte importante del settore

---

<sup>65</sup> In Qatar la forza lavoro nazionale è composta quasi per il 90% da lavoratori migranti e il presidente della commissione nazionale per i diritti umani ha ammesso che i datori di lavoro usano trattenere i passaporti e i salari dei lavoratori migranti, i quali sono costretti a pagare sino a 3500 USD per ottenere un visto dal *kafeel*, o sponsor, ritrovandosi così a dover far fronte a debiti oltremodo elevati.

<sup>66</sup> Cfr. C. JEANGÉY, *Il sistema della kafala e la tutela dei lavoratori migranti nella penisola arabica*, in L. PANELLA, E. SPATAFORA (a cura di), *Studi in onore di Claudio Zanghì*, Torino, 2012, 398.

<sup>67</sup> Questo problema è di fondamentale importanza in ragione dell'importanza delle rimesse inviate dai lavoratori migranti alle loro famiglie. Su questo argomento, WORLD BANK GROUP, *Migration and Development*, Brief 28, October 2017.

<sup>68</sup> Il fenomeno a livello globale è noto da tempo: cfr. E.L. FEIGE, *The underground Economies*, Cambridge University Press, 1989; S. SASSEM, *Informal Economy: Between New Development and Old Regulations*, in *The Yale Law Journal*, vol. 103, n. 8, 1994, 2119 ss.; A. BELLAVISTA, *Il lavoro sommerso*, Torino, 2000, 2 ss.

<sup>69</sup> Sul tema, cfr. M.J. VACCARO, *Livelli normativi: fenomeno migratorio*, Torino, 2008; F. NAPPI, *Il lavoro degli extracomunitari*, Napoli, 2005; ID., *Immigrazione, lavoro ed economia sommersa*, in *DML*, 3, 2006, 457-472; ID., *La disciplina e le politiche in materia di immigrazione*, in *DML*, 2007, 77 ss.; ID., *Immigrazione, lavoro ed economia sommersa*, in *Diritto e Libertà, Scritti in memoria di Matteo Dell'Olio*, II, Torino, 2008, 1070 ss.



---

primario italiano, con pesanti ricadute sui diritti dei lavoratori agricoli e nei confronti di quelle aziende che, rispettando i contratti e le leggi in materia, subiscono un *dumping* ingiusto<sup>70</sup>.

Con la l. 29 ottobre 2016, n. 199, Legge di contrasto al caporalato in agricoltura, e il relativo «Protocollo sperimentale»<sup>71</sup> il legislatore è intervenuto per cercare di arginare il problema, inasprendo il regime sanzionatorio e introducendo azioni positive, in modo da prevenire il fenomeno e creare un collocamento legale. L'art. 10, in particolare, prevede un graduale riallineamento dei trattamenti economici dei lavoratori agli accordi collettivi.

Tali interventi legislativi, però, non hanno ancora prodotto i risultati sperati, facendo cadere nel vuoto quanto stabilito dalla l. 6 marzo 1998, n. 40, c.d. Testo unico sull'immigrazione<sup>72</sup>, che all'art. 2, comma 1, sancisce che allo straniero, comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato, sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti. In particolare, l'art. 2, comma 3, stabilisce il principio generale della "parità di

---

<sup>70</sup> Cfr. C. DA ROLD, *Gli immigrati guadagnano circa il 19% in meno dei "nativi" italiani*, il Sole 24 ORE, 4 luglio 2018. Nel 2017 in media gli immigrati guadagnavano circa il 19% in meno dei nativi con le loro stesse caratteristiche e a parità di occupazione, mentre nel 2009, il divario era del 6%. Si è passati, inoltre, da un iniziale 40% di *gap* salariale fra nativi e immigrati a circa 20% dopo 20 anni dall'arrivo nel paese, ma a più velocità: gli immigrati dell'Europa occidentale hanno in media gli stessi salari dei nativi; gli immigrati dei paesi UE dell'est hanno il divario salariale maggiore rispetto ai nativi (-33%), seguito da quello degli immigrati extra-comunitari (-28%). A ciò si aggiunge il *gender gap*: il divario salariale fra nativi e immigrati è maggiore per le donne immigrate (31% di differenza con le native) che per gli uomini (22% di differenza).

<sup>71</sup> Protocollo sperimentale contro il caporalato e lo sfruttamento lavorativo in agricoltura del 27 maggio 2016 sottoscritto dal Ministero dell'interno, del lavoro e da quello dell'agricoltura, nonché dai Presidenti delle Regioni Basilicata, Calabria, Campania, Puglia, Sicilia e dai rappresentanti delle parti sociali. Il testo è disponibile su: <https://www.lavoro.gov.it>.

