

## DISCIPLINA COMUNITARIA E DISCIPLINA NAZIONALE IN MATERIA di ANTIDISCRIMINAZIONE

### *Attualità del tema*

L'argomento è di forte attualità anche se a dire il vero la disciplina, sia nazionale che europea, ha già qualche anno. E' indubbio, però, che alcune decisioni recentemente assunte in Italia (il riferimento va innanzitutto a livello nazionale alla proposta di prevedere la raccolta delle impronte digitali dei rom mentre a livello locale si sono state alcune delibere (vedi in particolare quelle del Comune di Verona in materia di accesso alle case popolari, al problema del velo islamico, .....)) hanno assunto gli onori della cronaca ed hanno suscitato non poche perplessità.

### *Quadro normativo di riferimento*

Preliminarmente va definito il quadro normativo.

L'attenzione in particolare va appuntata sul T.U. in materia di immigrazione il D. Lgs 25.07.1998 n. 286 ed in particolare gli artt. 43 ( nozione discriminazione ) e 44 ( azioni civili ).

Vanno poi considerate con particolare attenzione le direttive europee adottate nel periodo 2000-2006 nonché la normativa nazionale di attuazione.

### *D. Lgs n. 286/98 – Testo unico immigrazione*

Prima dell'attuazione delle direttive del 2000 il fenomeno della discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali e religiosi era disciplinato dal T.U. sull'immigrazione n. 286/1998.

La disciplina è di particolare importanza ed interesse e pone al giurista problemi di tipo sostanziale e processuale. Sotto il primo profilo si tratta di individuare cosa debba intendersi per atto di discriminazione razziale ( art. 43 ) mentre sotto il secondo profilo si tratta di stabilire che tipo di tutela il soggetto leso da simili atti possa invocare ( art. 44 ).

### *Il problema della individuazione dei comportamenti e/o atti di discriminazione razziale*

Quanto al primo aspetto del problema il legislatore sembra individuare due tipi di **discriminazione razziale**: una discriminazione che potremmo definire **tipica** ( 43, 2 comma ) che si ha quando si è in presenza di un atto e/o comportamento che la stessa legge configura come tale ed una discriminazione che potremmo definire **atipica** ( 43, 1 comma ) che si ha con riguardo ad ogni comportamento che direttamente o indirettamente comporti una distinzione, esclusione, restrizione, o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine etnica, le convinzioni e le pratiche religiose e che abbia lo scopo di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, di diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e culturale e di ogni altro settore della vita pubblica.

Mentre le ipotesi di discriminazione tipica comprendono gli atti espressamente indicati come tali dal legislatore con il **comma secondo** dell'art. 43 del TU, le ipotesi di discriminazione atipica fanno riferimento all'espressione generale utilizzata dal **primo comma** dell'art. 43 del TU.

I primi, pertanto, sono già individuati dal legislatore, i secondi vanno individuati dall'interprete.

### *Atti non riconducibili nella nozione di discriminazione di cui art. 43*

A fronte di comportamenti che direttamente o indirettamente creano distinzioni, esclusioni, .... vi sono comportamenti che non hanno alcuna rilevanza giuridica. Così un soggetto potrebbe ritenere di non salutare gente di colore, di socializzare o meno con un certo gruppo di persone, di dare o non dare il saluto,.....Difficilmente si potrà sostenere che tali comportamenti possono concretizzarsi in atteggiamenti discriminatori, giuridicamente rilevanti. Non sono sanzionabili tutti i comportamenti astrattamente discriminatori ma solo quelli che abbiano la capacità di compromettere i diritti umani e le libertà fondamentali ( art. 43 ). In definitiva le fattispecie previste nell'art. 43 hanno ad oggetto solo atti o comportamenti giuridicamente rilevanti, poiché i fatti irrilevanti non possono che rientrare nell'ambito del diritto di libertà della persona e posso essere riprovevoli sotto il profilo sociale-morale ma difficilmente giuridicamente illeciti, e quindi, discriminatori per gli effetti di cui agli art. 43 e 44 TU.

### **Le ipotesi di cui al 2 comma art. 43 ( c.d. ipotesi tipiche)**

Le ipotesi di cui al secondo comma sono tutte riferite a comportamenti comunque già illeciti. Esaminiamole singolarmente.

- a) **pubblico ufficiale**.... compia od ometta atti .....Anche se non vi sono motivi razziali il pubblico ufficiale che rifiuta un atto del suo ufficio commette un atto illecito ( penale ). Si tratta allora in questo caso di atti di per sé illeciti o contrari all'ordinamento anche a prescindere dalla norma del TU.
- b) chiunque imponga condizioni più svantaggiose....o rifiuti beni o servizi **offerta al pubblico**....Vi è anche in questo caso un illecito a prescindere dai connotati razziali. L'offerta al pubblico è regolata dall'art. 1336 c.c. e si perfeziona sulla base della sola accettazione. Il rifiuto dell'offerta accettata è sempre atto illecito.
- c) chiunque **illegittimamente** imponga condizioni più svantaggiose....L'illegittimità della condotta viene individuata dallo stesso tenore letterale della norma.
- d) chiunque **impedisca l'esercizio di attività economica** legittimamente intrapresa.....Anche qui l'iniziativa economica privata è libera ai sensi dell'art. 41 Costituzione. Impedire l'esercizio di una attività economica lecita costituisce sempre atto illecito a prescindere dalla motivazione razziale.
- e) **Datore di lavoro**.... che compie comportamenti che producono effetti pregiudizievoli....L'illegittimità dell'atto è già determinato dal richiamo allo statuto dei lavoratori nonché alla legge 108/90 ( ?? ).

