

TUTELE CIVILISTICHE CONTRO LA DISCRIMINAZIONE RAZZIALE

CAPITOLO I

Divieto di discriminazione e tutela normativa

SEZIONE I. LE DISCIPLINE PUBBLICISTICHE.

1. Il sistema costituzionale di fronte al razzismo e alla xenofobia: il principio di eguaglianza.
 - 1.A) Il principio di uguaglianza nella formulazione costituzionale.
 - 1.B) Il principio costituzionale di uguaglianza e condizione dello straniero.
- 2) La lotta alla discriminazione razziale nel diritto internazionale generale: dalla Dichiarazione dei diritti dell'uomo ad oggi.
3. Le convenzioni dell'O.I.L.
4. L'azione del Consiglio d'Europa.
5. L'azione dell'Unione Europea.
6. Norme penali in materia di discriminazione razziale.

SEZIONE II. LE DISCIPLINE PRIVATISTICHE.

7. Le tutele antidiscriminatorie nel diritto europeo.
8. L'ordinamento italiano. Tutela civilistica nel diritto del lavoro.
9. Gli altri settori dell'ordinamento.
10. Il divieto di discriminazione nell'attività d'impresa.
 - 10.A) L'abuso di posizione dominante.
 - 10.B) L'abuso di dipendenza economica.

CAPITOLO II

Nuove prospettive in tema di discriminazione razziale

SEZIONE I: IL TESTO UNICO DEL 25 LUGLIO 1998 N. 286.

1. Analisi dell'articolo 43.
2. L'azione civile contro la discriminazione: analisi dell'articolo 44.

SEZIONE II: LA DIRETTIVA 43/2000.

3. L'ambito di applicazione .
4. Fattispecie.

SEZIONE III: IL DECRETO LEGISLATIVO 9 LUGLIO 2003, NR. 215.

5. La funzione (art. 1 – Oggetto).
6. La nozione di discriminazione (art 2).
7. L'ambito di applicazione (art. 3).
8. La tutela (artt. 4 e 5).

CAPITOLO III

Tutele civilistiche

- 1.** L'ambito della tutela.
Premessa.
L'area dell'accesso ai beni e servizi.
L'ambito di tutela *ex art. 3 lettera i)* del D.Lgs. 215/03.
- 2.** Mezzi di tutela e limiti all'autonomia privata.
- 3.** Analisi critica del sistema di tutela attuale contro la discriminazione razziale.
- 3.1** La tutela risarcitoria.
- 3.2** La tutela positiva: riparazione in forma specifica e attuazione coercitiva del contratto.
- 3.3** La natura della riparazione in forma specifica; rapporti della stessa con il risarcimento per equivalente monetario.
- 3.4** Considerazioni critiche sul sistema di tutela.

CAPITOLO I

DIVIETO DI DISCRIMINAZIONE E TUTELA NORMATIVA

I SEZIONE. LE DISCIPLINE PUBBLICISTICHE.

1. Il sistema costituzionale di fronte al razzismo e alla xenofobia: il principio di eguaglianza.

1.A) Il principio di uguaglianza nella formulazione costituzionale.

Il valore giuridico¹ dell'uguaglianza, che costituisce il fondamento degli specifici divieti di discriminazione, non può essere certo considerato un'acquisizione degli ordinamenti moderni.

In senso ampio, l'idea di uguaglianza è anzi immanente all'idea di ordinamento giuridico, almeno perché esso implica la sottoposizione di tutti i consociati al medesimo sistema di fonti²; comunque, in senso più specifico e pregnante, nella Grecia antica, già l'*isonomia* ateniese, operante tra i cittadini e nei rapporti tra questi e il potere pubblico, costituiva sinonimo di democrazia³. Anche il diritto romano, nelle varie fasi della sua evoluzione, conosceva tale principio, dapprima limitato all'ambito patrizio e patriarcale, esteso successivamente ad altre aree sociali, quindi nuovamente ristretto, all'epoca del così detto basso impero⁴.

Tra le Carte costituzionali dell'epoca moderna, la Dichiarazione d'indipendenza delle colonie inglesi dell'America del Nord, formulata nel 1776⁵ e, solo qualche anno più tardi, la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino⁶ enunciavano l'idea

¹ Il valore giuridico dell'uguaglianza – che in questa sede interessa approfondire – non coincide necessariamente con il concetto proposto dalle ideologie politiche, prima di tutto perché queste ultime si esauriscono nell'analisi di alcuni problemi più controversi derivati dalla (e relativi alla) convivenza umana; poi, perché il sistema giuridico deve costituire regola di coesistenza e confronto anche tra diverse ideologie politiche: cfr. A. CERRI, *Uguaglianza (principio costituzionale di)*, in Enc. Giur., vol. XXXII, Roma, 1994, p. 2.

² Cfr. L. PALADIN, *Il principio costituzionale di eguaglianza*, Milano, 1965, p. 3; anzi, secondo E. RESTA, *Il diritto fraterno – Uguaglianza e differenza nel sistema del diritto*, in AA.VV. *Disuguaglianze ed equità in Europa*, Laterza, Bari, 1993, p. 379, l'uguaglianza è innanzi tutto «pre-supposto ... Gesetz ... condizione necessaria di ogni altra legge».

³ Cfr. A. CELOTTO, in AA. VV., *L'Europa dei diritti- Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Il Mulino, Bologna, 2001, p. 164.

⁴ Cfr. A. CERRI, *op. cit.*, p. 3.

⁵ Cfr. T. BONAZZI, *La dichiarazione di indipendenza degli Stati Uniti d'America*, Marsilio, Venezia, 1999, pp. 68 e 69: «We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness.» (Noi riteniamo che queste verità siano di per se stesse evidenti: che tutti gli uomini sono stati creati uguali e che sono dotati dal loro Creatore di certi inalienabili diritti tra i quali quelli alla vita, alla libertà e al perseguimento della felicità); tale affermazione lascia distintamente trapelare i fondamenti etici del principio in questione.

⁶ Formulata a Parigi, nell'anno 1789, art.1 « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune » (Gli uomini nascono e rimangono liberi e uguali nei diritti. Le distinzioni sociali non possono essere fondate che sull'utilità

dell'uguaglianza, intesa però, all'evidenza, quale criterio programmatico, senza alcun immediato riflesso precettivo⁷.

L'affermarsi dello Stato di diritto, nella prima metà del 1800, dava, finalmente, reale spessore normativo al principio di eguaglianza, introdotto infatti nelle Costituzioni liberali dell'epoca: in Italia, lo Statuto albertino, nel 1848, recava l'affermazione dell'uguaglianza di tutti «*i regnicoli*» di fronte alla legge, nonché della (loro) parità nel godimento dei diritti civili e politici e nell'accesso alle cariche civili e militari («*salve le eccezioni determinate dalle leggi*»)⁸.

Il dato comune a tutte le codificazioni liberali del periodo consisterebbe, tuttavia, nell'accezione puramente, esclusivamente **formale** del principio di eguaglianza⁹, che, in questo più limitato significato, non considera – cioè, non pretende di modificare – le diverse situazioni di fatto nelle quali i consociati possono trovarsi nella realtà socioeconomica (ad esempio, differenti condizioni economiche, con gli inevitabili riflessi sulla concreta possibilità di stipulare o meno un certo contratto e di determinarne i contenuti)¹⁰.

L'idea (formale) di libertà, che ispira la concezione dello Stato di diritto, pretendendo di ridurre al minimo gli interventi e le interferenze dell'ordinamento nella sfera di autonomia dei privati, mal si sarebbe conciliata, del resto, con la nozione **sostanziale** dell'uguaglianza, che invece impone di incidere, con le norme giuridiche, sulle disuguaglianze sostanziali¹¹.

Più precisamente, il principio di uguaglianza sostanziale, segnando il passaggio alla concezione dello Stato sociale, assegna all'ordinamento giuridico il compito di garantire a tutti almeno gli stessi “*punti di partenza*”, migliorando la condizione dei gruppi socialmente ed economicamente più deboli e scongiurando il rischio che altri cittadini conseguano e facciano pesare posizioni di eccessivo, sproporzionato vantaggio¹².

L'articolo 3 della Costituzione italiana riecheggia attualmente entrambe le nozioni di eguaglianza: da un lato, il comma 1 riafferma l'uguaglianza formale e ne specifica la portata; dall'altro, il comma 2 introduce appunto l'uguaglianza in senso sostanziale.

Soffermando l'attenzione sul comma primo dell'art. 3 Cost., si noterà che esso fa riferimento a tre diversi aspetti dell'uguaglianza, strettamente connessi, tra loro e con il principio di uguaglianza sostanziale: a) affermazione “classica”, dell'uguaglianza di

comune), cfr. F. BATTAGLIA, *Libertà ed eguaglianza nelle Dichiarazioni francesi dei diritti dal 1789 al 1795: testi, lavori preparatori, progetti parlamentari*, Zanichelli, Bologna, 1946, p. 84.

⁷ Assai chiaramente, sul punto, P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Uguaglianza (principio di)*, in Nss. Dig. It., vol. XIX, Torino, 1973, p. 1088.

⁸ Articolo 24, cfr. L. CIAURRO (a cura di), *Lo Statuto albertino illustrato dai lavori preparatori*, Roma, 1996, p. 179. Ci si può interrogare, però, sulla portata vincolante che questa norma è capace di esprimere (non solo nel momento dell'interpretazione-applicazione della legge, ma anche) nel momento di formulazione della legge, non foss'altro perché quel testo costituzionale non era *rigido* rispetto alle fonti sottordinate.

⁹ Cfr. P. BISCARETTI DI RUFFIA, op. cit., loc. cit.

¹⁰ Sul principio di eguaglianza in senso formale e sostanziale, cfr. in generale T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 347 ss.

¹¹ Sulla dicotomia uguaglianza formale – disuguaglianza materiale, cfr. R. DE GIORGI, *Modelli giuridici dell'eguaglianza e dell'equità*, in AA.VV., *Disuguaglianze ed equità in Europa*, cit., p. 360; si prospetta fin d'ora il problema della compatibilità tra (l'idea di) libertà e (l'idea di) uguaglianza (almeno quando essa è intesa, come oggi si intende, in senso sostanziale): v. più diffusamente *infra*, il capitolo III e, in generale, anche con una prospettiva filosofica, A. PACE, *Eguaglianza e libertà*, Pol. Dir., 2001, p. 155 ss.

¹² Cfr. P. BISCARETTI DI RUFFIA, op. cit., p. 1089 e p. 1092; efficacemente, A. CERRI, op. cit., p. 12, mettendo a confronto le tesi di J. PLAMENATZ e di R.H. TAWNEY, osserva però, a questo proposito, che «*il criterio espresso dal secondo comma dell'art. 3 non è quello (...) di assicurare “pari punti di partenza” ... ma quello di assicurare, in ciò che è essenziale, pari punti di arrivo*».

tutti i cittadini davanti alla legge; b) affermazione della loro «*pari dignità sociale*» (che non compariva, come si è visto, nell'art. 24 dello Statuto albertino); c) appositi divieti di distinzione per sesso, razza, lingua, religione, opinioni politiche, condizioni personali e sociali¹³.

Il principio di uguaglianza formale – complessivamente considerato, nei tre aspetti sopra evidenziati – comporta, quali fondamentali conseguenze, l'uguale soggezione alle leggi e alla giurisdizione, l'uguale godimento dei diritti civili e politici e l'uguale soggezione ai doveri pubblici; esso (anche in rapporto alla previsione del successivo comma 2¹⁴) vincola lo stesso legislatore al rispetto del criterio di ragionevolezza, cosicché saranno costituzionalmente illegittime le leggi che trattino diversamente situazioni analoghe o, all'opposto, pretendano di uniformare situazioni differenti¹⁵.

Il comma 2 Cost., che, come detto, consacra il principio di uguaglianza sostanziale, è inteso, comunemente, quale disposizione programmatica, in contrapposizione al carattere precettivo del comma 1 dello stesso articolo, anche se gli studi più acuti ne hanno posto in evidenza anche il valore normativo immediato¹⁶.

1.B) Principio costituzionale di uguaglianza e condizione dello straniero.

Come risulta dall'inequivoco tenore letterale, l'art. 3 Cost. statuisce il principio di uguaglianza tra i cittadini della Repubblica e, appunto in quest'ambito, vieta, tra l'altro, le discriminazioni di razza. Tale ultimo riferimento è da porre storicamente in relazione con le così dette “leggi razziali”, che, in una fase del regime fascista, avevano introdotto discriminazioni in danno dei cittadini italiani di razza ebraica¹⁷.

Volendosi prudentemente esprimere in termini negativi¹⁸, si potrebbe dire allora che quanti, in base alla legislazione sulla cittadinanza, e dunque, essenzialmente, ai sensi della L. 13 giugno 1912, nr. 555, non rivestono lo *status* di cittadini, neppure sarebbero da ritenere immediatamente destinatari della disposizione contenuta nell'art. 3 Cost.¹⁹.

¹³ Per un'analisi approfondita, anche a proposito dei rapporti tra questi tre aspetti del principio di uguaglianza formale, cfr. L. PALADIN, *Eguaglianza (dir. cost.)*, in Enc. Dir., vol. XIV, Milano, 1965: per questo Autore, gli specifici divieti di discriminazione non sarebbero meramente esemplificativi del principio generale di uguaglianza di fronte alla legge (interpretazione che li renderebbe, in sostanza, superflui), ma integrerebbero «*norme a se stanti, che si sovrappongono al principio d'uguaglianza formale ed in tal senso vi apportano deroga, sebbene allo scopo d'una più radicale parificazione giuridica*» (op. cit., p. 533); il criterio della “pari dignità sociale”, invece, dovrebbe essere trasposto «*dal piano della formazione e dell'esecuzione dell'ordinamento giuridico a quello della delimitazione dell'autonomia privata*» (op. cit., p. 532): v. anche, più diffusamente, *infra*, il capitolo III.

¹⁴ Cfr. F. SORRENTINO, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Atti del Convegno in ricordo di Livio Paladin*, Cedam, Padova, 2002, p. 127; F. SORRENTINO, op. cit., pp. 125 e ss.

¹⁵ Cfr. P. BISCARETTI DI RUFFIA, op. cit., pp. 1089 e s.; sulla giurisprudenza della Corte Costituzionale in tema di principio di uguaglianza e quindi, in particolare, sul giudizio di ragionevolezza conseguente «*rapporto trilatero tra la norma costituzionale, la norma legislativa impugnata e il tertium comparationis*» v. F. SORRENTINO, op. cit., pp. 125 e ss.

¹⁶ Innanzi tutto, con funzione interpretativa di quelle norme (costituzionali o sottordinate) che contemplino un'attività discrezionale del potere pubblico nei rapporti economico-sociali e, quindi, per dare concretezza a clausole quali, ad esempio, quelle della “funzione sociale”, di cui all'art. 42 comma 2 Cost. o quella degli “equi rapporti sociali”, di cui all'art. 44 comma 1 Cost.: v. L. PALADIN, op. ult. cit., pp. 546 e ss.

¹⁷ Nello stesso senso, P. BISCARETTI DI RUFFIA, op. cit., p. 1091 e L. PALADIN, op. cit., p. 540.

¹⁸ Perché non esiste nell'ordinamento italiano una definizione generale dello “*straniero*”: cfr. B. NASCIBENE, *Lo straniero nel diritto italiano*, Milano, 1988, pp. 9 e ss.

¹⁹ Cfr. P. BISCARETTI DI RUFFIA, op. cit., p. 1090; ma v. *infra*, nel testo a proposito del criterio da preferire per l'individuazione del destinatario (solo il cittadino o anche lo straniero) della norma costituzionale attributiva di un diritto: così, ad esempio, P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Appunti sulla*

Peraltro, tale onnicomprensiva nozione di “straniero” quale “non-cittadino” rischia di far dimenticare le suddivisioni derivate dal trattamento normativo che l’ordinamento riserva a ciascuna, più specifica categoria: ad esempio, i cittadini europei si distingueranno da quelli così detti extra comunitari, dagli apolidi e dai non-cittadini cui sia accordata una particolare protezione; tra i cittadini extra comunitari è differente, ad esempio, la posizione giuridica di quanti risiedono regolarmente nel territorio dello Stato da quella di quanti, invece, vi si trattengono irregolarmente²⁰.

La Carta costituzionale, del resto, fa riferimento alla condizione dello “straniero”: in particolare, all’art. 10 cpv., che costituisce punto di riferimento fondamentale nella ricostruzione dello *status* (costituzionale) di quanti non siano in possesso della cittadinanza italiana. Tuttavia, non sembra che, in materia, i costituenti avessero dedicato la dovuta attenzione all’elaborazione di un sistema di principi certi²¹.

Così, neppure è chiaro se l’art. 10 cpv. Cost., per il quale «*La condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali*», possa riferirsi a tutte o ad alcune (ed eventualmente a quali) delle specifiche categorie di non-cittadino sopra considerate.

Nel dubbio, avendo presente la natura “di garanzia” di tale norma, che assicura tutela costituzionale ai diritti (di seguito, si cercherà di capire quali) dello straniero, si ritiene preferibile estenderla a tutti i non-cittadini²².

Risolto così il problema dell’identificazione dei destinatari, può prendersi in esame il contenuto dell’art. 10 cpv. Cost. e chiedersi, quindi, quali diritti dello straniero ricevano oggi tutela costituzionale, nonché in base a quali disposizioni.

Si osserva, innanzi tutto, che l’art. 10 cpv. Cost. stabilisce, a proposito della condizione giuridica dello straniero, una riserva di legge, rafforzata dal riferimento alle norme e ai trattati internazionali, cui il legislatore italiano dovrebbe conformarsi²³.

Tale riserva di legge rinforzata è parsa ad alcuno «*già idonea (...) a impedire dei trattamenti arbitrari e palesemente discriminatori*»²⁴.

In linea di massima, può convenirsi con tale affermazione.

Infatti, il legislatore italiano, quando voglia disciplinare la condizione dello straniero, dovrà innanzi tutto far ricorso alla legge formale (con le garanzie di mediazione e confronto in sede politica che ciò implica); inoltre, non potrà che conformarsi alle norme sovraordinate: quelle contenute nella Costituzione e quelle del diritto internazionale, richiamate dal secondo comma dell’art. 10, che ora si esamina: in caso contrario, la disciplina introdotta sarebbe costituzionalmente illegittima.

Tuttavia, queste osservazioni non sono esaustive. Da un lato, rimane l’eventualità che una maggioranza parlamentare, particolarmente contraria all’immigrazione, addirittura eviti di stipulare trattati che riconoscano diritti agli stranieri e denunci gli accordi in tal

questione dei cittadini extracomunitari in Italia, stranieri dell’interno e stranieri dell’esterno, in Riv. Crit. del dir. priv., 1990, pp. 588 e 589, argomentando dall’estensibilità agli stranieri di tutte quelle norme costituzionali (di garanzia) che non li escludano espressamente, conclude per l’applicabilità dell’art. 3 Cost. anche al non-cittadino.