<sup>72</sup> Il d.lgs. 25 luglio 1998 n. 286 (*Testo Unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*) è stato modificato dalla l. 189/2002 e dal d.l. 241/2004 conv. in l. 271/2004, dal d.l. 10/2007 conv. in l. 46/2007, dal d.lgs. 203/2016, dal d. l. 4 ottobre 2018, n. 113 convertito, con modificazioni, nella l. 1° dicembre 2018, n. 132 e, da ultimo, d.l. 14 giugno 2019, n. 53, convertito con modificazioni nella l. 8 agosto 2019, n. 77. Cfr. anche l. 94/2009. Le assunzioni dei lavoratori non appartenenti all'UE richiedono, come presupposto indefettibile, la preliminare verifica del possesso di un valido permesso di soggiorno per lavoro subordinato, autonomo o per ricongiungimento familiare, differenziandosi in ciò dai lavoratori appartenenti all'UE per i quali vige il principio di libera circolazione (Trattato FUE art. 45). La dir. 2009/52/CE impone sanzioni severe per la violazione del divieto di assunzione di lavoratori senza permesso di soggiorno.



---

trattamento e piena uguaglianza di diritti rispetto ai lavoratori italiani”, nonché l’obbligo di rispettare le prescrizioni del contratto collettivo applicabile alla fattispecie (art. 27, comma 1-quater).

Il Testo unico sull’immigrazione, peraltro, ai divieti di discriminazione razziale, etnica e religiosa aggiunge espressamente i motivi legati all’origine nazionale, al colore e all’ascendenza (art. 43, comma 1)<sup>73</sup>, e stabilisce un elenco esemplificativo di atti che costituiscono «in ogni caso» un atto discriminatorio. Tra questi atti il legislatore prevede espressamente il caso in cui: «e) il datore di lavoro o i suoi preposti i quali, ai sensi dell’art. 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 o 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. Costituisce discriminazione indiretta ogni trattamento pregiudizievole conseguente all’adozione di criteri che svantaggino in modo proporzionalmente maggiore i lavoratori appartenenti ad una determinata razza, ad un determinato gruppo etnico o linguistico, ad una determinata confessione religiosa o ad una cittadinanza e riguardino requisiti

---

<sup>73</sup> A tale riguardo, si è osservato che la rubrica dell’art. 43 si riferisce alla discriminazione fondata su «motivi razziali, etnici, nazionali, religiosi» a fronte della lettera del comma 1, che estende l’ambito di operatività della norma a fattori di discriminazione ulteriori tra cui: il colore, l’ascendenza o l’origine nazionale, le convinzioni e le pratiche religiose. Analogamente, il comma 2 dell’art. 43 richiama fattori di discriminazione ancora diversi, quali: le confessioni religiose e l’appartenenza ad un gruppo linguistico. Da questo punto di vista, parte della dottrina ha espresso un giudizio positivo intorno alla particolare ampiezza della clausola ex art. 43, comma 1, espressione dell’intenzione del legislatore, consapevole della varietà di manifestazioni in cui si estrinseca il fenomeno discriminatorio, di offrire una copertura ampia e di sanzionare ogni comportamento discriminatorio, senza lasciare zone di dubbio: cfr. P. BONETTI, *La tutela contro le discriminazioni razziali, etniche e religiose. Lineamenti generali e profili costituzionali*, in B. NASCIMBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, 2005, 1084. Nello stesso senso, L. SITZIA, *Pari dignità e discriminazione*, Napoli, 2011, 62. Seppur condivisibile, tale ricostruzione, in mancanza di definizioni precise e univoche dei singoli fattori di discriminazione contemplati, omette, però, di considerare come la tecnica legislativa impiegata possa essere foriera del rischio di determinare situazioni oscillanti, nonché un’eccessiva discrezionalità in fase di interpretazione e di applicazione della normativa da parte dei giudici come evidenziato da L. CASTELVETRI, *La tutela contro le discriminazioni. Profili sostanziali e processuali*, in *La tutela contro le discriminazioni. Profili sostanziali e processuali*, in B. Nascimbene (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, 2004, 1121. Definisce ambigua la portata della tutela contro la discriminazione razziale poiché inserita «in una legge che si rivolge principalmente all’immigrazione’ e agli ‘stranieri’ [e che] fa sorgere interrogativi circa l’applicabilità di tali disposizioni ai cittadini», J. A. GOLDSTON, *Nuove prospettive in tema di discriminazione razziale: considerazioni a partire dalla direttiva 43/2000*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2001, p. 18.