La natura discriminatoria di tali condotte fa scattare la tutela di cui all'art. 44 TU.

### **Le residuali ipotesi di discriminazione razziale (c.d. ipotesi atipiche – art. 43, 1 comma).**

L'analisi delle fattispecie discriminatorie previste nel secondo comma dell'art. 43 porta ad affermare la centralità delle fattispecie considerate già illecite in base ad altre fonti. Queste fattispecie, però, non esauriscono le possibili condotte discriminatorie perché esiste un settore di comportamenti razziali ( quelli dell'ipotesi sub. c sopra citata ) che hanno per oggetto scelte di libertà dei privati non considerate illecite. Per queste si rende necessario individuare quella sintesi libertà/divieto sopra menzionata.

Ora in via generale credo si debba affermare che la regola generale è quella dettata dal primo comma dell'art. 43 ...è discriminazione ogni comportamento.....salvo però alcune eccezioni. Tali eccezioni debbono riguardare:

1. *i contratti c.d. intuitu personae*. Così è sempre libera la scelta della persona con cui contrarre il matrimonio.
2. *negozi aventi spirito di liberalità* ( donazioni, testamenti, ...) tali negozio debbono essere sempre liberi in quanto si basano su valutazioni del tutto personali.
3. *comportamenti meramente passivi od omissivi se il corrispondente comportamento attivo non è previsto dalla legge come obbligatorio* ( se è obbligatorio è un illecito se non è obbligatorio non può però essere atto discriminatorio ). Qui vi potrebbe rientrare il diritto a non negoziare ovvero del diritto a scegliersi la persona con cui negoziare.

Escluse queste eccezioni resta la regola generale del primo comma.

### **La direttiva CEE n. 43/00 e il d. lgs. 215/03**

La direttiva sopra citata trova fondamento nel Trattato di Amsterdam ed in particolare nell'art. 13 ove si afferma che “l'Unione si fonda sui principi di libertà, democrazia rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali ..... principi comuni agli Stati membri”. Traendo ispirazione da tali criteri l'Unione ha voluto estendere il principio di non discriminazione ad altri ambiti, oltre a quelli della nazionalità e della parità di retribuzione tra uomini e donne.

Per attuare tali finalità le direttive, in particolare quella n. 43/00, prevedono l'istituzione di appositi organismi con finalità specifica di promuovere la parità di trattamento.....

La direttiva mira ad attuare il principio di parità di trattamento combattendo le discriminazioni fondate sulla razza e sulle origini etniche.

La nozione di discriminazione è piuttosto ampia e comprende:

**discriminazione diretta** che si ha quando *un persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe stata trattata un'altra in situazione analoga* ( art. 2 lett. a ) e ciò per motivi razziali e/o di origine etnica nella dir. 43 e per motivi di religione, convinzioni personali, handicap, età, tendenze sessuali, nella dir. 73. ( es. assegnazione di incarichi in base al colore della pelle, ...)

**discriminazione indiretta** che si ha quando *una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri possono mettere le persone in una situazione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone* ( art. 2 lett. b ) ( esempio un'impresa vieta l'uso di copricapi, discriminando le donne mussulmane ovvero porre il requisito dell'altezza in caso di assunzione )

**le molestie** Sono considerate discriminazioni *le molestie ovvero quei comportamenti indesiderati aventi lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante od offensivo.*

C'è da aggiungere però che in forza della successiva modifica nell'art. 5 operata dal D. L. n. 59/08 è stata eliminata tale discriminazione riconoscendosi la legittimità alle organizzazioni sindacali, senza altra specificazione.

Qualche seppur breve considerazione merita poi il problema della tutela accordata dalla direttiva all'**handicap**. Qui sarebbe interessante affrontare la portata della nozione – vedi C.G. 13/06 ( disabilità, handicap, invalidità inabilità.....) Alla luce della giurisprudenza sembra si debba fa riferimento a limitazioni gravi, funzionali, di lunga durata oppure permanenti ( vedi sentenza Mangold ma anche Pfeiffir ).

Certo è una novità l'aver ricompreso nella nozione di discriminazione anche la disabilità.

Sul punto si osserva come nella coscienza collettiva sia comunemente accettata l'idea che i disabili godano in modo parziale dei diritti e delle libertà riconosciute a tutti i cittadini ed usufruiscano in modo largamente inferiore dei beni primari quali lavoro, istruzione, ..... e ciò in quanto - in una società basata sul mutuo vantaggio - essi ricevono, comunque, più di quanto danno. Così i disabili possono essere oggetto di interventi assistenziali o caritatevoli, ma non sono ritenuti in grado di contribuire da eguali alla cittadinanza attiva.