²⁰ Cfr. E. GROSSO, *Straniero (status costituzionale dello)*, Dig. Disc. pubbl., XIV, 1999, pp. 158 e 159; in questa sede, interessa esaminare lo *status* (costituzionale) dello straniero nel senso più ampio (come non cittadino): in seguito il discorso verterà, più specificamente, sulla posizione del cittadino comunitario (*infra*).

²¹ Cfr. A. CASSESE, Art. 10, in *Comm. della Cost.* a cura di Branca, Bologna-Roma, 1975, p. 508.

²² In questo senso conclude E. GROSSO, op. cit., p. 162.

²³ Sul concetto di riserva di legge e su quello di riserva di legge rinforzata, cfr. T. MARTINES, op. cit., pp. 246 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Eges, Torino, 1994, pp. 187 ss.;

²⁴ Letteralmente, P. BISCARETTI DI RUFFIA, op. cit., p. 1090.

sensu conclusi in precedenza, ovvero non dia esecuzione (nell'ordinamento interno) a tali fonti²⁵.

D'altro canto, resta da stabilire se esistano e siano individuabili le posizioni giuridiche soggettive dello straniero, direttamente riconosciute e tutelate dalla Costituzione.

Innanzitutto, deve dirsi che l'art. 2 Cost., imponendo il riconoscimento e la garanzia «dei diritti inviolabili dell'uomo», non può che estendersi anche agli stranieri: sia perché fa riferimento, quale esclusivo presupposto per il godimento di tali posizioni giuridiche soggettive fondamentali, solo alla condizione di "uomo", prescindendo, anche letteralmente, dallo *status civitatis* o da altre peculiari situazioni; sia perché tali diritti inviolabili sono poi richiamati e consacrati dalle fondamentali convenzioni internazionali²⁶ (in questo senso, l'art. 10 cpv. Cost. svolgerebbe ancora il proprio ruolo di "rinforzo" della riserva di legge).

Anzi, secondo la stessa Corte Costituzionale, quando si tratta del riconoscimento di tali diritti fondamentali dell'uomo, «il principio costituzionale di uguaglianza [che, si è visto in precedenza, contemplato dall'art. 3 Cost., appare letteralmente riferito ai soli cittadini, ndr] non tollera discriminazioni tra la posizione del cittadino e quella dello straniero»²⁷.

Rispetto alle altre situazioni soggettive tutelate dalla Cost. (diverse dai diritti inviolabili dell'uomo), possono distinguersi due indirizzi interpretativi.

Per l'impostazione prevalente, sarebbe decisivo il tenore letterale delle singole norme costituzionali: sarebbero cioè riferibili (anche) allo straniero solo quelle disposizioni che non rechino, nel testo, un riferimento esplicito al cittadino²⁸. Per i diritti contemplati dalle norme che, invece, siano espressamente dettate per i cittadini, soccorrerebbe la riserva di legge rinforzata, di cui al citato art. 10 cpv.

Altri Autori preferiscono un criterio interpretativo "sostanziale", che guarda alla natura della singola posizione giuridica: alcuni diritti, presupponendo nel titolare la condizione di appartenente alla comunità statale, sarebbero riservati ai cittadini; altri, inerenti alla tutela della persona in quanto tale, dovrebbero necessariamente estendersi agli stranieri; in altri casi, il legislatore – osservati i vincoli imposti dalle norme e dai trattati internazionali (art. 10 cpv., cit.) – potrebbe, a sua discrezione limitare il godimento della posizione giuridica soggettiva al cittadino, o estenderla allo straniero²⁹ (a tutte le categorie di non cittadini o ad alcune di esse).

Riguardo a tale impostazione, sarà bene precisare che la legge, quando consente o esclude l'estensione del diritto ai non cittadini, o a taluni di questi, incontra anche il limite della non-arbitrarietà della scelta (cioè, della sua ragionevolezza), ai sensi dell'art. 3 Cost., che, se non esclude diversità di trattamento in base alla cittadinanza, certo impedisce che esse siano irragionevoli³⁰.

In questo senso, la disposizione di cui all'art. 3 Cost. appare innanzitutto come un principio cardine dell'ordinamento, utile per valutare la legittimità delle leggi, a prescindere dalla materia trattata e dai contenuti³¹.

Volendo esemplificare, dovranno riconoscersi al non-cittadino il diritto all'invulnerabilità personale e domiciliare, la libertà di riunione e associazione, la libertà di pensiero e

²⁵ Cfr. S. SICARDI, *L'immigrato e la Costituzione, note sulla dottrina e la giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. It.*, 1996, p. 6; si auspica che tale eventualità risulti soltanto accademica, anche perché, adottando quelle scelte, l'Italia si isolerebbe dal contesto internazionale.

²⁶ E. GROSSO, op. cit., p. 164.

²⁷ Cfr. Corte Cost., 62/1994, cfr. *Giur. Cost.*, 1994, I, pp. 350 ss.

²⁸ Cfr. A. CASSESE, *Art. 10*, cit., pp. 508 e ss.

²⁹ Per questa impostazione, cfr. T. MARTINES, *Diritto costituzionale cit.*, pp. 396 ss.

³⁰ Sembra di poter condividere l'opinione espressa in merito da E. GROSSO, op. cit., p. 164.

³¹ Cfr. L. PALADIN, *Il principio costituzionale di uguaglianza cit.*, pp. 173 e ss.

quella di culto, il diritto alla tutela giurisdizionale e quello alla segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione³².

A questo punto, si rende peraltro opportuna una precisazione, che, almeno in astratto, vale tanto per lo straniero quanto per il cittadino e può riferirsi a qualunque posizione giuridica soggettiva: l'eguale riconoscimento della titolarità di un diritto a due o più categorie di persone non esclude che il legislatore possa diversamente regolare l'esercizio di quel diritto, da parte dei vari titolari (purché, come detto, nei limiti della ragionevolezza)³³.

E' immediatamente evidente, però, che il problema della disciplina (eventualmente differenziata) del concreto esercizio di un diritto costituzionalmente riconosciuto si pone a livello di fonti sottordinate rispetto alla Costituzione: dunque, al di fuori dal tema qui specificamente trattato.

Invece, a livello di fonti costituzionali (per il tramite del richiamo operato dall'art. 10 cpv. Cost.) si collocano le norme e i trattati internazionali; ad essi dunque converrà, di seguito, dedicare l'attenzione, iniziando dall'ambito generale e, in particolare, dall'azione svolta, in materia di divieto di discriminazione razziale, dalle Nazioni Unite.

2. La lotta alla discriminazione razziale nel diritto internazionale generale: dalla Dichiarazione dei diritti dell'uomo ad oggi.

Al termine della seconda Guerra Mondiale, mentre veniva creato un nuovo assetto delle relazioni internazionali e si avviava il processo di abbandono delle colonie, da parte delle grandi potenze, fu avvertita la necessità di creare una struttura sovranazionale capace di favorire le relazioni amichevoli tra i singoli stati, per il mantenimento della pace.

La nascita, in questo quadro e con questa funzione primaria, delle Nazioni Unite portò anche, da subito, l'attenzione sulla condizione dello straniero e sull'esigenza di evitare discriminazioni fondate sulla diversità di razza³⁴.

Già la Carta istitutiva dell'Organizzazione, nel 1945, impegnava gli Stati membri a «*promuovere ed incoraggiare la realizzazione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali per tutti, senza distinzioni di razza, di sesso, di lingua o di religione*» (art. 1, paragrafo 3; si veda anche, nello stesso senso, l'art. 55 lettera c e l'art. 76 lettera c).

L'art. 13 demanda, poi, all'Assemblea Generale dell'ONU il compito di intraprendere studi e far raccomandazioni allo scopo di «*promuovere il rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali per tutti senza distinzione di razza, di sesso, di lingua, o di religione*».

Tra queste "raccomandazioni" adottate dall'Assemblea Generale, l'art.1 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 (ris. 10.12.1948, nr. 217-III), da intendersi quale dichiarazione di principi indirizzata agli Stati membri, in una materia devoluta alla competenza dell'organismo internazionale, proclama che «*Tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti*». E, nell'art. 2, ancora più

³² Cfr. B. NASCIMBENE, op. loc. cit., pp. 78 e 79; E. GROSSO, *Straniero (status costituzionale dello)*, cit., pp. 167-170, anche per puntuali citazioni della giurisprudenza costituzionale.

³³ «*La riconosciuta uguaglianza di situazione soggettive nel campo della titolarità dei diritti di libertà non esclude affatto che, nelle situazioni concrete, non possano presentarsi, fra soggetti uguali, differenze di fatto che il legislatore può apprezzare e regolare nella sua discrezionalità, la quale non trova altro limite se non nella razionalità del suo apprezzamento*», Corte Cost., sent. 104/1969, cfr. Giur. Cost., 19969, II, pp. 1565 ss, citata anche da E. GROSSO, op. ult. cit., p. 166.

³⁴ L'osservazione è comunemente condivisa; v. per tutti B. NASCIMBENE, *Straniero nel diritto internazionale*, Dig. Disc. Pubbl., pp. 181.

precisamente si legge: «Ad ogni individuo spettano tutti i diritti e tutte le libertà enunciati nella presente Dichiarazione, senza distinzione alcuna, per ragioni di razza, colore, di sesso, di lingua, di religione, di opinione politica o di altro genere, di origine nazionale o sociale, di ricchezza, di nascita o di altra condizione».

La Dichiarazione ha portata generale, essendo rivolta a tutti gli Stati, e interviene in una materia che concerne (non solo le relazioni internazionali, ma anche) i rapporti interni alle varie comunità nazionali³⁵.

Essa si fonda sull'assunto che tutti gli esseri umani sono dotati di ragione e di coscienza, che essi nascano liberi ed uguali e di conseguenza debbano godere dei medesimi diritti. È proprio sulla base di tale premessa che viene dichiarata inammissibile ogni forma di discriminazione, fatte salve esclusivamente le distinzioni legittime comunemente ammesse per far fronte a situazioni effettivamente differenti.

E' ben vero che l'atto in esame, essendo una "dichiarazione di principi", non ha diretta efficacia obbligatoria³⁶: d'altro canto, essa deriva dall'accordo sul riconoscimento e la tutela dei diritti fondamentali da parte di tutti gli Stati membri dell'ONU e ha svolto un ruolo propulsivo per lo sviluppo del diritto internazionale, consuetudinario e pattizio, in conformità ai valori ivi dichiarati³⁷.

Su queste basi, infatti, è stata impostata l'azione della Comunità internazionale, che non ha smesso di impegnarsi nel combattere ogni forma di razzismo e di intraprendere sempre nuove iniziative per favorire l'integrazione tra i popoli, nell'ideale prospettiva dell'avvento di una società multietnica in cui il concetto di identità nazionale dovrà apparire sempre più sfumato.

Di particolare rilievo, in quest'ambito, sembra essere la Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale³⁸, adottata dalla stessa Assemblea Generale dell'ONU in data 21 dicembre 1965³⁹.

In base all'art. 1 di tale accordo, si configura una responsabilità dello Stato, ogniqualvolta una sua autorità proceda a una distinzione, una preferenza, un'esclusione o una restrizione fondata su un motivo illecito, avente come oggetto o come effetto la violazione del principio di uguaglianza nel godimento dei diritti umani e delle libertà fondamentali, in ogni ambito della vita pubblica.

Se tale disposizione garantisce il valore formale dell'uguaglianza, l'art. 2 dello stesso testo contempla autentici obblighi di intervento da parte degli Stati contraenti per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale; tutelando la dimensione sostanziale del principio, s'impone loro l'adozione: di «*misure efficaci per rivedere le*

³⁵ Cfr. B. CONFORTI, *Le Nazioni Unite*, Padova, 1996, pp. 242, 283 e 284.

³⁶ Il problema del valore di una Dichiarazione era già presente alla Commissione dell'ONU che procedeva all'elaborazione; in quella sede venne espressa, infatti, l'opinione per cui la dichiarazione avrebbe avuto solo un valore formale (ECOSOC VI sez. suppl. I E/600 p. 20).

³⁷ Cfr. B. CONFORTI, op. cit., pp. 284 e 285.

³⁸ Il 20 novembre del 1963 l'Assemblea Generale aveva adottato la Dichiarazione delle Nazioni Unite sull'Eliminazione di Ogni Forma di Discriminazione Razziale, la quale, all'articolo 1, afferma: "La discriminazione tra gli esseri umani legata alla razza, al colore della pelle, o all'origine etnica è un'offesa alla dignità umana e va condannata come negazione dei principi dello Statuto delle Nazioni Unite, come violazione dei diritti umani e delle libertà fondamentali proclamate nella Dichiarazione Universale dei Diritti Umani, come ostacolo alle relazioni amichevoli e pacifiche tra le nazioni e come fatto che turba la pace e la sicurezza tra le nazioni".

La Dichiarazione, tuttavia, non possedeva carattere giuridicamente vincolante. Per sopperire a questo limite l'Assemblea Generale dell'ONU adottò la Convenzione Internazionale sull'Eliminazione di Ogni Forma di Discriminazione Razziale (ICERD), strumento legalmente vincolante, entrato in vigore il 4 gennaio 1969.

³⁹ V. F. SEATZU, *Il Protocollo n. 12 alla Convenzione europea per la protezione dei diritti dell'uomo: uno strumento efficace per la tutela dell'uguaglianza e per l'eliminazione delle discriminazioni?*, Jus, 2002, III, pp. 509 e ss.

politiche governative nazionali e locali, per modificare, abrogare o annullare ogni legge o disposizione regolamentare avente per effetto la creazione della discriminazione razziale o di perpetuarla là dove esiste»; di «misure legislative dirette a proibire la discriminazione razziale praticata dalle persone, gruppi od organizzazioni»; nonché di «misure speciali e concrete per assicurare un adeguato sviluppo o protezione di certi gruppi razziali o di individui appartenenti ad essi per garantire loro, in condizioni di eguaglianza, il pieno esercizio dei diritti umani e delle libertà fondamentali»⁴⁰.

A garanzia dell'effettività di tali disposizioni la Convenzione ha istituito, altresì, all'art. 8 apposite procedure di controllo attraverso l'istituzione di un Comitato sull'eliminazione della discriminazione razziale (CERD), composto da diciotto esperti indipendenti eletti dagli stati firmatari a titolo individuale. A tale Comitato viene assegnato il compito di esaminare i rapporti periodici (che il Segretario generale dell'ONU deve presentare ogni due anni e su richiesta del comitato stesso), nonché i ricorsi interstatuali ed i ricorsi individuali⁴¹.

I principi enunciati nella Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo sono stati sviluppati, altresì, dal Patto sui diritti civili e politici e dal Patto sui diritti economici, sociali e culturali, i quali contengono una gamma di diritti che vengono assicurati a *tutti* gli individui, senza distinzioni, oltre che specifiche clausole antidiscriminatorie. Inoltre, il Patto sui diritti civili e politici, chiarisce che il divieto va esteso non solo alla pratica della discriminazione, ma anche ai suoi fondamenti ideologici, precisando che *«qualsiasi appello all'odio nazionale, razziale o religioso che costituisca incitamento alla discriminazione, all'ostilità o alla violenza deve essere vietato dalla legge»* (articolo 20, secondo comma). È chiaro, dunque, che l'incitamento all'odio e alla discriminazione non possa essere considerato come una forma di "opinione personale", tutelata in quanto libertà di pensiero e di espressione, ma deve essere vietato e attivamente combattuto sia dalle autorità che da tutta la società.

Solo nel 1979 venne elaborato, invece, un apposito strumento di tutela della donna, grazie all'elaborazione della Dichiarazione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione contro le donne, seguita a breve dalla Convenzione sull'eliminazione delle discriminazioni contro le donne (CEDAW)⁴². Quest'ultima, volta a garantire l'uguaglianza politica, economica, sociale e civile tra uomini e donne, viene elaborata con l'intenzione di dare una formulazione più precisa ai diritti delle donne, già enunciati in altri atti internazionali.

⁴⁰ Sulla distinzione tra la dimensione formale e quella sostanziale dell'uguaglianza, si veda sopra, paragrafo 1 A).

⁴¹ I ricorsi interstatuali - presentati da uno Stato contraente nei confronti di un altro Stato parte che si ritiene inadempiente - possono condurre alla nomina di una Commissione di conciliazione composta da cinque membri nominati di concerto tra gli Stati interessati. Tale Commissione ha il compito di elaborare un rapporto che deve essere inviato al Presidente del Comitato e quindi agli Stati, con l'obiettivo di raggiungere una soluzione conciliativa.

I ricorsi individuali possono essere instaurati dinanzi al Comitato solo previa accettazione da parte dello Stato contraente e possono comportare esclusivamente l'invio di suggerimenti e raccomandazioni allo Stato parte coinvolto e all'autore della petizione.

Si tratta, com'è evidente, di strumenti non dotati di forza vincolante, ma idonei ad influire sulle posizioni assunte dagli Stati membri in materia di discriminazione attraverso lo strumento conciliativo.

⁴² Ratificata dall'Italia il 10.06.1985.

3. Le convenzioni dell'OIL.

Un impulso particolare allo sviluppo e all'affermazione dell'attuale sistema dei diritti umani e all'eliminazione delle discriminazioni nel campo del lavoro scaturì dall'esperienza dell'Organizzazione Internazionale del lavoro, Istituto specializzato dell'ONU nel settore lavoristico, creata nel 1919 a tutela dei diritti dei lavoratori con l'obiettivo di migliorarne le condizioni di vita e di lavoro.

Infatti, già nella sua Costituzione l'OIL ha individuato tra i suoi fini fondamentali il rispetto dell'eguaglianza di opportunità e di trattamento nel lavoro⁴³, per poi ribadirlo nella Convenzione di Philadelphia del 1944, la quale precisa che il perseguimento di condizioni eguali nell'accesso e nello svolgimento del rapporto di lavoro, a prescindere da razza, sesso e religione, deve essere scopo centrale di ogni politica nazionale ed internazionale.

Sulla base di tali presupposti sono stati adottati diversi rilevanti strumenti, volti all'eliminazione della discriminazione sul lavoro, tra i quali la Convenzione n. 100 del 1951⁴⁴ che per prima ha imposto la parità di trattamento retributivo tra uomini e donne. Tale parità era prevista, tuttavia, con riferimento all'esecuzione di "lavoro di pari valore", formula questa che si prestava ad essere interpretata nel senso di "parità di rendimento", con il rischio di legittimare differenze retributive sulla base di un presunto rendimento femminile inferiore al rendimento maschile⁴⁵.