---

non essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa»<sup>74</sup>.

La dottrina si è interrogata, però, intorno alla corretta interpretazione da assegnare alla locuzione impiegata dal legislatore al successivo art. 43, comma 2, lett. c) e d), che si riferisce espressamente allo straniero “regolarmente soggiornante”. Dall'impiego di simile formulazione linguistica si è, dunque, posta la questione della riferibilità dello strumento di tutela apprestato dalla norma anche agli atti discriminatori perpetrati in danno dello straniero irregolare<sup>75</sup>.

La soluzione di segno affermativo, si ricava da una giurisprudenza costituzionale ormai costante nel riconoscere allo straniero la titolarità «di tutti i diritti fondamentali che la Costituzione riconosce spettanti alla persona»<sup>76</sup>, con la conseguenza che «non si possono discriminare gli stranieri, stabilendo, nei loro confronti, particolari limitazioni per il godimento dei diritti fondamentali della persona, riconosciuti invece ai cittadini»<sup>77</sup>. In particolare, la Corte, con riguardo all'ambito soggettivo di applicazione del principio di eguaglianza, ha infatti costantemente

---

<sup>74</sup> Si disciplina anche uno speciale procedimento giurisdizionale caratterizzato da una peculiare speditezza e sommarietà, diretto all'accertamento dell'atto di discriminazione e alla rimozione dei suoi effetti (art. 44 che richiama l'art. 28 d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150) che riprende il modello delle azioni per repressione della condotta antisindacale e di alcune discriminazioni per sesso. Per una ricostruzione del giudizio anche alla luce del d.lgs. n. 215/2003, si veda L. CURCIO, *Le azioni in giudizio e l'onere della prova*, in M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, Milano, 2007, 537 ss.; G. SCARSELLI, *Appunti sulla discriminazione razziale e sulla sua tutela giurisdizionale*, in *RDC*, 2001, 804 ss.

<sup>75</sup> Per un approfondimento: cfr. B. NASCIBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, 2004; E. GROSSO, *Straniero (status dello)*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 5787 e ss.; M.C. LOCCHI, *Facta sunt servanda. Per un diritto di realtà in tema di uguaglianza degli stranieri*, in *QCcost*, 2010, 576 e ss.

<sup>76</sup> Con specifico riferimento all'affermazione di principio secondo cui il principio di eguaglianza ex art. 3, comma 1, Cost. è applicabile anche nei confronti dei non cittadini, si veda Corte cost., 15 giugno 1979, n. 54 del 1979, in *Gcost*, 1979, 413 e ss., dove il Giudice costituzionale ha affermato che: «[i]l testuale riferimento dell'art. 3, primo comma, ai soli cittadini non esclude, in effetti, che l'eguaglianza davanti alla legge sia garantita agli stessi stranieri, là dove si tratti di assicurare la tutela dei diritti inviolabili dell'uomo»; Corte cost., 5 luglio 2001, n. 252, in *Giur. cost.*, 2001, 2168 e ss.; Corte cost., 7 maggio 2008, n. 148, in *Gcost*, 2008, 816 ss.

<sup>77</sup> In questo senso, si vedano, Corte cost., 25 maggio 2010, n. 187, in *Gcost*, 2212 e ss.; Corte cost., 29 luglio 2008, n. 306, in *Gcost*, 3324, con nota di A.M. BATTISTI, *Rilevanza del reddito e adeguatezza della prestazione assistenziale per i cittadini e gli stranieri extracomunitari*, *ivi*, 3338 e ss. Nello stesso senso, si è espressa anche la dottrina, G. BELLAGAMBA, G. CARITI, *La disciplina dell'immigrazione: commento per articolo al Testo unico 25 luglio 1998, n. 286 (come modificato dalla Legge 12 novembre 2004, n. 271)*, Milano, 2005, 321; L. SITZIA, *op. ult. cit.*, 67; D. MAFFEIS, *Il contratto nella società multietnica: è un atto illecito la determinazione di un prezzo doppio per i clienti extracomunitari*, in *GI*, 2006, 954; L. CASTELVETRI, *Le garanzie contro le discriminazioni sul lavoro per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi*, in *DRI*, 1999, 321 ss.