Questa idea di fondo sembra essere abbandonata dalla direttiva 73 che da un lato contrasta gli atti discriminatori fondati sull'handicap e dall'altro introduce l'obbligo di adottare soluzioni ragionevoli (art. 5) che adattino l'ambiente e le condizioni di lavoro alle persone disabili, consentendo loro di accedere ad un lavoro di svolgerlo, avere una promozione, ricevere una formazione. Si tratta di un obbligo negativo cui è collegato un obbligo positivo.( Sulla disabilità si veda anche Convenzione ONU 13.12.06 sui diritti dei disabili – L. 12.03.1999 norme per il diritto al lavoro dei disabili). La vera novità consiste nel guardare alla questione della disabilità non in termini assistenziali ma come una questione di diritti umani e di partecipazione alla vita della comunità.

### ***La direttiva 2000/78/CE e la sua attuazione tramite il d.lgs. 216 del 09.07.2003.***

**La direttiva 2000/78/CE, approvata dal Consiglio Europeo il 27 novembre 2000, stabilisce un quadro generale per la parità del trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro. L'art. 7 della direttiva in oggetto, infatti, prevede l'adozione di misure dirette ad evitare o a compensare svantaggi correlati ad una delle cause di discriminazione, allo scopo di assicurare la completa parità nella vita professionale.**

Il 9 luglio 2003 è stato approvato il d.lgs. n. 216/2003, relativo all'attuazione della direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro. Le disposizioni di tale decreto stabiliscono il divieto, al momento dell'assunzione e durante la vigenza del contratto di lavoro, di discriminare in base alla religione professata, alle convinzioni personali, alla presenza di handicap, all'età e all'orientamento sessuale.

L'art. 1 del d.lgs. n. 216/2003, nel ribadire il principio di parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla religione professata, dalle convinzioni personali, dalla presenza di handicap, dall'età e dall'orientamento sessuale, prevede l'attuazione di misure necessarie affinché tali fattori non siano causa di discriminazione, ma considerino il diverso impatto che tali forme di discriminazioni possono avere su uomini e donne. Questa disposizione parte dall'assunto sempre

più condiviso: la parità di trattamento non può essere in alcun modo garantita da disposizioni che la sanciscono a livello formale e non sostanziale.

Per la prima volta in Italia, una legge sancisce in modo esplicito il divieto di discriminare le persone in base al loro orientamento sessuale. Ciò è significativo anche se l'ambito di applicazione della normativa sia limitato al contesto lavorativo.

Peraltro, si rileva che per “*convinzioni personali*” devono intendersi non le mere idee che ciascuna persona esprime sui diversi fatti del vivere quotidiano, bensì le sue convinzioni politico-ideologiche, ovvero quel bagaglio di esperienze, convincimenti ideologici, politici, morali e sociali che incorre a formare la personalità di un individuo differenziandolo e qualificandolo come tale nella generalità dei rapporti sociali (tale interpretazione è stata desunta dalla sentenza del Tribunale di Ariano Irpino, 3 febbraio 2004, in [www.diritto.it](http://www.diritto.it), Osservatorio mobbing, a cura di R. Staiano).

### **Nozione di discriminazione**

La nozione di discriminazione contenuta nel d.lgs. n. 216/2003, oltre ad essere il frutto dell'elaborazione giurisprudenziale comunitaria, riprende la formulazione della direttiva 2000/78/CE. Pertanto, la discriminazione risulta distinguibile in diretta e indiretta. La discriminazione diretta, ex art. 2, comma 1, lett. a, sussiste quando:

*“Per religione, per convinzioni personali, per handicap, per l'età o per orientamento sessuale, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata, o sarebbe stata trattata un'altra in situazione analoga.”*

La discriminazione indiretta, ex art. 2, comma 1, lett. b, si verifica quando:

*“Una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri possono mettere le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di handicap, le persone di particolare età o di un orientamento sessuale in una situazione di particolare svantaggio rispetto alle altre persone.”*

Ad esempio di tale tipologia di discriminazione, appare rilevante ricordare che il Tribunale di Milano (sentenza 07 gennaio 2005, in Lavoro nella Giurisprudenza, 2005, 1166) indica l'adozione del criterio della pensionabilità, ai fini del licenziamento, quale fatto di discriminazione indiretta in ragione all'età con conseguente nullità del criterio e invalidità del licenziamento.

Vengono incluse nella nozione di discriminazione anche le molestie, ovvero ex art. 2, comma 3:

*“Quei comportamenti indesiderati, posti in essere per uno dei motivi di cui all'articolo 1, aventi lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante od offensivo.”*

Inoltre, secondo l'art. 2, comma 4:

*“L'ordine di discriminare persona a causa della religione professata, delle convinzioni personali, dell'handicap, dell'età o dell'orientamento sessuale è considerata una discriminazione ai sensi del comma 1.”*

Nella definizione di molestie rientra quell'insieme di condotte datoriali definito come mobbing. Infatti, la fattispecie del mobbing è strutturata in maniera da ricomprendere un'ampia categoria di atti vessatori attuati con sistematicità per un certo periodo di tempo, e tra tali atti vanno sicuramente incluse anche le condotte connotate da un intento discriminatorio. In altri termini la connotazione discriminatoria rileva sia come una delle modalità con cui il mobbing si può manifestare, sia come comportamento illegittimo in sé.