Inoltre, si comprese ben presto che le discriminazioni potevano derivare non solo dalla previsione di retribuzioni differenti, ma altresì da fattori ulteriori, quali a titolo d'esempio, la maggiore o minore facilitazione nell'accesso alla formazione e all'orientamento professionale, o il raggiungimento di promozioni e di funzioni superiori⁴⁶.

Tali considerazioni indussero, a breve distanza dall'emanazione della Convenzione n. 100, all'emanazione di uno strumento che consentisse di colpire in modo più efficace e completo tutte le forme di disparità sul lavoro.

Venne elaborata a tal fine la Convenzione n. 111 OIL del 1958⁴⁷, con la quale si introdusse un divieto di discriminazione così ampio da «*sfumare quasi nel principio di parità di trattamento*»⁴⁸.

Essa, infatti, in primo luogo fornisce un'ampia nozione di discriminazione, definendola come «*ogni distinzione, esclusione o preferenza fondata sulla razza, il colore, il sesso, la religione, l'opinione politica, la discendenza nazionale o l'origine sociale, che ha per effetto di negare o di alterare l'uguaglianza di possibilità o di trattamento in materia d'impiego o di professione*», nonché come «*ogni altra distinzione, esclusioni o preferenza che abbia per effetto di negare o di alterare l'uguaglianza di possibilità o di trattamento in materia d'impiego o di professione(...)*»⁴⁹ con l'eccezione di quelle fondate sulle qualifiche specifiche richieste per un determinato lavoro.

Da tale definizione emerge che non rileva la sussistenza in capo all'autore dell'atto discriminatorio, dell'effettiva intenzione di porre in essere una ingiustificata differenziazione di trattamenti, ma semplicemente la presenza di una distinzione,

⁴³ Costituzione art. 41 punti 7-8, sez. II.

⁴⁴ Ratificata in Italia con la L. 22.05.1956 n. 741.

⁴⁵ R. BORTONE, Voce *Discriminazione (divieto di)*, Digesto disc. Priv. Sez. comm., Vol. V, 1990, p. 16 ss..

⁴⁶ D. ACRI, *La lotta internazionale contro la discriminazione nel lavoro*, in I diritti dell'uomo. Cronache e battaglie, fasc. II, 2004, p. 80 ss.

⁴⁷ Ratificata in Italia con la l. 6.02.1963 n. 405.

⁴⁸ R. BORTONE, Voce *Discriminazione (divieto di)*, cit., p. 18.

⁴⁹ Art. 1 par. 1 a e b.

esclusione o preferenza, imperniata su uno dei criteri contemplati, che produca una concreta alterazione dell'uguaglianza.

In relazione all'ambito di applicazione, viene precisato il significato da attribuire ai termini "impiego" e "professione" stabilendo che negli stessi debbano considerarsi comprese non solo le condizioni di impiego, ma anche l'accesso alla formazione professionale, l'accesso all'impiego e alle differenti professioni.

L'importanza della Convenzione risiede, altresì, nel fatto che essa trovi applicazione sia nel settore pubblico che in quello privato e che si riferisca anche ai lavoratori che non sono cittadini dello stato in cui lavorano.

Si evince da quanto precede la portata innovativa della Convenzione n. 111 nel panorama delle normative e delle politiche antidiscriminatorie internazionali e nazionali, benché essa non sia del tipo self-executing, e non generi, dunque, posizioni giuridiche che i singoli possano far valere in assenza di un intervento attuativo degli Stati firmatari⁵⁰.

Portata più circoscritta ha, invece, la Convenzione n. 117 OIL⁵¹ che introduce un divieto di discriminazione tra lavoratori fondato esclusivamente sulla «razza, il colore, il sesso, la fede, l'appartenenza ad un gruppo tradizionale o iscrizione sindacale».

L'impegno dell'OIL per conseguire il rispetto dell'uguaglianza di opportunità e di trattamento nel lavoro, ha ricevuto recenti conferme: nel 1998 è stata emanata la Dichiarazione Oil sui principi e diritti fondamentali nel lavoro e suoi seguiti, la quale individua quattro categorie di principi e diritti fondamentali, oggetto delle Convenzioni emanate dall'OIL nel corso degli anni. Tali categorie sono: la libertà di associazione e il riconoscimento effettivo del diritto alla contrattazione collettiva; l'eliminazione di ogni forma di lavoro forzato od obbligatorio; l'abolizione effettiva del lavoro minorile; l'eliminazione della discriminazione in materia di impiego e professione. Ed al fine di avere un quadro generale su queste categorie di principi e di indirizzare i futuri interventi dell'Organizzazione, è prevista la presentazione da parte del Direttore Generale di un rapporto Globale che verte ogni anno, a turno, su una delle quattro categorie di diritti fondamentali individuate.

Proprio in attuazione di tali previsioni, si è proceduto all'elaborazione di un *Rapporto Generale sullo stato della discriminazione nel mondo del lavoro*, adottato dal Consiglio di amministrazione nel 2004, che si ricollega al *Rapporto Globale sull'eliminazione della discriminazione in materia di impiego e professione*, presentato a Ginevra nel mese di giugno 2003, nei quali ancora una volta viene ribadita l'impossibilità di tollerare qualunque forma di disparità nell'ambito lavoristico.

⁵⁰ L'Italia, per lungo tempo, ha dato attuazione solo parziale alla convenzione n. 111, attraverso le disposizioni della L. 300 del 1970. Le più recenti evoluzioni normative paiono aver colmato tale lacuna.

⁵¹ «Part V. - Non-Discrimination on Grounds of Race, Colour, Sex, Belief, Tribal Association or Trade Union Affiliation **Article 14:** 1. It shall be an aim of policy to abolish all discrimination among workers on grounds of race, colour, sex, belief, tribal association or trade union affiliation in respect of:
(a) labour legislation and agreements which shall afford equitable economic treatment to all those lawfully resident or working in the country;
(b) admission to public or private employment;
(c) conditions of engagement and promotion;
(d) opportunities for vocational training;
(e) conditions of work;
(f) health, safety and welfare measures;
(g) discipline;
(h) participation in the negotiation of collective agreements;
(i) wage rates, which shall be fixed according to the principle of equal pay for work of equal value in the same operation and undertaking. ». La Convenzione è stata ratificata in Italia con la L. 13.07.1966 n. 657.

4. L'azione del Consiglio d'Europa.

In ambito regionale europeo una rilevante azione volta a combattere le discriminazioni fu condotta da parte del Consiglio d'Europa, entità nata dall'idea di costituire in Europa un'organizzazione a carattere intergovernativo, creata con la finalità di prevenire nuovi conflitti attraverso la cooperazione politico-economica tra gli Stati membri.

Lo Statuto, infatti, pone quale fine del Consiglio quello di «*conseguire un'unione più stretta tra i suoi membri per tutelare e realizzare gli ideali ed i principi che sono loro comune patrimonio e per favorire il loro progresso economico e sociale*»⁵² e prevede che gli Stati che intendano divenire membri debbano accettare «*i principi dello stato di diritto e del godimento dei diritti umani e delle libertà fondamentali da parte di ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione*» (art. 3).

E, sulla base del presupposto che ogni forma di discriminazione debba essere considerata come una violazione dei fondamentali diritti e libertà di cui l'individuo è titolare, il Consiglio ha esteso opportunamente il suo raggio d'azione a problemi sociali quali la xenofobia, il razzismo, l'antisemitismo, l'intolleranza, nonché la protezione delle minoranze.

Sul piano normativo tale impegno si è tradotto nell'elaborazione della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, adottata a Roma il 4 novembre del 1950⁵³. Si tratta di uno strumento che sul piano contenutistico richiama le disposizioni della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, ma se ne distingue in quanto, sotto il profilo giuridico, si presenta, invece, come vincolante e non meramente programmatica⁵⁴.

Essa offre, infatti, agli Stati ed agli individui, la possibilità di promuovere un ricorso dinanzi ad un'istanza sovranazionale, la Corte europea dei diritti dell'uomo, al fine di far valere i diritti in essa sanciti.

La Convenzione si struttura in tre parti. La prima dedicata alla individuazione dei diritti oggetto di tutela, la seconda (modificata dal Protocollo n. 11⁵⁵) concernente la struttura ed il funzionamento della Corte europea dei diritti dell'uomo⁵⁶ e la terza contenente disposizioni di vario contenuto.

⁵² Art. 1 lett. (a) Statuto.

⁵³ Ratificata in Italia con L. 4.08.1955 n. 848.

⁵⁴ Problema fondamentale appare quello dell'efficacia che deve essere riconosciuta alle norme della Convenzione nell'ambito dell'ordinamento italiano e del loro rango nella gerarchia delle fonti. Si contrappongono, infatti, due orientamenti. Da un lato, la giurisprudenza costituzionale e di legittimità ha riconosciuto, in più occasioni, la diretta applicabilità di tali norme, qualora contengano «*il modello di un atto interno completo nei suoi elementi essenziali*» (Cass. Sez.Un., 23.11.1998, in Cass. Pen., 1989, 1418) e ha riconosciuto ad esse una particolare forza di resistenza rispetto alla legge ordinaria successiva (Corte Cost., 19.01.1993, in Giur. cost. 1993, 52); dall'altro residua un orientamento che riconosce alla convenzione un mero valore programmatico, idoneo a vincolare il solo legislatore e non suscettibile di diretta applicazione interna in assenza di uno specifico atto normativo di attuazione (es. Cass.pen. IV, 30.04.1997).

Sotto il profilo del rango che debba essere riconosciuto nella gerarchia delle fonti alle disposizioni della Convenzione, di indubbio rilievo appare la Legge costituzionale n. 3 del 2003, la quale riformulando l'art. 117 della Carta Costituzionale ha stabilito che la potestà legislativa deve essere esercitata dallo Stato e dalle regioni nel rispetto (oltre che della Costituzione) dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali. Alla luce di tale disposizione si è sostenuto che gli obblighi derivanti dalla Convenzione possano oggi collocarsi su un piano sovraordinato rispetto alle leggi statali ordinarie, in quanto sono idonee a costituire parametro mediato di costituzionalità di tali leggi.

⁵⁵ Aperto alla firma a Strasburgo l'undici maggio del 1994 ed entrato in vigore per tutti gli Stati firmatari il primo novembre del 1998.

⁵⁶ La funzione della Corte viene individuata dall'art. 19, il quale stabilisce che ad essa compete «*assicurare il rispetto degli impegni derivanti alle Alte Parti Contraenti dalla presente Convenzione e dai suoi protocolli*».

In particolare, il divieto di discriminazione è sancito dall'articolo 14 della Carta⁵⁷, il quale tuttavia non contiene un generale divieto di discriminazioni, ma si limita a vietare il compimento di atti discriminatori con esclusivo riferimento ai diritti garantiti dalla medesima Convenzione⁵⁸.

In tal modo la norma contenuta nell'art. 14 viene a trovarsi in posizione di accessorialità rispetto alle altre disposizioni della prima parte della convenzione e risulta privo di un ambito di applicazione indipendente⁵⁹.

Solo a partire dagli anni novanta, in conseguenza dell'intensificarsi di iniziative volte ad ampliare l'apparato delle tutele convenzionali in tale materia, si è ritenuto di dover estendere le garanzie in tema di discriminazione attraverso l'elaborazione di un apposito Protocollo⁶⁰.

Attraverso l'inserimento nella Convenzione del Protocollo n. 12 si è giunti a sancire un divieto di discriminazione generale, esteso a tutti i campi e settori (art. 1). L'art. 14 ha acquisito, in sostanza, una valenza autonomamente precettiva, che prescinde dal necessario ancoraggio ai diritti enunciati dalla Convenzione⁶¹. Da ciò deriva la possibilità, con l'entrata in vigore del Protocollo n. 12, di azionare i meccanismi di tutela istituiti dalla Convenzione ed in particolare il ricorso alla Corte europea, ogniquale volta sussista una discriminazione, a prescindere dal contenuto del diritto su cui questa incida.

Tale rilevante innovazione appare in gran parte dovuta all'operato di un organo specializzato del Consiglio europeo, istituito al fine di elaborare politiche comuni di integrazione sociale e lotta al razzismo: la *Commissione europea contro la discriminazione e l'intolleranza* (ECRI)⁶².

L'ECRI ha il compito specifico di procedere all'esame e alla verifica dell'applicazione delle misure politiche e giuridiche di lotta alla discriminazione adottate dai singoli Stati membri. A tal fine essa può proporre agli Stati stessi tutte le misure che vengano ritenute più idonee a combattere il razzismo, la xenofobia e l'intolleranza, in rapporto alle situazioni che caratterizzano le singole realtà dei vari Paesi.

⁵⁷ Articolo 14 - «*Divieto di discriminazione. Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita o ogni altra condizione*».

⁵⁸ Ciò appare confermato dal costante orientamento della Corte europea dei diritti dell'uomo. A titolo d'esempio: Corte, Airey C. Irlanda, serie A n. 32, par. 30; Dudgeon c. regno Unito, serie A n. 45, par. 67; James e altri c. Regno Unito, serie A n. 98. La corte ha affermato, infatti, in più occasioni, che non sussiste violazione dell'art. 14 se i fatti in questione non ricadano in uno degli articoli che sanciscono diritti e libertà (ad esempio, in Corte, Van der Musselc. Belgio, serie A, n. 70; o ancora Rasmussen c. Danimarca, serie A n. 87, par. 29). Per un esame della giurisprudenza della Corte in materia, c.f.r. S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per i diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam 2001.

⁵⁹ Tra gli altri M. DE GIORGI, *Le prospettive di evoluzione dell'ordinamento verso nuovi modelli di governance delle politiche di integrazione razziale*, in *Dir.e soc.*, 2004, fasc. III, p 403 ss.

⁶⁰ Il Protocollo n. 12, è stato predisposto dal Comitato direttore per i diritti umani e, dopo un complesso iter che ha visto coinvolti il Comitato dei Ministri, l'Assemblea Parlamentare e la Corte europea, è stato aperto alla firma degli Stati membri il 4 novembre del 2000 a Roma.

⁶¹ Il preambolo del Protocollo precisa che «*il principio di non discriminazione non impedisce agli stati parte di prendere misure allo scopo di promuovere la piena ed effettiva eguaglianza, purché vi sia una ragione oggettiva e ragionevole che giustifichi tali misure*».

⁶² La decisione di creare l'ECRI è contenuta nella Dichiarazione di Vienna, adottata il 9 ottobre 1993. La Commissione è un organo collegiale, è composto da quarantacinque membri designati sulla base delle loro approfondite conoscenze nei settori della lotta contro l'intolleranza e della loro autorità morale e riconosciuta esperienza nelle questioni relative al razzismo, alla xenofobia, all'antisemitismo e all'intolleranza. Essi sono indipendenti ed imparziali nell'esercizio del loro mandato, e non ricevono alcuna istruzione dai loro Governi, ma agiscono a titolo individuale.

L'approccio prescelto è definito, infatti, *country by country*, in quanto la Commissione effettua lo studio dei fenomeni del razzismo e della discriminazione razziale analizzando da vicino la situazione di ciascun Paese membro del Consiglio d'Europa, al fine di tener conto delle diverse modalità con le quali il problema si pone a livello nazionale.

Per poter ottenere tale risultato, la commissione opera a supporto ai Governi nazionali, in stretta correlazione con le istituzioni locali e con le organizzazioni non governative, ed elabora dei rapporti che contengono suggerimenti, analisi e raccomandazioni volti a risolvere problemi specifici.

L'ECRI procede, altresì, all'elaborazione di *Raccomandazioni* su temi generali, che delineano delle strategie comuni, alle quali tutti i governi degli Stati parte sono invitati ad ispirare le politiche nazionali.

Tra queste, una in particolare merita di essere ricordata: la "Recommandation de politique générale n° 7" su « La législation nationale pour lutter contre le racisme et la discrimination raciale »⁶³.

Tale Raccomandazione, infatti, rileva sia per aver fornito una definizione di razzismo e di discriminazione, diretta ed indiretta, sia per aver incoraggiato l'adozione di legislazioni antidiscriminatorie complete, vale a dire che contemplino, in tutte le branche del diritto, disposizioni atte a colpire i fenomeni in questione nei diversi settori della vita, quali, ad esempio, l'impiego, l'alloggio, l'educazione, l'accesso ai servizi sociali e pubblici.

Il ruolo fondamentale svolto dall'ECRI ha ricevuto unanime riconoscimento da parte dei Paesi membri. Per tale ragione, il 13 giugno 2002, il Consiglio d'Europa ha provveduto ad adottare un nuovo Statuto per la Commissione, con lo scopo di rafforzarne ulteriormente l'azione e di consolidare il suo ruolo di organismo indipendente con funzioni di monitoraggio su tutte le tematiche afferenti il razzismo e le discriminazioni razziali⁶⁴.

5. L'azione dell'Unione Europea.

L'esigenza di elaborare una politica comune di lotta alla discriminazione razziale si delinea, in seno alle Comunità europee, solo in epoca più recente, grazie alla costante evoluzione del processo di integrazione che determina la trasformazione dell'ordinamento comunitario da comunità sopranazionale, con finalità limitate alla creazione di un Mercato unico europeo, ad istituzione complessa con crescenti connotati di statualità.⁶⁵

Infatti, nella versione originaria del Trattato istitutivo della Comunità economica europea difettava qualunque riferimento ai diritti fondamentali dell'uomo ed alla necessità di garantirli, senza discriminazioni, a tutti gli individui. Ciò, naturalmente, in linea con la suddetta vocazione «mercantilistica» che caratterizza le origini della Comunità, benché la dichiarazione contenuta nel Preambolo del Trattato CEE faccia

⁶³ Adottata a Strasburgo il 13 dicembre 2002.

⁶⁴ Il nuovo Statuto e gli aggiornamenti sull'attività dell'ECRI sono disponibili sul sito www.ecri.coe.int.

⁶⁵ C. ZANGHI', *Istituzioni di diritto dell'Unione Europea*, Giappichelli, Torino, 2000, pp. 44 ss. e pp. 335 ss. L'autore sottolinea che «l'intera costruzione dell'integrazione europea (...) è soggetta ad una revisione continua, ad un continuo aggiornamento» e che tale carattere evolutivo è esplicitamente confermato dall'articolo 1 del Trattato dell'Unione, il quale afferma: «*Il presente Trattato segna una nuova tappa nella creazione di una unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa*».

riferimento al più elevato intento di costituire il fondamento per una «*unione più stretta tra i popoli europei*».

In tale chiave devono essere lette le norme che nel Trattato, per prime, introducono un divieto di discriminazione, vale a dire l'art. 7 Trattato CEE (poi art 12 Trattato CE), che sanziona ogni forma di discriminazione fondata sulla nazionalità, nonché l'art. 119 par. 1 Trattato CEE (141 par. 1 TCE), il quale sancisce il principio di parità di retribuzione tra uomo e donna⁶⁶. Esse rispondono, indubbiamente, alle esigenze di garantire il buon funzionamento del mercato comune e di correggere eventuali pratiche distorsive della concorrenza tra gli Stati⁶⁷.