---

ritenuto che il principio abbia valenza generale, indipendentemente dalla natura e dalla qualificazione dei soggetti e, dunque, è operante anche nei riguardi dello straniero. Fin dalla sentenza n. 120 del 1967 il Giudice delle leggi ha costantemente affermato che “il principio di eguaglianza, pur essendo nell’art. 3 della Costituzione riferito ai cittadini, debba ritenersi esteso agli stranieri allorché si tratti della tutela dei diritti inviolabili dell’uomo, garantiti allo straniero anche in conformità dell’ordinamento internazionale”<sup>78</sup>. In tempi più recenti, da quando la libera circolazione delle persone e il fenomeno migratorio verso l’Italia hanno acquisito carattere strutturale, l’affermazione che il godimento dei diritti inviolabili dell’uomo non tollera discriminazioni fra la posizione del cittadino e quella dello straniero è divenuta ancor più pregnante<sup>79</sup>. Più in generale, la Corte ha dichiarato che quando non è in discussione il diritto a soggiornare, non si possono discriminare gli stranieri stabilendo, nei loro confronti, particolari limitazioni per il godimento dei diritti fondamentali della persona, riconosciuti invece ai cittadini<sup>80</sup>, e che la limitazione di provvidenze destinate a far fronte al “sostentamento”, ossia alla sopravvivenza della persona, fondata su requisiti diversi dalle condizioni soggettive, discrimina gli stranieri extracomunitari<sup>81</sup>. La giurisprudenza costituzionale ha anche riconosciuto la legittimità degli interventi delle Regioni che assicurano agli stranieri privi di regolare permesso di soggiorno l’accesso a diritti quali lo studio e la formazione professionale, l’assistenza sociale, il lavoro, l’abitazione, la salute, senza che ciò costituisca, di per sé, interferenza con le competenze statali in materia di immigrazione<sup>82</sup>.

Per quanto concerne l’oggetto della condotta vietata, il comma 1 dell’art. 43

---

<sup>78</sup> Corte cost., 15 novembre 1967, n. 120.

<sup>79</sup> Così, è stato riconosciuto che il diritto ai trattamenti sanitari necessari per la tutela della salute è “costituzionalmente condizionato” dalle esigenze di bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, salva, comunque, la garanzia di “un nucleo irriducibile del diritto alla salute” protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana, il quale impone di impedire situazioni prive di tutela. Tale nucleo irriducibile deve essere riconosciuto anche agli stranieri, qualunque sia la loro posizione rispetto alle norme che regolano l’ingresso ed il soggiorno nello Stato, pur potendo il legislatore prevedere diverse modalità di esercizio dello stesso, poiché “lo straniero presente, anche irregolarmente, nello Stato ha diritto di fruire di tutte le prestazioni che risultino indifferibili ed urgenti [...] trattandosi di un diritto fondamentale della persona”: Corte cost., 5 luglio 2010, n. 252.

<sup>80</sup> Corte cost., 29 luglio 2008, n. 306.

<sup>81</sup> Corte cost., 26 maggio 2010, n. 187.

<sup>82</sup> Corte cost., 21 febbraio 2011, n. 61; Corte cost. 18 ottobre 2010, n. 299.



---

t.u. enuclea quattro tipologie di condotte vietate: la distinzione, l'esclusione, la restrizione e la preferenza. Mentre la nozione di distinzione non pare diversa da quella relativa alla disparità di trattamento imperniata su un giudizio di tipo relazionale tra due o più situazioni tra di loro comparabili o sovrapponibili, la condotta che si sostanzia nell'esclusione oppure nella restrizione può «prescind[ere] da una disparità di trattamento»<sup>83</sup>. Secondo l'impostazione del legislatore del Testo unico, costituiscono condotte discriminatorie, quindi, anche quelle che si risolvono nell'escludere o nell'operare una restrizione in ragione di uno dei fattori di differenziazione evocati dalla norma. Centrale per ricostruire i presupposti della condotta discriminatoria, rilevante ex art. 43, d.lgs. n. 286 del 1998, è anche il riferimento del legislatore all'esigenza che quest'ultima posseda «lo scopo o l'effetto» di ledere il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti umani e delle libertà fondamentali.