Invero è noto che la sociologia ha mutuato il termine mobbing da una branca dell'etologia per designare un complesso fenomeno consistente in una serie di atti o comportamenti vessatori protratti nel tempo, posti in essere nei confronti di un lavoratore da parte dei componenti del gruppo in cui è inserito o dal suo datore di lavoro, caratterizzati dall'intento di persecuzione ed emarginazione finalizzato all'obiettivo primario di escludere la vittima dal gruppo. Va rilevato, però, che all'interno del nostro ordinamento giuridico, risulta assente una disciplina a livello di normazione primaria avente ad oggetto specifico il mobbing.

Dalla precedente analisi della nozione di discriminazione, e dal successivo esame dell'ambito di applicazione, appare evidente che il d.lgs. n. 216/2003 non punisce le discriminazioni tout court, né i comportamenti mobbizzanti, se non ove ricorra almeno uno dei motivi indicati all'art. 1, ossia nell'ipotesi in

cui un dato comportamento determini la discriminazione di una persona in ragione della sua religione, delle sue convinzioni personali, dell'handicap, dell'età e dell'orientamento sessuale (tale interpretazione è stata desunta dalla sentenza del Tribunale di Ariano Irpino, 3 febbraio 2004, cit.).

### ***Ambito di applicazione***

Il d.lgs. n. 216/2003 si applica a tutti gli individui che risiedono, ufficialmente o meno, nell'Unione Europea e che risultino svolgere la propria attività lavorativa nel settore pubblico o privato. L'applicazione riguarda, ex art. 3, comma 1, le seguenti aree:

- a) *“accesso all'occupazione e al lavoro, sia autonomo che dipendente, compresi i criteri di selezione e le condizioni di assunzione;*
- b) *occupazione e condizioni di lavoro, compresi gli avanzamenti di carriera, la retribuzione e le condizioni di licenziamento;*
- c) *accesso a tutti i tipi e livelli di orientamento e formazione professionale, perfezionamento e riqualificazione professionale, inclusi i tirocini professionali;*
- d) *affiliazione e attività nell'ambito di organizzazioni di lavoratori, di datori di lavoro o di altre organizzazioni professionali e prestazioni erogate dalle medesime organizzazioni.”*

All'interno del d.lgs. n. 216/2003, per comodità di analisi, si può distinguere un nucleo di esenzioni comune al d.lgs. 215/2003. In questa parte, sono fatte salve dall'applicazione del decreto legislativo:

- le differenze di trattamento che, in ragione della natura dell'attività lavorativa o per contesto in cui essa viene espletata, siano dovute a caratteristiche che costituiscono un requisito essenziale e determinante, ex art. 3, comma 3:

*“Nel rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, nell'ambito del rapporto di lavoro o dell'esercizio dell'attività di impresa, non costituiscono atti di discriminazione ai sensi dell'art. 2 quelle differenze di trattamento dovute a caratteristiche connesse alla religione, alle convinzioni personali, all'handicap, all'età o all'orientamento sessuale di una persona, qualora, per natura dell'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, si tratti di caratteristiche che costituiscono un requisito essenziale e determinante ai fini dello svolgimento dell'attività medesima. Parimenti, non costituisce atto di discriminazione la valutazione delle caratteristiche suddette ove esse assumano rilevanza ai fini dell'idoneità allo svolgimento delle funzioni che le forze armate e i servizi di polizia, penitenziari o di soccorso possono essere chiamati ad esercitare.”*

- le differenze di trattamento, che pur risultando indirettamente discriminatorie siano giustificate oggettivamente da finalità legittime, ex art. 3, comma 6:

*“Non costituiscono, comunque, atti di discriminazione ai sensi dell'art. 2 le differenze di trattamento che, pur risultando indirettamente discriminatorie, siano giustificate oggettivamente da finalità legittime perseguite attraverso mezzi appropriati e necessari. In particolare, resta ferma la legittimità di atti diretti all'esclusione dallo svolgimento di attività lavorativa che riguardi la cura, l'assistenza l'istruzione e l'educazione di soggetti minorenni nei confronti di coloro che siano stati condannati in via definitiva per reati che concernono la libertà sessuale dei minori e la pornografia minorile.”*

Il novero delle esenzioni specificamente previste dal d.lgs. n. 216/2003 risulta notevolmente più ampio rispetto a quello del d.lgs. n. 215/2003, ed include:

- le disposizioni vigenti in materia di ingresso e soggiorno di paesi terzi, sicurezza sociale, tutela alla salute, tutela all'ordine pubblico, prevenzione dei reati, stato civile, forze armate limitatamente ai fattori di età e handicap (art. 3, comma 2);
- la valutazione delle caratteristiche ai fini dell'idoneità alle funzioni svolte dalle forze armate, dai servizi di polizia, di soccorso o penitenziari (art. 3, comma 3);
- le disposizioni che prevedono accertamenti differenziati in relazione agli adolescenti, ai giovani, agli anziani e a quelli con persona a carico dettati dalla natura del rapporto e dalle legittime finalità di politica e lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale (art. 3, comma 4). Questa disposizione pone,

però, difficoltà ermeneutiche in quanto il legislatore non individua nel concreto né la finalità, né le norme che legittimerebbero tali trattamenti differenziati.