La totale assenza, sotto il profilo normativo, di riferimenti a diritti e libertà fondamentali dei cittadini europei, ha spinto la Corte di giustizia delle Comunità a ricondurre i diritti fondamentali dell'uomo nell'alveo della categoria dei *principi generali del diritto*, fonte non scritta del diritto comunitario⁶⁸.

In tal modo la Corte si è potuta far carico del compito di garantire la tutela dei diritti fondamentali stessi, facendo sì che questo rientrasse nell'attività, attribuitale dal Trattato, di «*assicurare il rispetto del diritto nell'interpretazione ed applicazione del Trattato*»⁶⁹.

In difetto di un catalogo dei diritti fondamentali nell'ambito delle fonti normative europee, la Corte ha ritenuto di doversi ispirare al complesso delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri ed ai trattati internazionali in materia di diritti dell'uomo (ai quali gli Stati membri abbiano aderito), tra i quali, in particolare, la Convenzione europea per i diritti dell'uomo⁷⁰.

In relazione al principio di non discriminazione, la Corte di giustizia ha elaborato un generale principio di uguaglianza tra uomo e donna, enucleandolo dalle disposizioni del Trattato⁷¹ e dalle norme presenti sia nell'ordinamento internazionale che in quelli nazionali⁷².

Laddove, invece, non sia stato possibile rintracciare univoche tradizioni costituzionali comuni, sulla base delle quali identificare come discriminatoria una disparità di trattamento, la Corte ha tenuto un atteggiamento più cauto, scegliendo di non forzare lo spirito delle legislazioni nazionali⁷³. In assenza di una revisione del Trattato, dunque,

⁶⁶ Va ricordato, altresì, l'art. 34 par. 2 TCE, il quale stabilisce che l'organizzazione comune dei mercati agricoli preclude ogni discriminazione tra produttori o consumatori nell'ambito della Comunità europea.

⁶⁷ R. MASTROIANNI, *Il contributo della carta europea alla tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Carta europea e diritti fondamentali*, a cura di G.VETTORI, Cedam, Padova, 2002, p. 273 ss.

⁶⁸ In varie sentenze la Corte afferma che i diritti fondamentali costituiscono parte integrante dei principi generali del diritto, dei quali essa stessa è chiamata a garantire l'osservanza: cfr. tra le altre, le sentenze 29.05.1997, Causa C-299/95, Kremzov (Raccolta 1997, p. I-2629, punto 14).

⁶⁹ Art 220 Trattato CE. *Il contributo della carta europea alla tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*

⁷⁰ In proposito, tra gli altri, cfr. MASTROIANNI R., *Il contributo della carta europea alla tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, cit., p. 275, il quale cita in proposito, altresì, alcune significative sentenze della Corte.

⁷¹ In particolare l'art. 12, l'art. 34 e 141 TCE, cui si è già accennato.

⁷² Cfr. CGCE 7.06.1972, C-20/71, o ancora CGCE 20.02.1975, C-21/74. è stato altresì elaborato un divieto di discriminazione per motivi religiosi, come emerge, ad esempio, da CGCE 27.10.1976, C-130/75. Sul tema della giurisprudenza della Corte in tema di parità uomo-donna, cfr. A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, 2002, p. 329 ss.

⁷³ In proposito cfr. CHERCHI R. e DEFENU A., *Le politiche comunitarie di lotta alla discriminazione*, in *Rass.dir.pubbl.eur.*, fasc.I, 2004, p. 1723 ss., ove si fa riferimento a due casi specifici: quello della disparità di trattamento tra cittadini comunitari e cittadini dei Paesi terzi e quello della discriminazione per motivi di tendenza sessuale. In entrambi i casi, la Corte ha ritenuto di non poter svolgere un'attività

l'elaborazione giurisprudenziale ha incontrato un limite nel diritto positivo degli Stati membri.

Grazie anche all'opera della Corte di Giustizia, dunque, nelle istituzioni comunitarie si è andata affermando, in modo graduale, la consapevolezza che le discriminazioni, in particolare quelle fondate sulla razza e sull'origine etnica, possono compromettere il conseguimento di obiettivi fondamentali, individuati dal Trattato dell'Unione, quali il miglioramento del tenore e della qualità di vita dei cittadini comunitari, la coesione economica e sociale, il raggiungimento di un livello soddisfacente di occupazione e di protezione sociale⁷⁴.

Per tali motivi, nonostante l'assenza di uno specifico divieto di discriminazione basata sulla razza nei Trattati comunitari, le istituzioni stesse hanno dedicato una crescente attenzione alla lotta contro il razzismo e la xenofobia.⁷⁵

In particolare negli ultimi quindici anni, a partire dalle Risoluzioni del Consiglio d'Europa del 1985 e dalla Dichiarazione interistituzionale contro il razzismo e la xenofobia del giugno 1986⁷⁶, l'azione comunitaria si è intensificata in conseguenza della sempre maggiore percezione dell'ampiezza del fenomeno e della necessità di farvi fronte con una strategia globale⁷⁷.

Al fine di elaborare soluzioni efficaci, si è rivelato immediatamente indispensabile disporre di informazioni obiettive, attendibili e comparabili a livello europeo: a tale scopo, nel 1997 è stato creato l'Osservatorio europeo dei fenomeni di razzismo e xenofobia (EUMC)⁷⁸.

Il nuovo organismo opera in modo indipendente dalle istituzioni comunitarie e dai governi nazionali con il compito di raccogliere, registrare e analizzare informazioni e dati e di effettuare ricerche e studi, così da realizzare un sistema di monitoraggio e prevenzione⁷⁹.

L'Osservatorio può agire direttamente all'interno degli Stati membri, da parte dei quali gli è riconosciuta la più ampia capacità giuridica attribuita dal diritto nazionale alle

“cretiva”, traendo generali divieti di discriminazione dai singoli ordinamenti nazionali, in assenza di un consenso attestato dalle Carte dei diritti nazionali e regionali.

⁷⁴ DE GIORGI, *Le prospettive di evoluzione dell'ordinamento* cit., p. 409 ss.

⁷⁵ G. CHITI, *Il principio di non discriminazione ed il Trattato di Amsterdam*, in Riv. ital. Dir. pubbl. com., 2000, p. 862 ss.

⁷⁶ Dichiarazione comune del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione contro il razzismo e la xenofobia, in G.U.C.E. C 158 del 25 giugno 1986, p. 1. L'importanza di tale dichiarazione risiede nel fatto che in esse si afferma esplicitamente che la lotta al razzismo ed alla xenofobia deve essere considerata patrimonio comune dell'Europa e che tali fenomeni possono essere affrontati solo attraverso un'attività continua di informazione, condotta in tutti i Paesi membri.

⁷⁷ Numerose risoluzioni hanno fatto seguito a queste iniziative negli anni novanta, solo a titolo d'esempio si possono segnalare: la risoluzione del Consiglio e dei rappresentanti dei governi degli Stati membri, riuniti in sede di Consiglio, sulla lotta contro il razzismo e la xenofobia, del 29 maggio 1990, in G.U.C.E. C 157 del 27 giugno 1990, p. 1; la risoluzione del Consiglio e dei rappresentanti dei governi degli Stati membri, riuniti in sede di Consiglio, sulla lotta contro il razzismo e la xenofobia nei settori dell'occupazione e degli affari sociali, del 5 ottobre 1995, in G.U.C.E. C 296 del 10 novembre 1995, p. 13; la risoluzione del Consiglio e dei rappresentanti dei governi degli Stati membri, riuniti in sede di Consiglio, sulla risposta dei sistemi scolastici ai problemi del razzismo e della xenofobia, del 23 ottobre 1995, in G.U.C.E. C 312 del 23 novembre 1995, p. 1.

⁷⁸ Istituito con Regolamento del Consiglio Europeo (1035/97, G.U.C.E. L 151 del 10 giugno 1997), è un corpo indipendente dell'UE, composto da personalità indipendenti designate dagli Stati membri (un membro ciascuno), dal Parlamento Europeo e dal Consiglio d'Europa, nonché da un rappresentante della Commissione Europea. Ha sede a Vienna. Tale organismo collabora strettamente con l'ECRI. Riunioni regolari sono organizzate, infatti, da queste istanze al fine di mantenere vivo il dialogo e di valutare l'adozione di concrete misure di cooperazione.

⁷⁹ Relazione della Commissione delle Comunità europee al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni sulle attività dell'Osservatorio dei fenomeni razzisti e xenofobi, Bruxelles, 26 ottobre 2000, COM(2000)625, pp. 5 ss.

persone giuridiche⁸⁰, nonché formulare conclusioni e pareri rivolti alla Comunità e agli Stati membri⁸¹.

Un'altra importante iniziativa è stata l'istituzione dell'Anno europeo contro il razzismo, il 1997,⁸² con la quale si è dato un impulso fondamentale alla lotta dell'UE contro la discriminazione. Obiettivo della manifestazione era quello di favorire lo scambio di riflessioni sui pericoli del razzismo e di esperienze sulle misure sperimentate nei vari Paesi per superare tali fenomeni.

Tuttavia, solo con la riforma del Trattato istitutivo della Comunità Europea ad opera del Trattato di Amsterdam⁸³, concluso nel mese di giugno 1997 ed entrato in vigore il primo maggio 1999, è stato introdotto nel sistema comunitario il divieto di alcune forme specifiche di discriminazione⁸⁴.

Con l'introduzione dell'articolo 13, infatti, il Trattato di Amsterdam conferisce, per la prima volta, alla Comunità gli strumenti per contrastare «*le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali*»⁸⁵. In particolare dall'analisi della norma emerge che l'articolo non contiene l'affermazione formale del principio di non discriminazione, ma attribuisce al Consiglio il potere normativo necessario per combattere le discriminazioni vietate e delinea la procedura da seguire a tale scopo⁸⁶. In questo modo la disposizione, pur non attribuendo in capo ai cittadini diritti tutelabili direttamente, ha rappresentato la piattaforma normativa sulla quale fondare tutti i successivi interventi in materia⁸⁷.

Dopo la firma del Trattato, la Commissione ha intrapreso ampie consultazioni con i governi degli Stati membri, con i membri del Parlamento Europeo, con le organizzazioni dei datori di lavoro, dei sindacati e delle organizzazioni non governative

⁸⁰ G. CHITI, op. loc. cit., pp. 862 ss.

⁸¹ Una delle prime attività dell'Osservatorio è stata la creazione della RAXEN (Rete europea d'informazione sul razzismo e la xenofobia), unità centrale integrata nell'EUMC. Il network europeo d'informazione raccoglie, elabora e valuta dati provenienti da tutte le istituzioni e organizzazioni coinvolte, sparse in tutto il territorio comunitario, ponendole a disposizione della Comunità e degli Stati membri.

⁸² Attraverso la risoluzione del Consiglio e dei rappresentanti dei governi degli Stati membri, riuniti in sede di Consiglio, del 23 luglio 1996.

⁸³ Infatti, sino all'emanazione del Trattato di Amsterdam, le iniziative intraprese non si erano concretizzate nella introduzione di un divieto di discriminazione nei Trattati, nonostante l'opportunità si fosse presentata in occasione delle modifiche apportate nel 1992 al Trattato della Comunità europea. Prevaleva l'esigenza di evitare che gli Stati membri fossero costretti a cedere ulteriori competenze all'Unione, in una fase delicata come quella che è seguita all'entrata in vigore del Trattato di Maastricht.

⁸⁴ Nel vertice di Amsterdam i Capi di Stato e di Governo dei quindici Stati membri hanno adottato una serie di misure particolarmente significative, al fine di rafforzare l'impegno dell'Unione nel sostenere e rispettare i diritti fondamentali dell'uomo. In particolare è stato instaurato il nuovo potere dell'Unione di sospendere i diritti di uno Stato membro sorpreso a violare i principi della libertà, della democrazia, del rispetto dei diritti dell'uomo o ad attentare alle libertà fondamentali o allo Stato di diritto.

⁸⁵ Art. 13, Trattato della CE : Fatte salve le altre disposizioni del presente Trattato e nell'ambito delle competenze da esso conferite alla Comunità, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, può prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali.

⁸⁶ Si prevede che la procedura venga attivata dalla proposta della Commissione, previo parere del Parlamento Europeo, che sembra essere obbligatorio ma non vincolante, e che il Consiglio stesso si esprima all'unanimità.

⁸⁷ A. CELOTTO, in AA. VV., *L'Europa dei diritti - Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, cit., pp. 173.

a livello europeo, sul tema della discriminazione sociale al fine di stabilire le modalità di attuazione di tali nuove competenze⁸⁸.

E' su queste basi che sono state adottate in tempi brevissimi:

la direttiva 2000/78/CE, contro le discriminazioni fondate sulla religione, le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali, per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro;

la direttiva 2000/43/CE, sulla parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e origine etnica;

il Programma d'azione europeo di lotta contro la discriminazione⁸⁹ (2001-2006).

Le due direttive hanno lo scopo di introdurre le norme che garantiranno un livello minimo di protezione contro la discriminazione in tutta l'UE.

L'esperienza maturata sul campo ha, tuttavia, dimostrato che gli strumenti legislativi non sono sufficienti per sradicare un fenomeno di tale portata e devono dunque essere combinati con azioni concrete. In quest'ottica è stato elaborato il Programma, volto a consentire l'analisi di modalità pratiche per superare le barriere create dalla discriminazione nella vita quotidiana anche attraverso il confronto e lo scambio di "buone pratiche"⁹⁰.

Strategie operative di recente attivate dall'UE sono anche il principio di *mainstreaming* e il partenariato sociale (quantomeno il suo più intenso utilizzo).

Il termine "mainstreaming", che viene tradotto con la locuzione «*integrazione orizzontale delle pari opportunità in tutti i settori di azione*», viene definito per la prima volta a Pechino, in occasione della Quarta Conferenza Mondiale delle N.U. sulle donne nel 1995, dove si è affermato che esso consiste nella promozione «*da parte dei governi e degli altri soggetti attivi, di una politica attiva e visibile di mainstreaming, in una prospettiva di genere in tutte le politiche ed i programmi per assicurare che, prima di prendere decisioni, sia effettuata un'analisi degli effetti che essi hanno sulle donne e sugli uomini rispettivamente*»⁹¹.

Delineata nell'ambito della discriminazione di genere, tale strategia antidiscriminatoria è stata progressivamente estesa anche agli altri motivi di discriminazione. L'opportunità di adottare una politica di *mainstreaming* anche nella lotta contro la discriminazione razziale è stata sottolineata dalla Commissione già nel 1995⁹², ma è

⁸⁸ A. D'ANDREA, *Le proposte della Commissione contro la discriminazione nell'Unione Europea*, Lav. prev. oggi, 2000, III, pp. 429.

⁸⁹ Decisione 2000/750/CE del Consiglio del 27 novembre 2000, pubblicata nella G.U.C.E. 2 dicembre 2000 n. L 303.

⁹⁰ Il programma d'azione comunitaria è entrato in vigore il primo gennaio 2001 e avrà una durata di sei anni. Il bilancio stanziato per tale programma è di circa 100 milioni di euro. Alla sua realizzazione sono chiamati a collaborare: le autorità nazionali, regionali e locali, gli organismi di promozione della parità di trattamento, le parti sociali, le organizzazioni non governative, le università e gli istituti di ricerca, gli uffici statistici nazionali e i mezzi di comunicazione. Tale programma verte sui seguenti argomenti:

non discriminazione nell'amministrazione pubblica;

non discriminazione nei mezzi di comunicazione;

una partecipazione in condizioni di parità al processo decisionale in campo politico, economico e sociale;

la parità di accesso ai beni e servizi, ivi incluso l'alloggio, i trasporti, la cultura, il tempo libero e lo sport;

la vigilanza su ogni forma di discriminazione, ivi compresa la discriminazione multipla;

la divulgazione di informazioni sul diritto alla parità di trattamento e alla non discriminazione;

l'integrazione di politiche e pratiche antidiscriminatorie.

⁹¹ Relazione annuale della Commissione: Pari opportunità per le donne e gli uomini dell'Unione, 1998, COM (1999), 106 del 5 marzo 1999.

⁹² Comunicazione sul razzismo, sulla xenofobia e sull'antisemitismo, COM (95), 653 del 13 dicembre 1995.

stata formalizzata solo nel 1998, con il Piano d'azione contro il razzismo⁹³ nel quale si propone di integrare l'obiettivo della lotta contro il razzismo con l'insieme delle politiche comunitarie a tutti i livelli.

L'integrazione orizzontale consiste infatti «*nel prendere sistematicamente in considerazione il possibile impatto discriminatorio che l'adozione di una data scelta politica può determinare sui rapporti interraziali, in modo da consentire eventuali miglioramenti e adattamenti delle scelte politiche stesse*»⁹⁴.

Si può riscontrare, in questo nuovo approccio alla problematica della discriminazione, un rilevante mutamento di prospettiva: le politiche antidiscriminatorie non devono più considerarsi in modo settoriale, come a sé stanti, ma devono, invece, permeare tutti gli ambiti di intervento pubblico. Laddove i tradizionali rimedi alla discriminazione vengono a porsi nel momento successivo al comportamento discriminatorio, concretizzandosi in forme di tutela compensativa, la tecnica in esame consente, invece, di «*pre-valutare la possibile incidenza dell'adozione di determinate scelte politiche sul fenomeno discriminatorio*»⁹⁵.

Nel Piano d'azione contro il razzismo la Commissione ha, inoltre, sottolineato l'opportunità di incentivare il ricorso al *partenariato sociale*. Con tale concetto si intende il coinvolgimento e la partecipazione della società civile nella fase di elaborazione delle scelte politiche, che devono, dunque, rappresentare l'esito del confronto con le parti sociali.

Tale proposta rivela la consapevolezza da parte della Commissione che il fenomeno discriminatorio, per la sua natura profondamente sociale, non possa essere affrontato esclusivamente con un approccio rigidamente individuale, tipico della legislazione antidiscriminatoria, ma richieda l'elaborazione di strategie operative che si caratterizzino per una dimensione collettiva.

Tali nuovi orientamenti dell'Unione europea in materia di lotta al razzismo sono stati chiaramente enunciati nel contributo alla Conferenza mondiale contro il razzismo, la discriminazione razziale, la xenofobia e l'intolleranza ad esse connesse (Durban, Sud Africa, 31 agosto- 7 settembre 2001). La Commissione ha infatti indicato tra le raccomandazioni principali: «*a) che tutti gli Stati che partecipano alla Conferenza mondiale adottino una strategia duale che combini legislazione ed azioni pratiche per combattere il razzismo e la xenofobia, integrando la lotta contro il razzismo nella progettazione e nell'attuazione di tutti i programmi e politiche pertinenti e perseguendo programmi specifici di lotta contro la discriminazione e di scambio di buone prassi; b) che tutti gli Stati intrattengano e rafforzino il dialogo con le ONG e le parti sociali e le coinvolgano direttamente nella progettazione e nell'attuazione delle politiche e dei programmi volti a combattere il razzismo e la xenofobia*»⁹⁶.