Sull'impiego della formula utilizzata, che riguarda la necessità della sussistenza - e, dunque, della prova in giudizio - di un intento lesivo, ossia dell'elemento psicologico del soggetto agente, e un risultato pregiudizievole effettivo ed accertabile nel singolo caso, si sono sviluppati in dottrina orientamenti contrastanti<sup>84</sup>. A riguardo, è possibile individuare almeno tre orientamenti dottrinali. Una linea interpretativa è quella che fa leva sull'intento che muove il soggetto agente a tenere una determinata condotta, sicché la condotta discriminatoria è ancorata all'elemento soggettivo anche in assenza di realizzazione della condotta vietata<sup>85</sup>. La valorizzazione dell'altro requisito è stata, invece, al centro dell'orientamento

---

<sup>83</sup> D. MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Milano, 2007, 62.

<sup>84</sup> Offre una ricostruzione in merito al dibattito dottrinale sviluppatosi intorno all'interpretazione della locuzione «lo scopo o l'effetto», L. SITZIA, *op. ult. cit.*, 79 ss.

<sup>85</sup> Cfr. L. SITZIA, *Pari dignità e discriminazione*, Napoli, 2011, 80. Analogamente M. CENTINI, *La tutela contro gli atti di discriminazione: la dignità umana tra il principio di parità di trattamento ed il divieto di discriminazioni soggettive*, in *Gcost*, 2007, 2405 ss., che rileva, in nota, come «[l]illecito, dunque, può ben essere colposo. Il requisito dello scopo di ledere, in effetti, è richiesto in via alternativa al verificarsi dell'effetto lesivo. È possibile, quindi, che un fatto oggettivamente discriminatorio sia compiuto con lo scopo di ledere ed abbia, in effetti, tale effetto. Tuttavia, può ben accadere - senza che ne venga meno l'illiceità - che il fatto sia stato compiuto con lo scopo di ledere, senza però che tale effetto sia stato sortito e, viceversa, che l'atto abbia avuto l'esito discriminatorio, ma non sia stato assistito dalla volontà di ledere. Il che equivale a dire che l'illecito è punito anche se compiuto per colpa, in piena conformità alla struttura codicistica dell'illecito aquiliano, ma anche se la discriminazione risultasse involontaria o incolpevole, evocando così ipotesi di responsabilità oggettiva o presunta, del resto non aliene dal nostro sistema codicistico».



---

sviluppatosi nella dottrina giuslavorista, favorevole ad un'interpretazione eminentemente oggettiva della nozione di discriminazione a nulla rilevando l'elemento soggettivo che muove il soggetto agente, così disconoscendo autonomia di significato alla nozione di «scopo»<sup>86</sup>. A queste due impostazioni, si aggiunge una terza ipotesi di lettura, che costruisce la nozione di discriminazione includendovi «non solo le condotte poste in essere con la specifica intenzione di nuocere, ma anche quelle che, prive di uno scopo lesivo, comportino comunque un effetto pregiudizievole, senza che quindi appaia necessaria la presenza dell'elemento del dolo ovvero della volontà di discriminare»<sup>87</sup>.

Un altro punto problematico ha riguardato la maggiore protezione riservata al migrante da parte del Testo unico sull'immigrazione rispetto al successivo d.lgs. n. 215 del 2003, che esclude la discriminazione in base alla nazionalità. Tuttavia, sia la dottrina che la giurisprudenza hanno risolto la questione nel senso della tesi della c.d. somma delle tutele apprestate dalle due normative<sup>88</sup>. In ogni caso, ai sensi dell'art. 2126 c.c. secondo cui «se il lavoro è stato prestato con violazione di norme poste a tutela del prestatore di lavoro, questi ha in ogni caso diritto alla retribuzione», anche i lavoratori privi di permesso di soggiorno hanno diritto agli obblighi retributivi e previdenziali, salvo il caso in cui vi sia la illiceità dell'oggetto o della causa della prestazione lavorativa<sup>89</sup>.

---

<sup>86</sup> Così, tra gli altri, G. DE SIMONE, *Eguaglianza e nuove differenze nei lavori flessibili, fra diritto comunitario e diritto interno*, in *LD*, 2004, 527 ss.

<sup>87</sup> P. BONETTI, *La tutela contro le discriminazioni razziali, etniche e religiose. Lineamenti generali e profili costituzionali*, in B. NASCIBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, 2004, 1082. Anche il Tribunale di Bologna, ord. 22 febbraio 2001, *Togo e altro c. la Tribuna* ha affermato che «non vale ad escludere la responsabilità, l'eventuale prova dell'assenza di dolo [...]. Può anche, infatti, darsi credito ai [convenuti] allorché affermano che la mancata schermatura [...] fu dovuta ad un errore di valutazione del grafico [...], ma, ugualmente andrebbe ravvisata la condotta discriminatoria che l'art. 43 del T.U. sull'immigrazione individua non solo in quella che ha lo scopo ma anche in quella che produce 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».