- le differenze di trattamento nelle cosiddette organizzazioni di tendenza, come ad esempio i sindacati, i partiti politici, le istituzioni religiose, ecc. in cui l'adesione ideologica del lavoratore alle convinzioni professate dal datore di lavoro costituisce un requisito essenziale del rapporto. L'articolo 3, comma 5, le definisce come:

*“Differenze di trattamento basate sulla professione di una determinata religione o di determinate convinzioni personali che siano praticate nell'ambito di enti religiosi o di determinate convinzioni personali che siano praticate nell'ambito di enti religiosi o di altre organizzazioni pubbliche o private, qualora tale religione o tali convinzioni personali, per la natura delle attività professionali svolte da detti enti o organizzazioni o per il contesto in cui esse sono prestate costituiscano requisito essenziale, legittimo e giustificato ai fini dello svolgimento delle medesime attività.”*

La norma, come citato sopra, legittima espressamente gli atti diretti ad escludere dallo svolgimento di attività lavorative avente ad oggetto la cura, l'assistenza o l'istruzione dei minori e la pornografia minorile (art. 3, comma 6). In ogni caso, la disciplina delle esenzioni va valutata alla luce delle informazioni sul punto che gli Stati Membri sono tenuti a trasmettere alla Commissione Europea proprio al fine di valutare la legittimità dei casi strettamente limitati in cui può essere giustificata una disparità di trattamento, come riportato nella direttiva 2000/78/CE al considerando 23:

*“In casi strettamente limitati una disparità di trattamento può essere giustificata quando una caratteristica collegata alla religione o alle convinzioni personali, a un handicap, all'età o alle tendenze sessuali costituisce un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, a condizione che la finalità sia legittima e il requisito sia proporzionato. Tali casi devono essere indicati nelle informazioni trasmesse dagli Stati membri alla Commissione.”*

Inoltre, è riscontrabile nell'impianto normativo in oggetto, l'esistenza di un principio di tipicità per cui è il legislatore e non il datore di lavoro, come sembra suggerire l'interpretazione dell'art. 3, comma 3, a dover indicare in quali casi si possa far eccezione al principio di non discriminazione. Questo risulta accompagnato da una connotazione della fattispecie fortemente oggettiva, che non lascia alcun margine di discrezionalità al datore di lavoro circa la valutazione dell'idoneità del lavoratore ad essere assunto o svolgere le mansioni affidategli. Anche se quest'aspetto presenta dei risvolti positivi, da un punto di vista sistematico il decreto di recepimento in esame rischia di bloccare l'evoluzione della dottrina e della giurisprudenza in materia, a causa della tassatività e generalizzazione dei divieti in questo contenuti.

### **Tutela giudiziaria**

In relazione alla tutela giudiziaria ed in generale alla protezione accordata alle vittime delle discriminazioni, le due direttive contengono le medesime indicazioni, anche nei principi generali ed ispiratori...in relazione alla necessità di disporre di adeguati mezzi di protezione legale, anche attraverso l'assistenza di associazioni e persone giuridiche che svolgono in genere attività a sostegno delle vittime di discriminazioni.

Nel capo 2° delle direttive si dettano le regole fondamentali per l'azione in giudizio sia con riguardo all'accesso alla giustizia per **la difesa dei diritti** sia **all'onere della prova**, precisando che deve consentirsi tanto una procedura giurisdizionale/amministrativa, quanto procedure di conciliazione **finalizzate** al rispetto degli obblighi derivanti dalle direttive medesime e stabilendo altresì **l'inversione dell'onere della prova**, lasciando il compito ai singoli Stati di apprestare le regole del giudizio, rispettando i principi **sopra** indicati.