Ulteriore conferma della generale sensibilizzazione delle istituzioni comunitarie alla problematica della discriminazione, è rappresentato dalle disposizioni contenute nella «Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea», proclamata a Nizza il 7 dicembre del 2000.

Tale Carta, risponde all'esigenza di raccogliere ed enunciare in un unico documento tutti i diritti fondamentali riconosciuti dall'Unione europea⁹⁷. Essa, infatti, riprende in

⁹³ COM (1998), 183, del 25 marzo 1998.

⁹⁴ D. STRAZZARI, *Nuove strategie di lotta alla discriminazione razziale nell'UE ed in Gran Bretagna: il cosiddetto principio di mainstreaming e il partenariato sociale. Verso un diverso approccio della legislazione antidiscriminatoria?*, Dir. pubbl. comp. eur., 2002, I, p. 168.

⁹⁵ ID, p. 168.

⁹⁶ COM (2001), 291, del 1 giugno 2001.

⁹⁷ Il Consiglio europeo di Colonia, nel mese di giugno 1999, deliberò l'avvio del processo di redazione della carta, conferendo mandato ad una apposita Convenzione di redigerne il progetto. Esso afferma che

un unico testo i diritti politici, civili, sociali ed economici che l'Unione riconosce ai cittadini europei ed a tutti coloro che vivono nel territorio dell'Unione⁹⁸. I richiami in essa contenuti all'ordinamento comunitario, alle legislazioni e prassi degli Stati membri «sottolineano il carattere peculiare della Carta, che diventa una summa del percorso effettuato e lo strumento per consolidare i progressi ottenuti nella tutela dei diritti fondamentali all'interno dell'ordinamento medesimo»⁹⁹.

In quanto precipitato dell'evoluzione normativa, giurisprudenziale e sociale dell'Unione, la Carta deve necessariamente contemplare il divieto di discriminazione, ormai parte del bagaglio culturale europeo. L'art. 21, rubricato "Non discriminazione" stabilisce, infatti, un divieto generale di discriminazione e individua una lunga lista di fattori di discriminazione vietati, ancor più completa di quella contenuta nell'art. 13 del Trattato di Amsterdam¹⁰⁰, suscettibile di aggiornamenti, come si deduce dalla locuzione "in particolare" che precede l'elencazione¹⁰¹.

L'importanza della Carta di Nizza (e, specificamente per ciò che qui interessa, della disposizione in esame), va ravvisata nel fatto che essa, pur non dotata di un valore giuridico autonomo, non solo viene utilizzata nell'ambito dell'attività giurisdizionale della Corte di giustizia europea come supporto argomentativo¹⁰², ma altresì incide sulle prassi delle istituzioni comunitarie.

«allo stato attuale dello sviluppo dell'Unione europea, i diritti fondamentali vigenti a livello dell'Unione debbano essere raccolti in una Carta ed in tal modo resi più manifesti».

⁹⁸ Il testo si articola in un Preambolo ed in sette capitoli: dignità, libertà, uguaglianza, solidarietà, cittadinanza, giustizia e, infine, disposizioni generali, per un totale di 54 articoli. Nel Preambolo, infatti, si specifica che la Carta riafferma «i diritti derivanti in particolare dalle tradizioni costituzionali e dagli obblighi internazionali comuni agli Stati membri, dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, dalle carte sociali adottate dall'Unione e dal consiglio d'Europa, nonché dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea dei diritti dell'uomo»

⁹⁹ G. COLURA, *Cenni introduttivi sulla Carta dei diritti*, in *Carta europea e diritti dei privati* cit., p. 159 ss.

¹⁰⁰ Art 21 «1. È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali.

2. Nell'ambito d'applicazione del Trattato che istituisce la Comunità europea e del Trattato sull'Unione europea è vietata qualsiasi discriminazione fondata sulla cittadinanza, fatte salve le disposizioni particolari contenute nei trattati stessi.»

Tale norma, collocata nel capo III – UGUAGLIANZA, è preceduta dall'art. 20 che sancisce il principio dell'uguaglianza di tutte le persone dinanzi alla legge e seguita dall'art 22 che introduce lo speculare diritto alla diversità, nonché da una serie di previsioni più specifiche, volte ad affermare i diritti di determinate categorie di soggetti (anziani, bambini e disabili), nonché dall'art 23 che sancisce il principio della parità tra uomini e donne in tutti i settori.

¹⁰¹ Tra gli altri, R. DEL PUNTA, *I diritti sociali come diritti fondamentali*, in *Carta europea e diritti dei privati* cit., p. 169 ss., il quale efficacemente sottolinea il significato innovativo della disposizione, affermando che: «siamo di fronte ad un'attualizzazione molto importante del principio di non discriminazione, che prelude ad una rinnovata importanza sistematica del medesimo, da sottoporsi ad una rilettura complessiva in questo più esteso ambito di operatività».

¹⁰² R. MASTROIANNI, *Il contributo della Carta europea alla tutela dei diritti*, cit., p. 273 ss. ove si precisa, infatti, che la Carta non ha trovato posto nel Trattato di Nizza, ovvero come suo allegato e che l'unico riferimento alla Carta è contenuto nella Dichiarazione sul futuro dell'Unione, inserita nell'Atto finale della conferenza intergovernativa, nella quale gli Stati membri si sono impegnati a risolvere in un secondo momento la questione della portata giuridica del documento in questione. Sempre nel senso che la Carta si idonea, anche se indirettamente, a produrre effetti giuridici, L.S ROSSI, *La Carta dei diritti come strumento di costituzionalizzazione dell'ordinamento UE*, in *Quad.cost.*, 2002, p. 566 ss.

In essa, inoltre, si riconosce una fondamentale tappa nel processo costituzionale dell'Unione europea¹⁰³. Infatti, le disposizioni della Carta rappresentano un autorevole riconoscimento dei principi sui quali l'Unione si fonda e dei diritti che tale ordinamento sopranazionale ritiene di dover garantire a tutti i cittadini degli Stati membri, senza discriminazioni.

Ed in effetti la Carta di Nizza è stata recepita nel Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa, sottoscritto a Roma il 29 ottobre 2004, e ne costituisce parte integrante¹⁰⁴.

L'art. II-81 della Costituzione contempla il divieto di discriminazione, e riprende in modo quasi invariato l'art. 21 della Carta di Nizza¹⁰⁵.

Tale disposizione non è l'unica in materia. Infatti, in primo luogo, l'art. III-8 recepisce quasi integralmente i contenuti dell'art. 13 del Trattato della Comunità europea, confermando i motivi di discriminazione e i limiti di competenza entro i quali gli atti possono essere adottati. Vi è anche qualche elemento di novità, come, ad esempio, l'indicazione del tipo di provvedimenti adottabili e la previa approvazione di questi atti da parte del Parlamento europeo, invece che la semplice consultazione. La Costituzione, tuttavia, ha confermato due limiti all'espansione delle politiche comunitarie già contenuti nell'art. 13 TCE, vale a dire quello delle competenze previste dal Trattato e quello concernente la regola dell'unanimità richiesta per la validità della deliberazione del Consiglio dei Ministri.

L'art. III-3, sempre in materia di discriminazione, introduce, invece, una disposizione del tutto nuova, stabilendo che «*nella definizione e nell'attuazione di politiche e azioni di cui alla presente parte, l'Unione mira a combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale*».

La collocazione sistematica di tale disposizione, nell'ambito del titolo I della Parte III, rubricato "Clauseole di applicazione generale", induce a ritenere che si sia voluto riconoscere all'uguaglianza il rango di principio a cui devono ispirarsi le politiche dell'Unione¹⁰⁶.

Benché la Costituzione non sia ancora entrata in vigore ed il lungo processo di ratifica proceda non senza difficoltà¹⁰⁷, appare evidente l'importanza che riveste il riconoscimento, anche in tale ambito, del principio di non discriminazione¹⁰⁸.

¹⁰³ A. SPADARO, *Verso la Costituzione europea: il problema delle garanzie giurisdizionali dei diritti*, in dir. Pubbl.comp.eur., 2003, fasc. I, p. 312 ss., ed ancora L. ANGELINI, *A proposito di diritti sociali e principio di uguaglianza nella Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea*, in Dir.lav.rel.ind., 2001, fasc. II, p. 633 ss., il quale sottolinea come, proprio nelle intenzioni degli autorevoli promotori, la Carta sembri destinata a divenire la prima parte della Costituzione europea.

¹⁰⁴ Risultano ormai superate, dunque, «*le perplessità della varia dottrina europea, sempre euroscettica, che intendeva dare alla Carta dei diritti lo stesso vago senso della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (1948)*», come precisa G.B. PETTI, *La Costituzione europea e la tutela civile dei diritti umani*, Maggioli editore, Repubblica di san Marino, 2006, p. 80 ss.

¹⁰⁵ Art. II-81. Non discriminazione. 1. È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale.

2. Nell'ambito d'applicazione della Costituzione e fatte salve disposizioni specifiche in essa contenute, è vietata qualsiasi discriminazione in base alla nazionalità.

¹⁰⁶ R. CHERCHI e A. DEFENU, *Le politiche comunitarie di lotta alla discriminazione*, cit., p.1757 ss.

¹⁰⁷ La ratifica può avvenire o attraverso referendum o per via parlamentare. L'Italia ha ratificato, per via parlamentare, la Costituzione il 6 aprile 2006. Il processo ha subito una battuta d'arresto a causa dei referendum svoltisi con risultato negativo in Francia e Olanda, mentre Danimarca e Gran Bretagna non hanno ancora fissato la date per eventuali consultazioni popolari. Nel summit europeo del 15 e 16 giugno

6. Norme penali in materia di discriminazione razziale.

In Italia, sono stati due, finora, gli interventi del legislatore specificamente diretti a sanzionare penalmente la discriminazione razziale: **1)** la Legge 13 ottobre 1975, nr. 654 (per la ratifica ed esecuzione della convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, aperta alla firma a New York il 7 marzo 1966¹⁰⁹); **2)** la Legge 25 giugno 1993, nr. 205, che ha convertito, con modificazioni, il Decreto-legge 26 aprile 1993, nr. 122, recante misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa.

Converrà dedicare specifica attenzione a ciascuno dei testi normativi sopra richiamati, per confrontarli e per formulare, quindi, un'analisi sintetica dell'effettivo contributo da essi offerto per contrastare la discriminazione razziale.

Legge 654/75.

L'art. 3 di tale legge incriminava, con clausola espressa di sussidiarietà (“*salvo che il fatto costituisca più grave reato*”): **a)** la diffusione – comunque realizzata – di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale; **b)** qualunque incitamento alla discriminazione o alla violenza e qualunque atto violento compiuto in ragione dell'appartenenza delle vittime a un gruppo “*nazionale, etnico o razziale*”: la sanzione contemplata era la reclusione da uno a quattro anni. Inoltre, tale norma, ponendo il divieto per qualunque associazione od organizzazione che abbia tra i suoi scopi l'incitamento all'odio e alla discriminazione razziale, **c)** puniva con la reclusione da uno a cinque anni (con aumento della pena per “*i capi e i promotori*”) coloro che partecipassero a tali organizzazioni o associazioni vietate, ovvero prestassero loro assistenza (“*per il solo fatto della partecipazione o dell'assistenza*”).

Legge 205/93. Interessano particolarmente, in questa sede, gli artt. 1 e 2.

L'art. 1 ha novellato l'art. 3 della L. 654/75, punendo: **a)** con la reclusione fino a tre anni la diffusione di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, nonché la realizzazione di - o l'incitamento a realizzare - atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi; **b)** con la reclusione da sei mesi a quattro anni chi comunque commette o incita a commettere atti di violenza - o provocazione alla violenza - per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi; vietando qualunque organizzazione, associazione, movimento o gruppo avente tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per i motivi da ultimo citati, punisce altresì **c)** la partecipazione o l'assistenza a tali organizzazioni o gruppi con la reclusione da sei mesi a quattro anni (con la reclusione da uno a sei anni sono puniti invece i promotori e i dirigenti di tali organizzazioni).

L'art. 2 della Legge 205/93, rubricato “*Disposizioni di prevenzione*”¹¹⁰, punisce (con la reclusione fino a tre anni e con la multa) chi, in pubbliche riunioni, compia manifestazioni esteriori od ostenti simboli riferibili alle organizzazioni e associazioni vietate, ai sensi dell'articolo precedente; quindi, prevede l'arresto (da tre mesi a un anno) per colui che, recando i simboli predetti, acceda ai luoghi nei quali si svolgono competizioni agonistiche.

2006, i capi di Stato e di Governo dei Paesi membri si sono posti l'obiettivo di risolvere la questione entro il 2008, valutando anche la possibilità di una nuova stesura della Carta Costituzionale.

¹⁰⁸ Sulla rilevanza costituzionale del principio di uguaglianza e di parità di trattamento, con o senza la formale consacrazione in una Costituzione europea, c.f.r. J. CRUZ-VILLALÓN, *Lo sviluppo della tutela antidiscriminatoria nel diritto comunitario*, in Giorn. dir. lav. rel. ind., 2003, fasc. 99-100, pp. 351 ss.

¹⁰⁹ Cfr. *retro*, paragrafo 2.

¹¹⁰ Come risulta dalla lettura del testo normativo in questione, la rubrica dell'art. 2 non ne rispecchia puntualmente il contenuto, in quanto i primi due commi individuano nuove fattispecie criminose (delittuose e contravvenzionali).

Appare evidente innanzi tutto la volontà del legislatore del 1993 di ampliare – rispetto alla disciplina risalente quasi a vent’anni prima – l’ambito della tutela penale nei confronti della discriminazione razziale (intesa nel senso più ampio) e ciò a causa, come si osserva comunemente, del «*moltiplicarsi di episodi di intolleranza nei confronti degli immigrati*»¹¹¹.

In particolare, la sanzione penale risulta ora ricollegata non solo all’incitamento alla discriminazione, come accadeva per il disposto dell’art. 3, comma 1 lettera b), parte prima della Legge 654/75, ma anche al compimento di singoli atti di discriminazione. Potrebbe apparire priva di senso logico la scelta del legislatore del ’75, che, come detto, puniva l’incitamento alla discriminazione razziale ma trascurava di colpire gli atti effettivamente discriminatori¹¹².

Si era però osservato, al proposito, che la giustificazione razionale di quella formulazione normativa poteva consistere nella scelta di prevenire la diffusione sociale di atteggiamenti discriminatori, che avrebbero messo in pericolo la pacifica convivenza di diversi gruppi nazionali o etnici e, per questa via, potevano costituire una minaccia per l’ordine pubblico¹¹³.

Quindi, la *ratio* della repressione penale sarebbe consistita nella prevenzione di un pericolo per l’ordine pubblico, non già nella tutela dell’uomo, quale appartenente a un certo gruppo nazionale o etnico (e nei confronti di singoli comportamenti che lo discriminassero in ragione dell’appartenenza a tale gruppo).

Come detto, diversa è stata la scelta del legislatore del ’93: il bene giuridico della nuova norma incriminatrice sarebbero la personalità e la dignità umana¹¹⁴.

Altra importante innovazione, introdotta dalla L. 205/93, consiste nel riferimento, sopra evidenziato, anche alle discriminazioni attinenti alla sfera religiosa (non considerata dalla legge del 1975).

Si è evidentemente ritenuto che anche la dimensione religiosa contribuisca a caratterizzare il singolo quale appartenente a un gruppo (in tal modo potendo dar luogo a comportamenti discriminatori in suo danno); d’altronde, essa difficilmente può scindersi dalla connotazione etnica: per evitare arbitrarie e pretestuose distinzioni, che avrebbero sottratto la condotta alla sanzione penale, il legislatore ha preferito ricomprendere espressamente la sfera religiosa nell’area della tutela¹¹⁵.

Ancor più rilevante appare l’estensione della tutela penale operata dalla legge del 1993 con il riferimento ai “*motivi*” della condotta discriminatoria.

Mentre, in precedenza, il comportamento tipico era costituito dall’incitamento alla discriminazione o da atti violenti in danno di “*persone perché appartenenti ad un gruppo nazionale, etnico o razziale*”, oggi la condotta è incriminata quando risulta commessa “*per motivi razziali, etnici o religiosi*”.

Così, se il comportamento vietato è posto in essere nei confronti di un soggetto che appartiene allo stesso gruppo nazionale, etnico o religioso dell’agente, ma sia ispirato comunque dai “*motivi*” sopra indicati (ad esempio, perché l’agente non tollera che la

¹¹¹ V. per tutti A. CAPUTO, *Discriminazioni razziali e repressione penale*, in *Quest. Giust.*, 1997, nr. 2, p. 476.

¹¹² Non vi è dubbio, comunque, che tale fosse stata la scelta incriminatrice della L. 654/75: a convincersene basta il confronto con la successiva previsione dello stesso art. 3 comma 1 lettera b), laddove (diversamente da quanto accade con gli atti discriminatori) viene sanzionato penalmente tanto l’incitamento alla violenza quanto il compimento di atti violenti.

¹¹³ In questo senso, R. PASELLA, *La repression des discriminations en droit penal italien*, in *Rev. Int. dr. Pén.*, 1986, p. 55.

¹¹⁴ Cfr. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gli atti discriminatori nel diritto civile, alla luce degli artt. 43 E 44 del T.U. sull’immigrazione*, in *Dir. fam. Pers.*, I, 2002, p. 75; A. CAPUTO, *op. cit.*, p. 477.

¹¹⁵ In tal senso, cfr. G. DE FRANCESCO, *Commento all’art. 1 della L. 205/93*, in *Legisl. Pen.*, 1994, p. 176.

vittima si sia attivata per diffondere idee di parità tra le diverse razze ed etnie), oggi, diversamente da quanto sarebbe accaduto in base alla precedente normativa, sarà penalmente rilevante¹¹⁶.

Qualche cenno deve anche riservarsi alle due nuove fattispecie contemplate dall'art. 2 L. 205/93.

L'ipotesi delittuosa delineata dal comma primo appare finalizzata a colpire quelle manifestazioni esteriori che, per il fatto di svolgersi in pubbliche riunioni, sono idonee a pregiudicare il così detto ordine pubblico materiale (cioè la pacifica convivenza)¹¹⁷.

La correttezza di tale opzione interpretativa è confermata proprio dal riferimento alle "pubbliche riunioni" e dunque – almeno per implicito – alla potenzialità diffusiva di quei comportamenti, idonei, in quelle condizioni, a minacciare la pacifica convivenza.