<sup>88</sup> Così, tra gli altri, T. Milano, 29 settembre 2010, in *RCDL*, 2010, 875 ss.; T. Brescia, 26 gennaio 2009, *RCDL*, 2009, 277 ss. In entrambi i casi, si trattava di ordinanze con cui erano stati dichiarati discriminatori i provvedimenti delle amministrazioni comunali che avevano escluso dall'erogazione di *bonus bebè* le coppie in cui entrambi i componenti fossero sprovvisti della cittadinanza italiana.

<sup>89</sup> Cfr. Cass., 26 marzo 2010, n. 7380 e Cass., 5 novembre 2010 n. 22559, in *MGL*, 2011, 363. È consentito anche l'accesso al lavoro pubblico, con esclusione dell'esercizio di pubblici poteri o di tutela



---

L'evoluzione del diritto antidiscriminatorio nazionale in materia di discriminazione del lavoratore migrante extracomunitario si caratterizza quindi, come per gli altri fattori discriminatori, per il forte intreccio tra il diritto nazionale e il diritto dell'Unione Europea. Tuttavia, la tutela predisposta dal legislatore italiano risulta essere più ampia laddove si stabilisce un preciso divieto di discriminazione e un obbligo di parità di trattamento.

Si tratta, di norme poste a protezione dei lavoratori extracomunitari immigrati, ma che, a ben vedere, tutelano anche i lavoratori italiani e comunitari dalla concorrenza sleale posta in atto dallo sfruttamento della manodopera a basso costo.

## BIBLIOGRAFIA

ALZARHANI Majed. The System of Kafala and the Rights of Migrant Workers in GCC Countries – With Specific Reference to Saudi Arabia, in *European Journal of Law Reform*, 16, 2014.

ASIA PACIFIC MISSION FOR MIGRANTS, *The Kafala: Impact and Relation to Migrant Labor Bondage in GCC Countries*, September 2014.

BALDWIN-EDWARDS. Martin. *Labour immigration and labour markets in the GCC countries: national patterns and trends*, The London School of Economics and political science, Kuwait Programme on Development, Governance, and Globalisation in the Gulf States, London, 2011.

BARBERA, Marzia. **Il nuovo diritto antidiscriminatorio: il quadro comunitario e nazionale**, Milano, 2007.

BARBERA, Marzia. Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario, in **DLRI**, 3/4, 2003.

BATTISTI, Anna Maria. Rilevanza del reddito e adeguatezza della prestazione assistenziale per i cittadini e gli stranieri extracomunitari, in **GCost**, 2008.

BELL, Mark. Combating racism through European Laws: a comparison of the Racial Equality Directive and Protocol 12, in CHOPIN Isabelle, NIESSEN Jan (a cura di), Combating racial and ethnic discrimination: taking the European legislative agenda

---

di interessi nazionali (Corte cost., 15 aprile 2011, n. 139, in *MGL*, 12, 972; Cass., 2 settembre 2014, n. 18523).



---

further, **Commission for Racial Equality/Migration Policy Group**, Bruxelles-London, 2002.

BELLAGAMBA Gianni, CARITI Giuseppe. **La disciplina dell'immigrazione: commento per articolo al Testo unico 25 luglio 1998, n. 286 (come modificato dalla Legge 12 novembre 2004, n. 271)**, Milano, 2005, 321;

BELLAVISTA, Alessandro. **Il lavoro sommerso**, Torino, 2000.

BONETTI, Paolo. La tutela contro le discriminazioni razziali, etniche e religiose. Lineamenti generali e profili costituzionali, in B. NASCIMBENE (a cura di), **Diritto degli stranieri**, Padova, 2005.

BOZA MARTÍNEZ, Diego. Un paso más contra la discriminación por razón de nacionalidad, in **Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional**, 7, 2005.

BRENNAN, Fernne. The Race Directive: Recycling Racial Inequality, in **Cambridge Yearbook of Legal Studies**, 2002-2003.

CASTELVETRI, Laura. La tutela contro le discriminazioni. Profili sostanziali e processuali, in La tutela contro le discriminazioni. Profili sostanziali e processuali, in NASCIMBENE B. (a cura di), **Diritto degli stranieri**, Padova, 2004.

CASTELVETRI, Laura. Le garanzie contro le discriminazioni sul lavoro per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, in **DRI**, 1999.