Nelle azioni contro le discriminazioni individuate nei decreti nn. 215 e 216 del 2003 il legislatore ha deciso di riportarsi alla normativa prevista dal T.U. sull'immigrazione di cui al **d. lgs. n. 286/98** ed in particolare al procedimento regolato dall'art. 44. L'opzione per la procedura contenuta in tale legge si può spiegare solo con la preferenza per un procedimento estremamente semplificato e rapido che consentisse una difesa dei diritti immediata per il facile accesso allo strumento

giudiziario. Il procedimento previsto dall'art. 44 prevede l'instaurazione del giudizio con un ricorso che può essere presentato anche personalmente dal soggetto discriminato, dinanzi al Tribunale dove risiede l'istante e l'espletamento da parte del Giudice degli atti di istruzione indispensabili ai fini del provvedimento che deve adottare. Nelle cause promosse il richiamo degli artt. 737,738 e 739 c.p.c., che regolano il procedimento camerale in materia familiare, confermano la scelta legislativa di semplificare il processo nella fase istruttoria sommaria, lasciando poi alla cognizione piena della fase di merito un approfondimento anche in relazione alle domande risarcitorie. Il giudice infatti con l'ordinanza che chiude questa prima fase può condannare l'autore della discriminazione al risarcimento del danno, anche non patrimoniale. E' da ritenere esplicita la scelta di prevedere un'unica fase processuale sommaria che si chiude con un provvedimento che, se di accoglimento, oltre a contenere l'ordine di cessazione del comportamento o dell'atto discriminatorio e la rimozione degli effetti, potrà altresì contenere, se richiesta, la condanna al risarcimento del danno. La competenza territoriale è individuata unicamente nel giudice del luogo in cui l'istante ha domicilio; tale competenza rimane unica certamente nelle azioni civili collegate alle ipotesi di condotte discriminatorie che non siano collegate ad un rapporto di lavoro già in atto o "costituendo" e concernenti l'assistenza sanitaria, alcune prestazioni sociali, l'istruzione e l'accesso ai beni e servizi, incluso l'alloggio. In tutti gli altri casi in cui la condotta discriminatoria rientra nell'ambito di violazioni contrattuali di un rapporto di lavoro, che sono la maggior parte, è possibile pensare ad una competenza concorrente del giudice individuato secondo i criteri di cui all'art. 413 c.p.c..

Tuttavia, molto più delicata è l'individuazione dei poteri istruttori del giudice, in relazione agli **oneri probatori** che incombono alle parti, tenendo conto del principio ispiratore contenuto nelle due direttive CEE ma senza travalicare i principi generali di cui all'art. 2697 c.c. in tema di onere probatorio nelle azioni civili. La semplificazione consente al soggetto discriminato di difendersi personalmente come avviene nei procedimenti camerale anche se si tratta di un'ipotesi piuttosto rara tenuto conto delle incombenze processuali che lasciano prevedere più efficace una difesa tecnica, anche a tener conto che si tratta di giudizio di natura contenziosa. La fase istruttoria si chiude quindi con un'ordinanza che, non sussistendo l'obbligo di una fase di merito, ha un valore sostanziale di sentenza, reclamabile solo dinanzi alla Corte d'Appello. Anche la decisione del gravame sarà data in forma di ordinanza: nello stesso provvedimento, per impedire la ripetizione delle condotte o atti illeciti, il giudice potrà predisporre anche un piano di rimozione delle discriminazioni accertate.

Le direttive nn. 2000/43 e 2000/78 prevedono una procedura finalizzata alla esecuzione degli obblighi derivanti dalle direttive stesse concessa a tutte quelle associazioni, organizzazioni o altre persone giuridiche che abbiano un interesse legittimo a garantire che le disposizioni siano rispettate. Il mancato riferimento del legislatore comunitario ad azioni giudiziali di carattere collettivo, in verità poco comprensibile, è stato colmato dal legislatore nazionale che ha precisato la possibilità di azioni collettive. I soggetti cui è stata conferita la possibilità della rappresentanza giudiziale sono legittimati nelle azioni individuali ai sensi art. 77 cpc in forza, quindi, di una rappresentanza volontaria.

Nel testo dei due d. lgs. n. 215 e 216 l'azione collettiva è prevista solo nel caso in cui non siano individuabili le persone lese dalla discriminazione anche se nel caso delle discriminazioni di cui ai d. lgs. è più frequente l'ipotesi della individuazione della persona discriminata. Nel d. lgs. n. 216/03 contro le discriminazioni attuate nella sfera dell'ambiente di lavoro la legittimazione è stata lasciata ai soli organismi locali delle organizzazioni sindacali **maggiormente rappresentative a livello nazionale**. Tale limitazione appariva indubbiamente non rispettosa del dettato contenuto nella direttiva. La formula usata nei decreti rischiava di escludere dalla legittimazione quei sindacati che non godono di una rappresentatività diffusa, di qui, la necessità di procedere ad una modifica della norma in linea con il dettato della direttiva. Modifica che è stata operata dal D.L. n. 59/08 che riconosce la legittimità alle organizzazioni sindacali, senza altra specificazione.

### ***L'onere della prova nelle direttive comunitarie***

Il capitolo più complesso delle azioni civili contro le discriminazioni è segnato dalla questione relativa all'onere probatorio. L'alleggerimento probatorio attuato dal legislatore italiano si è concretizzato a livello comunitario in una recente direttiva la n. **2006/54/CE**, ripreso anche dalle direttive **n. 43 e 78 del 2000** – (art. 8 della l. n. **43/2000** e 10 della n. **78/2000**).

Nelle discriminazioni di genere la formula usata dal legislatore, ora prevista dall'art. 40 del d. lgs. n. 198/06 è che “*spetta al convenuto l'onere della prova sull'insussistenza della discriminazione*” senza però che si possa parlare di un'inversione dell'onere della prova.