In questo senso, avuto riguardo al bene giuridico dell'ordine pubblico, tale reato deve considerarsi di pericolo, in quanto, per il suo perfezionamento, è necessaria e sufficiente la potenzialità del danno per quell'oggettività giuridica¹¹⁸.

Tale ricostruzione del significato della norma in esame appare la più convincente.

Non persuade invece il tentativo di cogliere, nelle manifestazioni esteriori vietate dal primo comma dell'art. 2, altrettante forme di "istigazione indiretta" o di propaganda in favore delle associazioni vietate dall'art. 1, sopra esaminato: ove così si ritenesse, in contrasto con il principio costituzionale di legalità-tassatività (art. 25 comma 2 Cost.), si lascerebbe al giudice il compito di decidere volta per volta, senza idonei parametri normativi di riferimento, se la condotta è o non è idonea al raggiungimento di quei risultati¹¹⁹.

Ancor meno convincente è stata considerata la tesi che immagina le manifestazioni esteriori, di cui all'art. 2, quali *species* dell'attività di diffusione di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, già incriminata in generale dall'art. 1: innanzi tutto, tali manifestazioni esteriori ben possono essere prive di qualunque finalità (ulteriore) di propaganda; inoltre, non sarebbe spiegabile la scelta di incriminare distintamente tali (speciali) forme di diffusione delle idee, punendole poi in modo sostanzialmente identico a quanto già previsto per l'ipotesi più generale (l'unica differenza è la multa, prevista solo dall'art. 2 comma 1, in aggiunta alla pena detentiva)¹²⁰.

A tali pur condivisibili rilievi, deve aggiungersi che, ancora una volta, rimettendo all'interprete la valutazione circa l'idoneità della manifestazione esteriore, nel singolo caso, a funzionare quale veicolo di diffusione di quelle idee, si rinunciarebbe alla tassatività dell'incriminazione, costituzionalmente imposta.

La fattispecie contravvenzionale, descritta al comma secondo dell'art. 2, punisce il trasgressore del divieto di accesso ai luoghi nei quali si svolgono competizioni agonistiche, recando gli emblemi e i simboli di cui al comma 1.

La formulazione letterale della norma che ora si considera lascia il dubbio circa il reale contenuto dell'incriminazione: essa sanziona chiunque "si rechi" nei luoghi predetti,

¹¹⁶ V. G. DE FRANCESCO, op. cit., p. 177.

¹¹⁷ Cfr. S. DEL CORSO, commento all'art. 2 L. 205/93, in *Legisl. Pen.*, 1994, p. 206.

¹¹⁸ Utilizzando le categorie elaborate dalla migliore dottrina penalistica, si dirà, poi, più specificamente, che tale reato è di pericolo presunto, in quanto la potenzialità del danno per l'ordine pubblico dovrebbe scaturire (sempre) dal comportamento vietato, realizzato in pubbliche riunioni, come descritto dal legislatore; la norma incriminatrice, quindi, non rimetterebbe al giudice la valutazione dell'esistenza o meno del pericolo nel caso concreto (V. per tutti F. MANTOVANI, *Diritto penale*, 1992, Padova, pp. 226 e ss.). Quella formulazione della norma (con la connessa presunzione dell'offesa) ovviamente non esclude che, nel singolo caso, il giudice possa (debba) accertare la concreta inidoneità offensiva della condotta, pur apparentemente conforme alla previsione astratta;

¹¹⁹ Così anche S. DEL CORSO, op. cit., p. 205.

¹²⁰ Cfr. S. DEL CORSO, op. cit., p. 206.

portando quegli emblemi e simboli; ovvero soltanto coloro che (recando tali simboli) abbiano avuto effettivamente “accesso” a detti luoghi?

La prima alternativa amplia, evidentemente, l’area dell’incriminazione, anticipandola al momento in cui l’agente si reca presso quei luoghi, pur senza accedervi.

In dottrina si è preferita la prima soluzione interpretativa, proprio sul rilievo dell’anticipazione della tutela, che renderebbe maggiormente significativa la fattispecie contravvenzionale¹²¹.

Ma non sembra di poter condividere questa tesi.

Innanzitutto, ammessa la possibilità astratta di leggere la norma incriminatrice in due sensi, l’uno estensivo e l’altro restrittivo, dovrebbe sempre preferirsi quest’ultimo, in ossequio al principio costituzionale di legalità (sopra già più volte richiamato) e alla funzione sussidiaria del diritto penale.

Inoltre, il tenore letterale della norma non sembra legittimare la predetta lettura estensiva: essa pone il divieto di accesso ai luoghi predetti, allorché il soggetto porti quegli emblemi o quei simboli; quindi, sanziona il trasgressore dello stesso divieto - di accesso, evidentemente - con la pena dell’arresto.

Del resto, il bene giuridico (dell’ordine pubblico come pacifica convivenza) sarebbe concretamente esposto a pericolo nel caso di chi abbia accesso a detti luoghi; non altrettanto potrebbe dirsi per il fatto di chi semplicemente si rechi in tali luoghi (cioè, vi si diriga o, anche, li raggiunga), senza entrarvi.

Vuol dirsi, quindi, che l’anticipazione della soglia di punibilità finirebbe per svuotare la norma di qualunque contenuto offensivo.

Un ultimo rilievo deriva dall’eccessiva vaghezza della previsione incriminatrice, ove essa, come si vorrebbe, potesse riguardare anche il “recarsi” in quei luoghi: non è chiaro, infatti, quale sarebbe il primo atto concretamente punibile (ad esempio, già lasciare la propria abitazione, magari avendo appuntamento in uno di detti luoghi; ovvero solo il fatto di giungere in tali luoghi, o almeno in prossimità degli stessi).

Queste considerazioni inducono a preferire l’interpretazione restrittiva, rigorosamente aderente al dato letterale della norma in esame.

Una valutazione di sintesi dell’intervento penalistico specificamente finalizzato al contrasto della discriminazione razziale evidenzia lo scarso impatto nella prassi delle scelte (finora) operate dal legislatore¹²².

E’ ben vero che il legislatore del 1993 ha compiuto uno sforzo, suggerito - e forse anzi imposto -dalla formazione di una comune coscienza sempre più sensibile di fronte ad atti di intolleranza fondati sull’etnia o sul credo religioso, per razionalizzare il sistema di tutela.

Indici evidenti di tale sforzo sono soprattutto, a giudizio di chi scrive, l’individuazione della dignità e personalità umana quali beni giuridici delle più importanti incriminazioni sopra considerate, nonché la migliore articolazione e la graduazione delle sanzioni (diversamente da quanto accadeva nella legislazione del 1975).

Se però si guarda alla concreta applicazione di tali norme, non può che convenirsi con quanti ne hanno rilevato la sostanziale inefficacia rispetto agli obiettivi, dimostrata, *in primis*, dagli scarsissimi precedenti giurisprudenziali¹²³.

¹²¹ Tale è l’opinione dello stesso S. DEL CORSO, op. cit., p. 208.

¹²² Interessante, in proposito, la recente sentenza della Suprema Corte di Cassazione, Sez III penale, n. 46783/2005, che, confermando gli altri gradi del giudizio, condanna il gestore di un bar per aver discriminato cittadini extracomunitari rifiutandosi di servire loro le consumazioni al bar, proprio in forza delle disposizioni contenute nell’art. 3 c. I lett. a) L. 654/1975 come modificato dalla L. 205/1993.

¹²³ Cfr. P. MOROZZO DELLA ROCCA, op. cit., p. 76; A. CAPUTO, op. cit., p. 478.

Però, tale constatazione - non opinabile - lascia aperto il problema delle cause che possono aver determinato la rarissima applicazione di quelle norme incriminatrici.

Una prima, forse eccessivamente ottimistica, spiegazione può essere rappresentata dall'effettiva riduzione dei casi di discriminazione razziale rilevanti penalmente.

In tal senso, potrebbero aver funzionato sia il progredire della coscienza sociale (la stessa che impose al legislatore del '93 la rivisitazione del sistema di tutela), sia il deterrente delle nuove, più ampie e meglio articolate norme penali.

D'altronde è anche possibile che un certo numero di casi di discriminazione razziale, pur conformi al tipo, non vengano mai denunciati: in questo senso, si fa rilevare la particolare debolezza, sociale e spesso anche economica e culturale, delle vittime (magari esse stesse in condizione di irregolarità, per la violazione delle norme che regolano l'accesso e il soggiorno in Italia), che pur dovrebbero dare impulso all'intervento dei giudici: in questa prospettiva, si auspica un intervento dell'«associazionismo»¹²⁴.

Una spiegazione ulteriore può derivare dalla formulazione delle norme incriminatrici che si considerano e dal loro rapporto con altre fattispecie, più generali (per esempio, quelle sull'ingiuria).

La difficoltà di dimostrare che un dato comportamento discriminatorio è derivato da motivi (moventi) ricollegabili al razzismo o alla xenofobia, potrebbe cioè rendere più facile il ricorso ad altre norme penali, più generali.

Se così fosse, non potrebbe derivarsene un giudizio negativo dell'intervento penale contro la discriminazione razziale: infatti, il risultato (rappresentato dalla tutela del bene giuridico) può ben essere raggiunto attraverso l'intero sistema delle incriminazioni, magari riservando quelle più specifiche (dettate dalla legge 205/93) ai casi più eclatanti e pacificamente derivati da moventi xenofobi.

E' probabile che non esista una causa soltanto, per la constatata ridotta applicazione giurisprudenziale delle norme di cui agli articoli 1 e 2 della L. 205/93, ma che essa consegua al combinato operare di tutte le ragioni sopra descritte¹²⁵.

E' altrettanto evidente che la tutela dell'individuo contro la discriminazione razziale non può esaurirsi nell'intervento della sanzione penale - che, per sua stessa natura, dovrebbe anzi costituire l' *extrema ratio* - ma postula l'integrazione con altri settori dell'ordinamento, in primo luogo con quello civilistico, di seguito considerato.

II SEZIONE. LE DISCIPLINE PRIVATISTICHE.

7. Tutele antidiscriminatorie nel diritto europeo.

Si è scelto di esaminare le politiche di lotta alla discriminazione elaborate dalla Comunità europea prima e dall'Unione europea successivamente, e di ripercorrere l'*iter* attraverso il quale si è giunti all'elaborazione di un'articolata normativa

¹²⁴ A. CAPUTO, op. cit., loc. cit.

¹²⁵ Non sembra di poter condividere la critica di E. FRONZA, *Osservazioni sull'attività di propaganda razzista*, in Riv. Int. dir. Uomo, 1997, pp. 32 e ss., che rileva l'insufficiente tipizzazione dei reati di razzismo e discriminazione razziale: innanzi tutto, attesa l'intrinseca vaghezza dei concetti in questione, anche nell'ambito delle scienze sociali, il legislatore difficilmente poteva pervenire a formulazioni più precise, se non con il rischio di limitare eccessivamente l'ambito di tutela, rendendolo praticamente inoperante; inoltre, anche se ciò fosse vero, dovrebbe al limite consentire un più frequente ricorso dei giudici alla sanzione penale (anziché rendere più rara l'applicazione di queste norme).

antidiscriminatoria sopranazionale, nell'ambito della sezione I, dedicata alle discipline pubblicistiche.

Per tale motivo, appare opportuno soffermarsi ora, seppur brevemente, sulle direttive concretamente emanate.

Tra le prime direttive antidiscriminatorie, tutte finalizzate ad attuare il principio di parità di trattamento tra uomini e donne, occorre fare riferimento, in particolare, alla n. 117 del 10 febbraio 1975 concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative all'applicazione del principio di parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile, ed inoltre, alla direttiva n. 207 del 12 febbraio 1976 relativa all'attuazione del principio di parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionale e le condizioni di lavoro¹²⁶.

Significativo è il sostrato normativo sul quale trovano fondamento le direttive in esame. La prima viene emanata sulla base dell'art. 119 del Trattato di Roma, che sanciva il principio della parità di retribuzione per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore. La direttiva 76/207 è stata approvata, invece, sulla base dell'art. 235 del Trattato CE (ora art. 308), cioè sfruttando lo strumento dei poteri impliciti, in quanto non sussisteva nel Trattato una specifica base giuridica cui ancorare specifici interventi normativi in tali materie¹²⁷.

Ciò rileva in quanto consente di comprendere quale sia la prospettiva nella quale le due direttive sono state adottate. La direttiva 75/117, infatti, risponde essenzialmente all'esigenza di garantire il buon funzionamento del mercato unico, attraverso l'eliminazione delle distorsioni della concorrenza tra imprese situate in Stati membri diversi¹²⁸. Nella direttiva 76/207, invece, pare possibile riscontrare già la volontà da parte delle istituzioni comunitarie di perseguire l'obiettivo dell'integrazione sociale, e non semplicemente quello dello sviluppo dell'unione economica¹²⁹.

Tali direttive, malgrado il loro impianto schematico ed il debole ancoraggio normativo, hanno rappresentato il primo fondamentale passo del diritto derivato europeo verso il riconoscimento dell'esistenza del principio parità di trattamento.

Solo l'ampliamento delle competenze comunitarie in materia antidiscriminatoria posto in essere dall'art. 13 del Trattato di Amsterdam, il quale «*erige il principio antidiscriminatorio a principio fondamentale dell'ordinamento giuridico*

¹²⁶ Pubblicata sulla G.U.C.E. 14 febbraio 1976, L 39, 40.

Devono ricordarsi, altresì, la direttiva 79/7 e la direttiva 86/378 (modificata successivamente dalla direttiva 96/97), in materia di sicurezza sociale; nonché la direttiva 97/80, relativa all'onere della prova nei casi di discriminazione basata sul sesso.

¹²⁷ B. DENTAMARO, *Parità di trattamento uomo-donna e tutela sostanziale contro le discriminazioni nella direttiva 2002/73/CE*, in Lav nella giur., 2004, fasc. I, pp. 329 ss.

¹²⁸ Si legge nella premessa alla direttiva 75/117 che «*considerando che la risoluzione del Consiglio del 21 gennaio 1974, relativa ad un programma d'azione sociale per consentire la parificazione delle condizioni di vita e di lavoro nel progresso è uno sviluppo economico e sociale equilibrato della Comunità, ha riconosciuto il carattere prioritario delle azioni da intraprendere a favore delle donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro ed alla formazione e promozione professionali nonché per quanto riguarda le condizioni di lavoro, comprese le retribuzioni*».

In alcuni Stati membri la prassi di prevedere per le donne retribuzioni inferiori a quelle previste per gli uomini, consentiva costi di produzione e prezzi all'esportazione inferiori, determinando effetti distorsivi del mercato, ai danni degli Stati che applicavano, invece, il principio della parità di trattamento.

¹²⁹ Nelle premesse alla testo della direttiva è specificato, infatti, che: «*considerando che un'azione della Comunità appare altresì necessaria per attuare il principio della parità di trattamento tra uomini e donne sia per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e promozione professionali, sia per quanto riguarda le altre condizioni di lavoro; che la parità di trattamento tra i lavoratori di sesso maschile e quelli sesso femminile costituisce uno degli obiettivi della Comunità, in quanto si tratta in particolare di promuovere la parificazione nel progresso delle condizioni di vita e di lavoro della manodopera; che il trattato non ha previsto i poteri di azione specifici necessari a tale scopo*».

*comunitario»*¹³⁰, ha consentito l'adozione di atti normativi che hanno determinato un'espansione della promozione dell'eguaglianza oltre l'ambito tradizionale della differenza di genere dei lavoratori.

Tale espansione si è realizzata, in particolare, grazie all'emanazione delle direttive n. 2000/43 e n. 2000/78, cui si è già fatto cenno¹³¹, con le quali l'ordinamento comunitario si è fatto carico dell'esigenza, sorta da ragioni di carattere politico, sociale e culturale, di garantire un efficiente apparato di tutele contro discriminazioni che si fondano su un ampio spettro di elementi differenzianti¹³².

Ciò determina il delinearsi di una nuova era del diritto comunitario, definita, per sottolinearne l'importanza nel sistema giuridico europeo, «*età dell'oro*» della legislazione antidiscriminatoria¹³³.

Si afferma, in particolare, la consapevolezza che istituti quali, ad esempio, il divieto di discriminazione indiretta, le azioni positive, il meccanismo di parziale inversione dell'onere della prova¹³⁴ - sino ad ora relegati dall'ordinamento comunitario nell'area della disciplina delle discriminazioni di genere - posseggono in realtà una «*vocazione universale*»¹³⁵.

L'analisi delle nuove direttive consente di cogliere, infatti, rilevanti elementi di continuità con l'esperienza normativa e applicativa pregressa ed evidenza come in esse molti elementi risultino mutuati sia dalle direttive sul genere, che, in particolare, dal patrimonio rappresentato dall'elaborazione giurisprudenziale, costituitasi grazie all'opera della Corte di Giustizia europea per dare attuazione al principio di parità nel lavoro tra uomini e donne¹³⁶.

Accanto a tali elementi di continuità, tuttavia, si riscontrano nelle direttive di «*seconda generazione*»¹³⁷ profili innovativi di particolare rilievo¹³⁸. Ciò, indubbiamente, grazie

¹³⁰ F. GUARRIELLO., *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2003, fasc. 99-100, pp. 341 ss.

¹³¹ C.f.r. paragrafo 5.

¹³² Sottolinea F. GUARRIELLO, op.cit., p. 341, come la rapida approvazione della direttiva n. 2000/43, contro la discriminazione razziale ed etnica, si spiega soprattutto con preoccupazioni di carattere politico, in quanto frutto della decisione degli Stati europei di «*dare un segnale politico forte a quei paesi che non mostravano di saper arginare la diffusione di idee e di movimenti razzisti e xenofobi, giungendo a minacciare la sospensione del diritto di voto per detti Paesi (art 7 TUE)*». In relazione alla direttiva 2000/78, concernente le opinioni personali, il credo religioso, l'età, l'handicap e le tendenze sessuali, le ragioni vengono individuate, più che nell'esigenza politica di reagire ad una minaccia incombente, nell'evoluzione, a livello europeo, della sensibilità a queste tematiche, grazie all'opera di gruppi lobbistici assai influenti ed all'esigenza di porre rimedio ai vuoti di tutela che «*una deliberata strategia giudiziaria aveva provocato nella tela pazientemente tessuta dalla giurisprudenza della Corte di giustizia sul terreno delle discriminazioni di genere*».

Sul «*carattere storico, spesso addirittura contingente, dell'estensione e della profondità della tutela antidiscriminatoria*» si sofferma M. BARBERA, *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2003, fasc. 99-100, pp. 403 .

¹³³ M. BARBERA, *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, op. cit. pp. 399 ss.