CENTINI, Matteo. La tutela contro gli atti di discriminazione: la dignità umana tra il principio di parità di trattamento ed il divieto di discriminazioni soggettive, in **Gcost**, 2007.

CHALMERS Damian, DAVIES Gareth, MONTI Giorgio, **European Union Law**. Text and Materials, Cambridge, 2014.

CHALMERS Damian. **The Mistakes of the Good European?, in FREDMAN S. (a cura di), Discrimination and Human Rights. The case of racism**, Oxford, 2001.

CHIECO, Pasquale. Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione, in **RIDL**, 1, 2002.

CHOLEWINSKI, Ryszard. Borders and Discrimination in **the European Union**, London - Brussels, 2002.

CISOTTA, Roberto. Il principio di non discriminazione basata sulla razza o sull'origine etnica nella sent. 10 luglio 2008, C-54/07, Feryn, in CASTANGIA I., BIAGIONI G. (a cura di), **Il principio di non discriminazione nel diritto dell'Unione europea**, Napoli, 2011.



---

COSTELLO Cathryn, BARRY Eilis (a cura di). *Equality in Diversity: The New Equality Directives*, Irish Centre for European Law, 2003.

DA ROLD, Cristina. **Gli immigrati guadagnano circa il 19% in meno dei “nativi” italiani, il Sole 24 ORE**, 4 luglio 2018.

DE SIMONE, Gisella. Eguaglianza e nuove differenze nei lavori flessibili, fra diritto comunitario e diritto interno, in **LD**, 2004.

DE WITTE, Bruno. The Constitutional Resources for an EU Minority Protection Policy, in ELLIS Evelyn, Watson Philippa. EU *Anti-Discrimination Law*, Oxford, 2005.

DI PIETRO, Federica. La Kafalah islamica e le sue applicazioni alla luce della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, in **Ordine internazionale e diritti umani**, marzo 2016.

FABIANO, Laura. “Le parole come pietre” nel diritto antidiscriminatorio comunitario, in **Diritto pubblico comparato ed europeo**, 4, 2008.

FEIGE, Edgar. *The underground Economies*, Cambridge University Press, 1989.

FREDMAN, Sandra. Equality: A New Generation?, in *Industrial Law Journal*, 2001.

GOLDSTON, James. Nuove prospettive in tema di discriminazione razziale: considerazioni a partire dalla direttiva 43/2000, in **Diritto, immigrazione e cittadinanza**, 2001.

GROSSO, Enrico. Straniero (status dello), in CASSESE S. (a cura di), **Dizionario di diritto pubblico**, Milano, 2006.

GUILD, Elspeth. The EC Directive on Race Discrimination: Surprises, Possibilities and Limitations, in *Industrial Law Journal*, 2000.

GUILD, Elspeth. *The Legal Elements of European Identity – EU Citizenship and Migration Law*, London, 2004.

HAMILL, Kathleen. *Policy Paper on Reforming the Sponsorship System for Migrant Domestic Workers: Towards an Alternative Governance Scheme in Lebanon*, KAFA, Royal Norwegian Embassy in Lebanon, Beirut, January 2012.

HENRARD, Kristin. **The First Substantive ECJ Judgment on the Racial Equality Directive: A Strong Message in a Conceptually Flawed and Responsively Weak Bottle**, Jean Monnet Working Paper 09/09, 2009.

HEPPLE, Bob. Race and Law in Fortress Europe, in **The Modern Law Review**, 67,1, 2004, 3.



---

HUMAN RIGHTS WATCH (HRW), *Exported and Exposed: Abuses against Sri Lankan Domestic Workers in Saudi Arabia, Kuwait, Lebanon, and the United Arab Emirates*, 19, 16(C), November 2007.

HUMAN RIGHTS WATCH (HRW), *Kuwait: Government pledges to end sponsorship system*, Human Rights Watch online, September 2010.

HUMAN RIGHTS WATCH (HRW), *Walls at Every Turn: Abuse of Migrant Domestic Workers Through Kuwait's Sponsorship System*, Human Rights Watch online, October 2010.

IZZI, Daniela. Il divieto di discriminazione preso sul serio, in *RGL*, 4, 2008

JANARDAN, Narayanappa. *Boom Amid Gloom: The Spirit of Possibility in the 21st Century Gulf*, Berkshire, 2011.