Nel caso dei d. lgs. n. 215 e 216/03 la strada seguita dal legislatore è diversa. La formula usata nei due decreti è la stessa e così si esprime: “*Il ricorrente, al fine di dimostrare la sussistenza di un comportamento discriminatorio a proprio danno, può dedurre in giudizio, anche sulla base di dati statistici, elementi di fatto, in termini gravi, precisi e concordanti, che il giudice valuta ai sensi dell'art. 2729, 1° comma c.c.*”. Tale formula è certamente più onerosa per il ricorrente di quanto disponga la direttiva anche se non si può ignorare un orientamento che salva in realtà il principio cui si riferisce la direttiva ma in realtà non sembra si possa uscire dall'empasse se non con un intervento correttivo della norma.

### ***I provvedimenti del giudice***

A parte il numero ancora limitato di pronunce giurisprudenziali in materia, ciò che preoccupa è la nota scarsa efficacia delle decisioni giudiziarie a rimuovere pregiudizi o atteggiamenti culturali che hanno un'origine profonda e che si concretizzano in comportamenti frammentati, difficilmente tipizzabili. Logico dunque che il tema delle sanzioni e dei rimedi – nell'ambito del diritto antidiscriminatorio – sia di primaria importanza. Un punto di riferimento certo è dato dalla deliberazione della Commissione dei diritti dell'uomo dell'Onu, dove troviamo codificato un elenco completo di tutte le possibili forme di riparazione che può costituire valido riferimento anche per la materia anti-discriminatoria.

Dai riferimenti di diritto positivo si possono estrapolare i seguenti principi:

- a) gli Stati membri hanno l'obbligo di determinare delle sanzioni e di vigilare perchè esse siano applicate;
- b) le sanzioni devono rispondere a criteri di a) effettività b) proporzionalità c) dissuasività;
- c) il risarcimento del danno deve essere solo uno dei rimedi possibili, dovendosi prevedere anche provvedimenti inibitori e ripristinatori.

### ***La disciplina nazionale: effetti inibitori della pronuncia***

Il contenuto ripristinatorio e inibitorio della pronuncia non pone particolari problemi interpretativi: il giudice ordina la cessazione del comportamento o della condotta o dell'atto discriminatorio, nonché la rimozione degli effetti.

### ***Il piano di rimozione***

E' un secondo contenuto della pronuncia e va ricordato perchè evidenzia ulteriormente la scarsa coerenza del nostro sistema normativo. Nella discriminazione di genere il piano è un contenuto obbligatorio della pronuncia, è elaborato dal datore di lavoro, su ordine del giudice mentre per le altre tipologie esso è solo con contenuto eventuale della pronuncia.

Questa discriminazione lasciata al giudice non ha una convincente spiegazione.

### ***Risarcimento del danno***

Esso – a dispetto della generale preferenza che dovrebbe essere accordata dall'ordinamento per la reintegrazione in forma specifica allorché sono in gioco diritti fondamentali della persona – finisce per essere quella di maggior interesse.

Negli artt. 4 dei d. lgs. 215 e 216 il legislatore ha previsto che il giudice provvede “*se richiesto, al risarcimento del danno anche non patrimoniale*”. Le norme in essere nulla innovano in materia di onere della prova relativa al danno subito che resta a carico del danneggiato.

### ***Il danno non patrimoniale***

Esso varia notevolmente a seconda del bene che si ritenga protetto dalla norma antidiscriminatoria. Va, comunque, ricordato che il legislatore ha indicato come requisito essenziale del risarcimento

stesso la sua “*capacità dissuasiva*”, requisito che non può ritenersi soddisfatto laddove il risarcimento si limiti a ristabilire la situazione anteriore.

### ***Criteri di ripartizione***

Va considerato infine l'elemento soggettivo al fine della liquidazione del danno. L'evoluzione della legislazione in materia discriminatoria può agevolmente essere letta in termini di progressivo distacco dall'elemento soggettivo. La C.d.G. con sentenza 8.11.1990 (causa l. 177/88) ha statuito che “*allorché lo Stato membro opti per una sanzione che rientra in un regime di responsabilità civile, qualsiasi infrazione al divieto di discriminazione è sufficiente per coinvolgere da sola la responsabilità totale dell'autore dell'atto senza che possono essere prese in considerazione le cause esimenti previste dal diritto nazionale*”.

Né può affermarsi che questa ipotesi di “*discriminazione senza colpa*” costituisca un vulnus al nostro sistema di responsabilità. La Corte di Cassazione con una prima sentenza (Cass. 3° Civ. n. 7281 del 12.5.2003) e poi con sentenza successiva (Cass.II civ. 27.10.2004 n. 20814) ha statuito che il danno non patrimoniale è dovuto anche nei casi di responsabilità oggettiva, allorché si tratta di lesioni dei valori della persona umana costituzionalmente garantiti.

### ***Rapporti con la P.A.***

Problemi particolari vengono in rilievo laddove la dedotta discriminazione attenga ad atti e comportamenti della P.A..