¹³⁴ Istituti delineati nella direttiva 97/80, concernente l'onere della prova nella discriminazione sessuale, ma sviluppati soprattutto grazie all'incessante attività interpretativa della Corte di Giustizia europea.

¹³⁵ Così D. IZZI, *Eguaglianze e differenze nei rapporti di lavoro: il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Napoli, Jovene, 2005, p. 379, la quale specifica, tuttavia, che l'utilizzazione del termine «*universale*» deve essere intesa correttamente, in quanto l'ampliamento realizzato dall'art. 13 del Trattato non è illimitato, ma riguarda solo i fattori specificamente indicati.

¹³⁶ D. GOTTARDI, *Dalle discriminazioni di genere alle discriminazioni doppie o sovrapposte: le transizioni*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2003, fasc. 99-100, pp. 447 ss.

Sottolinea, inoltre, come le nuove direttive poggino sulla nuova base giuridica costituita dall'art. 13 del Trattato, ma altresì sul «*consolidamento degli orientamenti elaborati dalla giurisprudenza comunitaria nel campo delle discriminazioni di genere*» F. GUARRIELLO, op.cit., p. 342.

¹³⁷ Così definite in dottrina (tra gli altri D. IZZI, op.cit., p. 14) al fine di sottolinearne la continuità solo parziale con quelle degli anni settanta, ottanta e novanta.

all'assimilazione nella normativa in esame, dei consolidati orientamenti giurisprudenziali, ma soprattutto in conseguenza del significativo cambiamento di prospettiva, che ha condotto ad individuare il fondamento delle tutele nell'esigenza di garantire il pieno riconoscimento dei diritti fondamentali della persona, piuttosto che nella *ratio* economica della garanzia della libera circolazione e di tutela della concorrenza nel mercato¹³⁹.

Le nuove direttive, in particolare, contengono specifiche definizioni di discriminazione diretta ed indiretta, ed affermano esplicitamente la necessità di ricondurre nella nozione di discriminazione altresì le molestie, delle quali delineano la nozione. Sotto il profilo dei meccanismi applicativi, poi, al fine di far fronte ai fallimenti della legislazione precedente, si è voluto rafforzare l'apparato di tutele, stabilendo che gli stati membri siano tenuti ad adottare sanzioni che siano effettive, proporzionate e dissuasive. Vengono legittimate, inoltre, in modo espresso le azioni positive, alla luce del principio di eguaglianza sostanziale, che in tal modo trova esplicito riconoscimento nell'ordinamento comunitario¹⁴⁰.

Gli stimoli innovativi sviluppatasi nell'ambito della disciplina relativa al fattore genere e gli elementi di rottura rispetto al passato contenuti nelle direttive 2000/43 e 2000/78, hanno reso necessario un nuovo intervento normativo anche in materia di discriminazione sessuale¹⁴¹.

A due anni di distanza dalle direttive citate, il legislatore comunitario, infatti, ha ritenuto opportuno emanare la direttiva n. 73 del 23 settembre 2002¹⁴², la quale modifica espressamente la direttiva n. 207 del 1976. La nuova direttiva accresce il numero delle disposizioni che compongono il testo originario (che da undici divengono quindici) e ne arricchisce il contenuto attraverso le previsioni dei 24 *considerando*, i quali integrano il contenuto dei quattro articoli che compongono il dettato normativo del 2002. In particolare, in essi il legislatore comunitario ripercorre i precedenti interventi internazionali, comunitari e le recenti pronunce giurisprudenziali, e sottolinea come da tutto ciò derivi la necessità di aggiornare una regolamentazione ormai trentennale.

La direttiva 2002/73 ha potuto fondarsi su una ben più valida base giuridica rispetto all'antecedente, grazie alla riformulazione dell'art. 119 del Trattato (ora art. 141) ad opera del Trattato di Amsterdam¹⁴³, che ha comportato l'ampliamento del campo di

¹³⁸ M. BARBERA, op. cit., pp. 401 ss.

¹³⁹ D. IZZI, op.cit., pp. 11 ss.

¹⁴⁰ Una analisi dettagliata delle fattispecie delineate dalle nuove direttive e dei meccanismi di tutela apprestati, non può essere condotta in questa sede. Si rinvia, pertanto, ai capitoli II e III, ove si tratterà prevalentemente il tema della normativa introdotta in relazione alla discriminazione razziale ed etnica.

¹⁴¹ Tale processo di interferenza reciproca delle normative afferenti i vari motivi di discriminazione, è stato di frequente rilevato e sottolineato in dottrina: tra gli altri analizza il fenomeno e ne individua i limiti D. GOTTARDI, la quale parla in proposito di *transizioni* e sottolinea come «ogni modifica resasi necessaria in un'area - o in funzione di un doveroso adattamento o in funzione di risposta a evoluzioni normative- entra a far parte dello schema che sarà a sua volta importato e modificato nell'area contigua o successivamente disciplinata. Il modello costruito per l'una viene importato in un'altra e, nel frattempo, ciascuna area è investita da un processo di evoluzione interna che non sempre corrisponde ai tempi della traslazione, né trova sempre coerenza sistematica.» op. cit., pp. 449 ss.

¹⁴² Pubblicata nella G.U.C.E. del 5 ottobre 2002, L 269.

¹⁴³ Articolo 141 (ex articolo 119) 1): «Ciascuno Stato membro assicura l'applicazione del principio della parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore.

2) Per retribuzione si intende, a norma del presente articolo, il salario o trattamento normale di base o minimo e tutti gli altri vantaggi pagati direttamente o indirettamente, in contanti o in natura, dal datore di lavoro al lavoratore in ragione dell'impiego di quest'ultimo.

La parità di retribuzione, senza discriminazione fondata sul sesso, implica:

applicazione del principio di eguaglianza di genere dalla retribuzione al complesso delle condizioni di lavoro e di occupazione¹⁴⁴.

La novità di maggior rilievo della direttiva in esame è rappresentata proprio dall'aver recepito il principio di eguaglianza sostanziale, sancito dall'ultimo comma dell'art. 141 nella sua nuova formulazione. Ciò determina il passaggio dal divieto di discriminazione, inteso in termini negativi, all'affermazione positiva del principio di parità di trattamento¹⁴⁵, come conferma la previsione dell'art. 1 comma I (che inserisce nella direttiva 207/76 il comma I bis), il quale prevede che «*Gli Stati membri tengono conto dell'obiettivo della parità tra gli uomini e le donne nel formulare ed attuare leggi regolamenti, atti amministrativi, politiche ed attività nei settori di cui al paragrafo 1*».

L'esigenza di rendere coerente la disciplina delle discriminazioni di genere con le normative dettate in relazione a diversi elementi differenzianti, ha determinato l'inserimento nel testo della nuova direttiva della definizione di discriminazione diretta, indiretta, delle molestie e delle molestie sessuali¹⁴⁶.

La direttiva 76/207/CE non offriva, infatti, una definizione di discriminazione diretta, attualmente prevista dall'art. 1 comma II della direttiva 2002/73, il quale la definisce come quella «*situazione nella quale una persona è trattata meno favorevolmente in base al sesso di quanto sia, sia stata o sarebbe stata un'altra in una situazione analoga*».

Viene, inoltre, introdotta una definizione di discriminazione indiretta, individuata in una «*situazione nella quale una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in una situazione di particolare svantaggio le persone di un determinato sesso, rispetto a persone dell'altro sesso, a meno che detta disposizione, criterio o prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima ed i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari*»¹⁴⁷.

a) che la retribuzione corrisposta per uno stesso lavoro pagato a cottimo sia fissata in base a una stessa unità di misura,

b) che la retribuzione corrisposta per un lavoro pagato a tempo sia uguale per uno stesso posto di lavoro.

3) Il Consiglio, deliberando secondo la procedura di cui all'articolo 251 e previa consultazione del Comitato economico e sociale, adotta misure che assicurino l'applicazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento tra uomini e donne in materia di occupazione e impiego, ivi compreso il principio della parità delle retribuzioni per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore.

4) Allo scopo di assicurare l'effettiva e completa parità tra uomini e donne nella vita lavorativa, il principio della parità di trattamento non osta a che uno Stato membro mantenga o adotti misure che prevedano vantaggi specifici diretti a facilitare l'esercizio di un'attività professionale da parte del sesso sottorappresentato ovvero a evitare o compensare svantaggi nelle carriere professionali».

¹⁴⁴ Ed in particolare grazie al comma III dell'art. 141, che sancisce il «principio delle pari opportunità e della parità di trattamento tra uomini e donne in materia di occupazione ed impiego», come precisato dalla stessa direttiva al *considerando* n. 5. La norma, così come modificata dopo Amsterdam ha fatto sì che le tematiche sociali divenissero una politica autonoma della Comunità. Essa ha efficacia diretta negli ordinamenti anche nei rapporti tra privati.

¹⁴⁵ Sul punto L. NIBI, *Il principio di parità di trattamento alla luce della direttiva n. 2002/73*, in *Diritto&Diritti*, 23 luglio 2003. Ciò, del resto, è confermato dal dettato dell'art. 3 par. II del TCE, il quale prevede che «l'azione della comunità a norma del presente articolo mira ad eliminare le ineguaglianze, nonché a promuovere la parità, tra uomini e donne».

¹⁴⁶ D. IZZI, *Eguaglianze e differenze nei rapporti di lavoro: il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, cit., 13, afferma che: «Il riflusso entro il corpo normativo riguardante la differenza di genere di disposti giuridici che hanno fatto la loro prima ufficiale apparizione al di fuori di tale ambito è reso spiegabile, almeno in qualche misura, alla luce di quell'esigenza di coerenza ed unitarietà del diritto antidiscriminatorio» che il legislatore comunitario sembra intenzionato a realizzare.

¹⁴⁷ Tali definizioni non si discostano significativamente dall'elaborazione giurisprudenziale. Occorre, tuttavia, sottolineare alcune particolarità: in primo luogo, l'uso del verbo al condizionale a proposito della comparazione nell'ambito del concetto di discriminazione diretta (come, del resto, nelle direttive

Del tutto nuove risultano essere le definizioni di molestie e molestie sessuali, attraverso le quali si sono volute individuare due differenti tipologie di molestia a seconda che il sesso di appartenenza del lavoratore incida sul movente della condotta ovvero sulle modalità di realizzazione della condotta medesima¹⁴⁸.

Un'ulteriore rilevante innovazione, concerne la possibilità di prevedere delle esclusioni dal campo di applicazione della direttiva di quelle professioni per le quali il requisito del sesso risulti essere essenziale e determinante allo svolgimento dell'attività lavorativa.

In proposito, infatti, era originariamente previsto che gli Stati membri potessero adottare una disciplina derogatoria qualora il requisito del sesso rappresentasse una mera "condizione determinante" rispetto all'esercizio della professione¹⁴⁹. L'attuale formulazione (all'art. 2 comma VI della nuova norma) prevede, invece, che possa ammettersi una deroga al disposto della direttiva solo qualora sussistano due presupposti: la legittimità dell'obbiettivo e la proporzionalità del requisito del sesso. Occorre, dunque, che il requisito richiesto al lavoratore sia essenziale e determinante in relazione all'attività da svolgere ed inoltre proporzionato ad essa. L'obbiettivo da raggiungere dovrà poi, naturalmente, essere legittimo.

L'ambito di applicazione della norma risulta ampliato ad opera dell'art 3, che è stato riscritto: attualmente la norma prevede l'applicazione del principio di parità di trattamento nei settori del lavoro pubblico e privato, compresi gli enti di diritto pubblico¹⁵⁰.

La direttiva 2002/73 incide, altresì, sull'apparato delle tutele, rinnovandolo sotto vari profili. La sintetica previsione dell'art. 6 della direttiva 207, viene, infatti, sostituita, dall'articolata disciplina contenuta negli art. 6, 7 ed 8- *quinquies*, che prevedono due novità di particolare rilievo. Da un lato è contemplata la possibilità, per la vittima di un trattamento discriminatorio, che intenda far valere le sue ragioni, di ricorrere a procedure giudiziali o, in alternativa, amministrative, comprese le procedure di conciliazione.

In secondo luogo, viene attribuita la legittimazione attiva alle organizzazioni che agiscano a sostegno o per conto del lavoratore, purché dotate di un legittimo interesse a garantire che le disposizioni della direttiva siano rispettate.

Sempre nell'ottica di valorizzazione della dimensione collettiva, sono, inoltre, previste una serie di norme volte alla predisposizione di organismi finalizzati alla promozione, al controllo, all'analisi ed al sostegno della parità di trattamento (art. dall'8-bis all'8-sexies). In tale prospettiva, l'art 8-ter incoraggia il dialogo tra le parti sociali, nonché

43/2000 e 73/2000); inoltre, in relazione al concetto di discriminazione indiretta, il riferimento alla "situazione di particolare svantaggio" anziché all'impatto sproporzionato, dimostrabile anche con dati statistici; infine, l'equiparazione alla discriminazione dell'ordine di discriminare.

¹⁴⁸ D. IZZI, *Brevi osservazioni sulla direttiva comunitaria del 23 settembre 2002 n. 73, di modifica alla direttiva 76/207 sulla parità di trattamento tra uomini e donne nell'accesso al lavoro, nella formazione e promozione professionali e nelle condizioni di lavoro*, in www.cgil.it

¹⁴⁹ La Corte di Giustizia CE, tuttavia, ha sempre ritenuto di dover offrire della disposizione una interpretazione restrittiva.

¹⁵⁰ Più specificamente i settori cui risulta applicabile la direttiva sono: a) le condizioni di accesso all'occupazione ed al lavoro, non solo dipendente ma anche autonomo, compresi i criteri di selezione e le condizioni di assunzione indipendentemente dal ramo di attività e a tutti i livelli della gerarchia professionale, nonché promozione; b) accesso a tutti i tipi e livelli di orientamento e formazione professionale, perfezionamento e riqualificazione professionale, inclusi i tirocini professionali; c) occupazioni e condizioni di lavoro, comprese le condizioni di licenziamento e la retribuzione come previsto dalla direttiva 75/117/CEE; d) affiliazione e attività in un'organizzazione di lavoratori o datori di lavoro, o in qualunque organizzazione i cui membri esercitino una particolare professione, nonché prestazioni erogate a tali organizzazioni.

con le competenti organizzazioni non governative che abbiano un interesse legittimo alla lotta contro le discriminazioni sessuali¹⁵¹.

Al fine di garantire un tangibile ristoro del pregiudizio subito dalla vittima della discriminazione e di ottenere un effetto deterrente per il trasgressore, la direttiva prevede, inoltre, che gli Stati membri debbano introdurre tutte le misure necessarie per garantire un indennizzo o una riparazione reale ed effettiva per il danno subito, e tali che risultino dissuasive e proporzionate al danno.

Il complesso apparato normativo che viene così a delinearsi, è stato di recente ulteriormente innovato. Il Parlamento europeo ed il Consiglio, infatti, hanno emanato la direttiva n. 54 del 5 luglio 2006, «*riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento tra uomini e donne in materia di occupazione e impiego*»¹⁵², con la quale verranno sostituite le principali direttive in materia¹⁵³. Queste, infatti, risultano rifuse e modificate nella nuova direttiva, che risponde all'esigenza di riorganizzare l'intera materia, come chiarisce il I *considerando*, «*per chiarezza e per raggruppare in un unico testo le principali disposizioni in materia, nonché certi sviluppi risultanti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee*»¹⁵⁴.

¹⁵¹ E. SIGNORINI, *La parità di trattamento alla luce della recente direttiva comunitaria*, in *Dir. pratica lav.*, 2002, n. 48, pp. 3102 ss.

¹⁵² Pubblicata sulla G.U.C.E. del 26 luglio 2006 n. 204.

Si legge, infatti, nella «*Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego*» (COM(2004) 279 def. - 2004/0084 (COD)), che «Il principale obiettivo della proposta è semplificare e rendere più chiara la normativa comunitaria in materia di parità di trattamento, facilitandone così l'applicazione ed aumentandone l'efficacia, e contribuendo in ultima analisi al consolidamento e alla salvaguardia dell'*acquis communautaire*. A tal fine è necessario raccogliere e riordinare in un unico testo – che sia di agevole accesso e comprensione per i cittadini – norme oggi contenute in varie direttive; operazione, questa, che consentirà di agevolare il conseguimento degli obiettivi di politica sociale ed economica della Comunità, con particolare riguardo all'incremento ed al miglioramento dell'occupazione femminile.

1.2 L'opera di accorpamento delle disposizioni delle direttive in tema di accesso al lavoro, parità retributiva, regimi professionali di sicurezza sociale ed onere della prova offre una preziosa opportunità di predisporre un testo unitario, coerente e privo di contraddizioni interne. La proposta in esame tiene conto dell'evoluzione della giurisprudenza comunitaria, adeguando il diritto derivato della Comunità alla giurisprudenza della Corte di giustizia, che ha precisato e sviluppato ulteriormente la nozione di parità di trattamento. Raggruppando in un solo testo disposizioni contenute in direttive diverse ma accomunate da un medesimo tema, la proposta garantirà inoltre una maggiore certezza del diritto, sullo sfondo di un nuovo clima politico caratterizzato dalla volontà di presentare ai cittadini un'Unione europea più aperta, comprensibile e rilevante nella vita di ogni giorno».

¹⁵³ In particolare vengono abrogate: la direttiva 75/117, in materia di parità delle retribuzioni; la direttiva 76/207 e la direttiva 2002/73, in materia di pari opportunità; la direttiva 86/378 e la direttiva 96/97 relative all'attuazione del principio di parità di trattamento nel settore dei regimi professionali di sicurezza sociale; ed in fine, le direttive 98/80 e 98/52, concernenti l'onere della prova.

¹⁵⁴ In particolare, la direttiva viene suddivisa in tre titoli, preceduti da quarantuno *considerando* che ne arricchiscono il contenuto, dedicati rispettivamente alla disposizioni generali, alle disposizioni particolari e alle disposizioni orizzontali.

Pare opportuno sottolineare la norma del titolo sulle disposizioni orizzontali, concernente l'onere della prova, la quale discostandosi dalle precedenti previsioni, statuisce che gli Stati membri debbano adottare tutti «*i provvedimenti necessari affinché spetti alla parte convenuta provare l'insussistenza della violazione del principio della parità di trattamento ove chi si ritiene lesa dalla mancata osservanza nei propri confronti di tale principio abbia prodotto dinanzi ad un organo giurisdizionale, ovvero dinanzi ad un altro organo competente, elementi di fatto in base ai quali si possa presumere che ci sia stata discriminazione diretta o indiretta*».

L'obbligo di attuazione, che concerne naturalmente solo le disposizioni che rappresentano un cambiamento sostanziale rispetto alla normativa antecedente¹⁵⁵, dovrà essere adempiuto dagli Stati membri entro il 15 agosto 2008.