JEANGHEY, Christine. Il sistema della kafala e la tutela dei lavoratori migranti nella penisola arabica, in PANELLA L., SPATAFORA E. (a cura di), *Studi in onore di Claudio Zanghì*, Torino, 2012.

KAPISZEWSKI, Andrzej. Asian Versus Arab Workers in the GCC Countries, saggio presentato al United Nations Expert Group Meeting on International Migration and Development in *the Arab Region*, Beirut, 15-17, May 2006.

KHAN Azfar, HARROFF -TAVEL Hélène. Reforming the Kafala: Challenges and Opportunities in Moving Forward, ILO Regional Office for the Arab States, in *Asian & Pacific Migration Journal*, 20, 3-4, 2011.

KHAN Azfar, HARROFF -TAVEL Hélène. *The Implications of the Sponsorship System: Challenges and Opportunities*, Economic and Social Commission for Western Asia, Beirut, 2011.

LETSAS, George. The truth in autonomous concepts: how to interpret the ECHR, in *European Journal of International Law*, 15, 2, 2004.

LOCCHI, Maria Chiara. Facta sunt servanda. Per un diritto di realtà in tema di uguaglianza degli stranieri, in *QCost*, 2010.

MAFFEIS, Daniele. Il contratto nella società multi-etnica: è un atto illecito la determinazione di un prezzo doppio per i clienti extracomunitari, in *GI*, 2006.

MAFFEIS, Daniele. *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Milano, 2007.

MAKKONEN, Timo. *Equal in Law, Unequal in Fact. Racial and ethnic discrimination and the legal response thereto in Europe*, Leiden, 2012.



- 
- NAPPI, Severino. **Il lavoro degli extracomunitari**, Napoli, 2005.
- NAPPI, Severino. **Immigrazione, lavoro ed economia sommersa**, in **Diritto e Libertà, Scritti in memoria di Matteo Dell'Olio**, II, Torino, 2008.
- NAPPI, Severino. Immigrazione, lavoro ed economia sommersa, in **DML**, 3, 2006.
- NAPPI, Severino. La disciplina e le politiche in materia di immigrazione, in **DML**, 2007.
- NASCIMBENE B. (a cura di), **Diritto degli stranieri**, Padova, 2004.
- NUNIN, Roberta. Recepimento delle direttive comunitarie in materia di lotta contro le discriminazioni, in **Lav. giur.**, 2003.
- RODRIGUES, Andres. The Kafala System in the GCC, in *The Gazelle*, Marzo 2014.
- SASSEM, Saskia. Informal Economy: Between New Development and Old Regulations, in **The Yale Law Journal**, vol. 103, n. 8, 1994.
- SAVINO F., Il divieto di discriminazione per motivi di razza e origine etnica: problemi di effettività, in **RIDL**, 2011.
- SCARSELLI, Giovanni. Appunti sulla discriminazione razziale e sulla sua tutela giurisdizionale, in **RDC**, 2001.
- SITZIA, Luca. **Pari dignità e discriminazione**, Napoli, 2011.
- STRAZZARI, Davide. Discriminazione razziale e accesso al lavoro: il caso Feryn. Corte di giustizia e discriminazione razziale: ampliata la tutela della discriminazione diretta?, in **RGL**, 4, 2008.
- STRAZZARI, Davide. **Discriminazione razziale e diritto. Un'indagine comparata per un modello 'europeo' dell'antidiscriminazione**, Padova, 2008.
- THÜRER Daniel, DOLD Beat. Rassismus und Rule of Law - Erstmalige Verurteilung wegen Rassendiskriminierung durch den EGM R? Gleichzeitige Besprechung des Urteils vom 26. Februar 2004 – Nachova u. a. gegen Bulgarien, in **Europäische Grundrechte- Zeitschrift**, 1, 2005.
- TOGGENBURG, Gabriel N. The Race Directive: A New Dimension in the Fight against Ethnic Discrimination in Europe, in *European Yearbook on Minority Issues*, 2, 2001.
- TOGGENBURG, Gabriel N. (a cura di), **Minority Protection and the Enlarged European Union: The Way Forward**, Open Society Institute, 2004.
- VACCARO, Maria Josè. **Livelli normativi: fenomeno migratorio**, Torino, 2008.



---

WORLD BANK GROUP, *Migration and Development*, Brief 28, october 2017.

ZAHRA, Maysa. *The Legal Framework of the Sponsorship Systems of the Gulf Cooperation Council Countries: A Comparative Examination*, Explanatory Note, in *Gulf Labour Markets and Migration*, 10, 2015.