Il rilievo della questione della giurisdizione è accresciuto dalla circostanza che gran parte della casistica in materia attiene a dinieghi di accesso ai pubblici esercizi (ad es. all'edilizia pubblica residenziale) o a diniego di accesso ai pubblici concorsi, materie entrambe devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Una delle prime pronunce in tema di discriminazione per “*razza*” (Trib. Mi. 21.3.2002) ha riconosciuto la natura di diritto soggettivo perfetto a fondamento della posizione fatta valere in giudizio dal discriminato; in secondo luogo l'art. 44 T.U. immigrazione integrato e confermato dai due artt. 4 d. lgs. n. 215 e 216 del 2003, portano a concludere che, in tema di riparto di giurisdizione, la norma citata prevalga come *lex specialis* rispetto alla norma generica, anche sotto il profilo della successione delle leggi nel tempo (*lex posterior*).

Anche se diversi problemi interpretativi sono stati sollevati, più coerentemente con la normativa comunitaria si ritiene che l'azione speciale resti sempre di competenza del G.O. anche quando si verta in materia di giurisdizione esclusiva.

I diritti fondamentali, anche quando vengono affermati nei confronti della P.A. debbono godere, sotto il profilo processuale, di “*una piena ed esaustiva tutela*” (C. Cost. 14.7.1986 n. 184 e C. Cost. 18.12.1987 n. 559) con la conseguenza che non esistono preclusioni ad emanare, in sede di accoglimento della domanda, i provvedimenti idonei a soddisfare la pretesa avanzata. Ancora la Cass. (Cass. Sez. Civ. 20.2.1992 n. 2092) ha affermato che “*non vi sono, giuridicamente, provvedimenti amministrativi da revocare o da modificare, ma semplicemente si tratta di emettere condanna ad un fare di segno opposto al fatto lesivo del diritto, e tale pronuncia spetta al giudice ordinario*”. L'attività amministrativa svolta in contrasto con il principio di parità di trattamento è attività “*in carenza in concreto di potere*” e il giudice può non solo condannare al risarcimento del danno ma anche ordinare la cessazione del comportamento, la quale a sua volta si concretizzerà con la rimozione di quell'atto amm.vo nel quale si sostanzia il comportamento discriminatorio. Ma v'è di più in quanto, nel campo proprio dei diritti fondamentali, l'ordinamento ha già conosciuto casi di vera e propria sostituzione del giudice ordinario alla P.A. nell'emanazione degli atti dovuti e tali atti sono passati indenni al vaglio della Corte Costituzionale. Ad esempio, l'art. 28 c.6 l. n. 40/98 (oggi art. 30 d. lgs. 268/98) consente al giudice di disporre il rilascio all'extracomunitario del nulla osta per il ricongiungimento familiare in luogo dell'amministrazione competente.

### ***La casistica giurisdizionale***

La assoluta maggioranza delle pronunce rigetta la domanda di risarcimento del danno non patrimoniale argomentando la carenza di prova, laddove la CdG europea, nel caso ad es. del risarcimento del danno da ingiusta durata del processo, ha riconosciuto la risarcibilità del danno,

ritenuto sussistente in re ipsa per cui la pronuncia del Giudice potrebbe essere anche impugnata innanzi la CdG, laddove non si ritenga adeguato il risarcimento per la lesione subita o resti inapplicata la norma.

Altre pronunce, più coraggiose, hanno risarcito il danno ritenendo l'atto illegittimo di per se stesso fonte di una compressione della personalità suscettibile di risarcimento (cfr. Trib. Genova 21.4.2004 e Trib. Genova 19.7.2004 reperibili nel sito [www.leadernodiscriminazione.it](http://www.leadernodiscriminazione.it)) nonché Trib. Perugia 29.9.2006. La Cassazione, invece, nell'unica pronunzia di legittimità finora intervenuta, si è mostrata di diverso avviso ritenendo la legittimità della esclusione (cfr. Cass. 13.11.2006 n. 24170 in RCDL 2006, p. 1109)

### ***La revoca dei benefici***

Resta da richiamare un ultimo aspetto sanzionatorio che ha avuto sinora scarsa applicazione ma che appare invece potenzialmente di grande rilievo. Trattasi della revoca dei benefici accordati al soggetto del quale sia stato riconosciuto giudizialmente il comportamento discriminatorio. Nel caso della discriminazione non di genere, la sanzione è prevista dal comma 11 dell'art. 44 T.U. immigrazione, richiamato dagli artt. 4 dei d. lgs. 215 e 216. La misura si riferisce ai "benefici ai sensi delle leggi vigenti dello Stato o delle regioni, ovvero che abbiano stipulato contratti di appalto attinenti all'esecuzione di opere pubbliche, di servizi e forniture". Il Giudice comunica la sentenza alle amministrazioni interessate per cui l'amministratore revoca il beneficio e nei casi più gravi dispone l'esclusione per due anni da qualsiasi appalto o da qualsiasi agevolazione finanziaria. Diversa è la procedura nel caso di discriminazione di genere ove la sanzione è meramente discrezionale.