A completare il quadro delle misure antidiscriminatorie, è intervenuta la direttiva del 13 dicembre 2004 n. 113, la quale introduce un apposito sistema di tutele per i settori diversi dall'occupazione, in quanto finalizzata a garantire la parità di trattamento tra uomini e donne nell'ambito dell'accesso a beni e servizi e della loro fornitura.

La relazione annuale della Commissione del 14 febbraio 2005 (Com 2005, 44) sull'eguaglianza tra uomini e donne, infatti, ha consentito di rilevare come le disparità di trattamento si siano ridotte nel settore dell'occupazione, ma permangano divari retributivi e la presenza di regimi, soprattutto nel settore delle pensioni e delle assicurazioni, in taluni casi svantaggiosi per le donne sia in termini di prestazioni che di oneri contributivi¹⁵⁶.

Il divieto di ogni discriminazione diretta o indiretta, nonché delle molestie, è imposto a tutte le persone fisiche e giuridiche, che operano nel settore pubblico e privato e che mettono a disposizione del pubblico beni e servizi. Salva, dunque, la libertà di scegliere il contraente, i fornitori che ricevono una remunerazione, dovranno eliminare ogni forma di discriminazione¹⁵⁷.

La peculiarità e l'importanza della direttiva 2004/113 non pare doversi rintracciare nelle specificità del dettato normativo – che, sia per quanto concerne le definizioni, che per l'apparato di tutele predisposto, sostanzialmente non fa che ricalcare le direttive antecedenti - quanto nel ruolo per così dire “sistematico” che essa riveste.

Il legislatore comunitario, infatti, con tale direttiva ha inteso chiudere il cerchio, completare il sistema delle tutele antidiscriminatorie, intervenendo anche nell'unico settore non ancora disciplinato, per ribadire la portata generale del principio di parità di trattamento, concepito come diritto fondamentale dell'uomo, la cui concreta realizzazione deve essere garantita in ogni ambito della vita sociale.

8. L'ordinamento italiano. Tutela civilistica nel diritto del lavoro.

Nel tracciare un quadro dei rimedi apprestati dal nostro ordinamento contro le discriminazioni, per l'analisi approfondita dei quali si rinvia al capitolo III, appare opportuno prendere le mosse dalla tutela predisposta nell'ambito del diritto del lavoro.

¹⁵⁵ In particolare, l'articolato normativo è destinato espressamente (III *considerando*) ad essere applicato non esclusivamente alle discriminazioni fondate sul fatto che si appartenga al genere maschile o femminile, ma altresì a quelle che derivino da un cambiamento di sesso. Gli Stati membri, dunque, saranno chiamati a dettare delle normative che prevedano esplicitamente tale estensione. Già prima di tale recepimento da parte del diritto positivo, la Corte di Giustizia aveva rilevato, del resto, la necessità di ricondurre le discriminazioni originate dal mutamento di sesso nella sfera di applicazione della direttiva 76/207 (Corte giust. 30 aprile 1996, causa 13/94, P v. S e Cornwall County Council, in Racc., 1996, 2143 ss.), c.f.r. in proposito P. DE PASQUALE, *Le norme europee sulle pari opportunità vietano un trattamento differenziato*, in Guida al dir.- Comunitario e internazionale, 2006, n. 3, pp. 56 ss., che prende spunto da una recente vicenda (Corte Giust., sez. I, sentenza 27 aprile 2006, Causa C-423/04).

¹⁵⁶ Come sottolineato da M. CASTELLANETA, *Parità uomo donna anche nel terziario*, in Guida al diritto- Comunitaria, 2005, n. 22, pp. XVI ss.

¹⁵⁷ Nei contratti stipulati a partire dal 21 dicembre 2007, dunque, non potrà essere più utilizzato come fattore di calcolo dei premi e delle prestazioni a fini assicurativi, la differenza di sesso. E dovrà essere esclusa ogni valutazione della gravidanza e della maternità nella determinazione dei premi e delle prestazioni individuali. Se, infatti, il *considerando* 19 consente la variazione dei rischi in funzione del sesso, tale variazione è consentita esclusivamente se supportata da dati “attuariali e statistici” affidabili, aggiornati ed a disposizione del pubblico.

Infatti, se è vero che, superata la lettura dell'articolo 3 Cost. come norma programmatica, la precettività della regola dell'uguaglianza è entrata a far parte del patrimonio di qualsiasi ramo del diritto positivo, è indubbiamente l'ambito del diritto del lavoro che risulta maggiormente condizionato. In tale settore il principio di uguaglianza assume una notevole importanza, al punto che l'intera materia si configura come modellata sul medesimo¹⁵⁸. A titolo d'esempio, il diritto ad un'equa retribuzione, sancito dall'articolo 36 Cost., i diritti sociali garantiti dall'articolo 38, il diritto di sciopero previsto dall'articolo 40, possono essere considerati come strumenti predisposti al fine di garantire al lavoratore l'eguaglianza sostanziale espressa dal secondo comma dell'articolo 3, vale a dire come strumenti per rimuovere gli ostacoli, economici e sociali, che impediscono il suo pieno sviluppo e la sua effettiva partecipazione all'organizzazione del Paese.

Tale peculiarità appare configurarsi come intrinsecamente connessa alle origini di questa branca del diritto, il cui fondamento risiede nella constatazione che nel rapporto di lavoro, lavoratore e datore di lavoro, astrattamente uguali, «*sono soggetti con “forza contrattuale” diversa proprio perché diversa è la loro capacità economica e la loro capacità di determinare liberamente il proprio destino*»¹⁵⁹, e la cui finalità consiste, quindi, nel riequilibrare le posizioni dei contraenti.

Il diritto del lavoro ha costruito una disciplina, volta a proteggere la parte “debole” del rapporto, che pur mantenendo l'apparente universalità del soggetto protetto, ha progressivamente differenziato le tutele, adattandole a quelle differenze la cui considerazione dovrebbe risultare esclusa in forza del principio di eguaglianza formale¹⁶⁰.

Non deve sorprendere, allora, che il diritto del lavoro sia stato tra le prime branche del diritto ad attivare anche nei rapporti tra privati la regola della eguaglianza attraverso la previsione dei primi divieti di discriminazione¹⁶¹. Basti pensare, innanzitutto, all'articolo 4 della l. 15 luglio 1966 n. 604¹⁶², il quale, imponendo pesanti limiti alle prerogative imprenditoriali, colpisce il licenziamento intimato in violazione del principio di eguaglianza con la sanzione della nullità, ed inoltre all'ampia tutela predisposta dall'articolo 15¹⁶³ dello Statuto dei lavoratori, il quale, nella sua prima

¹⁵⁸ Così G. DE SIMONE, *Dai principi alle regole. Eguaglianza e divieti di discriminazione nella disciplina dei rapporti di lavoro*, Giappichelli, Torino 2001, pp.7 e ss.

¹⁵⁹ Così G. DE SIMONE, *op.cit.*, pp.7 e ss.

¹⁶⁰ G. DE SIMONE, *op. loc. cit.*, pp. 9 e ss., osserva in proposito che il *metodo* utilizzato a tale scopo dal legislatore, perlomeno in un primo momento, «è stato quello di riconoscere le differenze, progressivamente, in relazione al loro prepotente emergere, e di “etichettarle” come eccezioni rispetto al paradigma universale del lavoratore subordinato: il tradizionale lavoratore bianco, italiano, cattolico, maschio, adulto, eterosessuale, capofamiglia». In tal senso altresì L. GUAGLIANONE, *Le azioni positive. Modelli e tipologie*, in L. GAETA, L. ZOPPOLI, *Il diritto diseguale. La legge sulle azioni positive*, Giappichelli, Torino, 1993, pp. 28 e ss. la quale afferma che: «l'ingresso di nuove individualità (anche) nel mondo del lavoro – si pensi, per esempio, agli extracomunitari e, più in generale, agli stranieri – fa, infatti, avvertire la necessità di decostruire il modello omogeneo di riferimento in favore di principi regolativi che non prescindano dalle modificate condizioni sociali e che, conseguentemente, tengano conto delle differenti presenze».

¹⁶¹ In tal senso cfr. L. GAETA, L. ZOPPOLI, *Il diritto diseguale*, *op. loc. cit.*, pp. 6 e ss.

¹⁶² Articolo 4 della l. del 15 luglio 1966 n. 604, «Norme sui licenziamenti individuali», stabilisce: «Il licenziamento determinato da ragioni di credo politico o fede religiosa, dall'appartenenza ad un sindacato e dalla partecipazione ad attività sindacale è nullo, indipendentemente dalla motivazione addotta».

¹⁶³ Articolo 15, l. 18 maggio 1970, n. 300: «È nullo qualsiasi patto od atto diretto a: subordinare l'occupazione di un lavoratore alla condizione che aderisca o non aderisca ad una associazione sindacale ovvero cessi di farne parte;

formulazione, prevedeva la nullità di atti o patti diretti a discriminare il lavoratore «a causa della sua affiliazione o attività sindacale ovvero della sua partecipazione ad uno sciopero». A questi fattori, collegati alla promozione dell'autotutela collettiva, potevano considerarsi equiparate le ragioni politiche e religiose. Occorre attendere il 1977 perché, sull'onda di una nuova sensibilità ai problemi della discriminazione, vengano introdotte le ragioni razziali, di lingua e di sesso, grazie al disposto dell'articolo 13 della l. del 9 dicembre 1977, n. 903¹⁶⁴.

L'attenzione del legislatore si è, tuttavia, focalizzata in particolare sul fattore di discriminazione rappresentato dal genere, tanto che appare corretto individuare nell'evoluzione della tutela antidiscriminatoria correlata all'appartenenza al sesso maschile o femminile del "lavoratore" il «*metamodello*», ovvero il parametro sul quale si sono venute modellando le normative antidiscriminatorie concernenti gli altri "fattori di rischio"¹⁶⁵.

La materia, regolata, in particolare, dalla l. 9 dicembre 1977 n. 903, alla quale si è già fatto cenno, e dalla l. 10 aprile 1991 n. 125, è stata di recente oggetto di nuovi interventi da parte del legislatore, che vanno ad innovare la disciplina antecedente e testimoniano il rilievo attribuito dall'ordinamento alla problematica della discriminazione di genere¹⁶⁶. Appare opportuno esaminare quantomeno gli elementi di maggiore rilievo di tali normative, prendendo le mosse dalle leggi 903 e 125.

La legge 903/77, relativa alla «*Parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro*», da attuazione alle citate direttive comunitarie n. 117 del 1975¹⁶⁷ e n. 207 del 1976¹⁶⁸, emanate sulla base dell'articolo 119 (ora 141) del Trattato C.E.E.

licenziare un lavoratore, discriminarlo nella assegnazione di qualifiche o mansioni, nei trasferimenti, nei provvedimenti disciplinari, o recargli altrimenti pregiudizio a causa della sua affiliazione o attività sindacale ovvero della sua partecipazione ad uno sciopero.

Le disposizioni di cui al comma precedente si applicano altresì ai patti o atti diretti a fini di discriminazione politica, religiosa, razziale, di lingua o di sesso».

L'area dei motivi di discriminazione presi in considerazione dal legislatore, nell'ambito del divieto di licenziamento discriminatorio, risulta consolidata nella previsione della l. 11 maggio 1990, n. 108, che ha dichiarato nullo il licenziamento «determinato da ragioni discriminatorie ai sensi dell'articolo 4 della legge 15 luglio 1966, n. 604, e dall'articolo 15 della legge 20 maggio 1970, n. 300, come modificato dall'articolo 13 della legge 9 dicembre 1977, n. 903».

¹⁶⁴ Pubblicata in G. U. n. 343 del 17 dicembre 1977.

¹⁶⁵ In tal senso G. DE SIMONE, op. loc. cit., pp. 43 e ss. La quale, utilizza (p. 48) l'espressione "fattori di rischio", che pare particolarmente appropriata per designare tutti gli elementi che possano comportare, appunto, il rischio di una illegittima differenziazione di trattamenti. Sottolinea, infatti, che «*il legislatore ha considerato, di volta in volta (...) taluni aspetti della persona del lavoratore, talune caratteristiche, che, nel momento storico in cui è stata approvata la relativa disposizione di legge, si manifestavano come "fattori di rischio". Rischio di discriminazione, in primo luogo, con il conseguente rischio di ghettizzazione e, più in generale, di mancato rispetto della eguale dignità dei lavoratori, in violazione del principio di eguaglianza formale*».

Sulla disciplina del fattore "genere" come prototipo al quale le altre si sono, in qualche modo, ispirate, C.f.r. altresì D. IZZI, op. cit., pp. 12 ss.

¹⁶⁶ In particolare, il D.Lgs. n. 145 del 30 maggio 2005, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 27 luglio 2005 n. 173, in vigore dall'11 agosto 2005, volta a dare attuazione nell'ordinamento interno alla direttiva CE n. 73 del 23 settembre 2002. E, ultima tappa allo stato attuale dell'evoluzione normativa nel settore, il Codice delle pari opportunità tra uomo e donna, adottato con D.Lgs. 11 aprile 2006 n. 198 (a norma dell'art. 6 L. 28 novembre 2005 n. 246), pubblicato sul supplemento ordinario n. 13/L alla Gazzetta Ufficiale del 31 maggio 2006 n. 133. Su entrambi c.f.r. *infra*.

¹⁶⁷ «Per il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative all'applicazione del principio di parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile».

¹⁶⁸ Cui si fatto cenno nel paragrafo precedente: «Relativa all'attuazione del principio di parità di trattamento tra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro».

L'obiettivo perseguito dal legislatore, in perfetta simmetria con la disciplina comunitaria, è quello di porre rimedio ad una situazione storica di concreta disapplicazione del principio di parità di trattamento tra lavoratori e lavoratrici, sancito dall'art. 37 Cost.¹⁶⁹ A tale scopo il divieto di discriminazione è esplicitamente introdotto in relazione agli aspetti principali del rapporto di lavoro, sia pubblico che privato: il momento dell'accesso e della costituzione, l'assegnazione delle qualifiche, la retribuzione, la progressione in carriera e, in quanto funzionali a questi, il momento della formazione e dell'orientamento¹⁷⁰.

Il fondamento di tali specifici divieti deve essere individuato nel principio di eguaglianza cosiddetta *formale*, in forza del quale, al fine di dare attuazione all'articolo 3 primo comma Cost., si impone di fare astrazione dalle caratteristiche differenziali femminili, sia biologiche che sociali, considerandole irrilevanti per il diritto.¹⁷¹

«L'eguaglianza consiste dunque nel negare legittimità alla considerazione di taluni (non di tutti gli) elementi che differenziano gli individui, come (secondo l'elenco di cui all'articolo 3, primo comma, Cost.), il sesso, la razza, la lingua, la religione, le opinioni politiche, le condizioni personali o sociali; nel negare dunque la legittimità di trattamenti diseguali in ragione del sesso, della razza, e così via»¹⁷².

A distanza di pochi anni dall'approvazione della legge iniziarono, tuttavia, ad emergere tutti i limiti: sia quelli derivanti dalle scelte tecniche effettuate, sia quelli che scaturivano dall'impianto complessivo della legge e dalla sua *ratio*¹⁷³.

In questo modo si spiega l'esigenza di un nuovo intervento normativo, volto a colmare le carenze strutturali e strumentali della legge.

¹⁶⁹ In proposito T. TREU, (Commentario a cura di), *Legge 9 dicembre 1977 n. 903. Parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro*, Nuove leggi civ. comm., 1978, p. 787, il quale sottolinea che la legge risponde all'esigenza di ribadire e specificare la regola di parità dei diritti della donna lavoratrice, sancita in termini generali dall'articolo 37 comma primo Cost. Infatti la regola costituzionale, benché dotata di «*implicazioni ulteriori rispetto a quelle tradizionalmente discusse sotto il titolo parità di retribuzione e parità di lavoro*» in quanto applicabile a tutti gli atti e patti rilevanti per la costituzione, lo svolgimento, e la cessazione del rapporto di lavoro, ha ricevuto da parte della dottrina e della giurisprudenza del dopo-costituzione un'interpretazione che ne ha ristretto il campo di applicazione all'ambito del trattamento retributivo.

¹⁷⁰ Articolo 1: È vietata qualsiasi discriminazione fondata sul sesso per quanto riguarda l'accesso al lavoro, indipendentemente dalle modalità di assunzione e qualunque sia il settore o il ramo d'attività, a tutti i livelli della gerarchia professionale.

La discriminazione di cui al comma precedente è vietata anche se attuata:

- 1) attraverso il riferimento allo stato matrimoniale o di famiglia o di gravidanza;
- 2) in modo indiretto, attraverso meccanismi di preselezione ovvero a mezzo stampa o con qualsiasi altra forma pubblicitaria che indichi come requisito professionale l'appartenenza all'uno o all'altro sesso.

Il divieto di cui ai commi precedenti si applica anche alle iniziative in materia di orientamento, formazione, perfezionamento e aggiornamento professionale, per quanto concerne sia l'accesso sia i contenuti.

Eventuali deroghe alle disposizioni che precedono sono ammesse soltanto per mansioni di lavoro particolarmente pesanti individuate attraverso la contrattazione collettiva.

Non costituisce discriminazione condizionare all'appartenenza a un determinato sesso l'assunzione in attività della moda, dell'arte e dello spettacolo, quando ciò sia essenziale alla natura del lavoro e della prestazione.

Articolo 2: La lavoratrice ha diritto alla stessa retribuzione del lavoratore quando le prestazioni richieste siano uguali o di pari valore.

I sistemi di classificazione professionale ai fini della determinazione delle retribuzioni debbono adottare criteri comuni per uomini e donne.

¹⁷¹ L. GAETA, L. ZOPPOLI, op. loc. cit., p. 53.

¹⁷² M. V. BALLESTRERO, *Le azioni positive tra eguaglianza e diritto diseguale*, in Commentario sistematico alla l. 10 aprile 1991, n. 125. Azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro, (a cura di TREU-BALLESTRERO), Nuove leggi civ. comm., 1994, I, p. 14.

¹⁷³ G. DE SIMONE, op. loc. cit., p. 53.

La legge 125/91, che traspone nell'ordinamento italiano una politica antidiscriminatoria sviluppata a livello comunitario dalla Commissione delle Comunità europee e dalla Corte di Giustizia, persegue la finalità di realizzare l'eguaglianza sostanziale tra uomini e donne nel lavoro. Infatti è previsto nell'art.1: «*le disposizioni della presente legge hanno lo scopo di favorire l'occupazione femminile e di realizzare l'eguaglianza sostanziale tra uomini e donne nel lavoro, anche mediante l'adozione di misure denominate azioni positive per le donne, al fine di rimuovere gli ostacoli che di fatto impediscono la realizzazione di pari opportunità*»¹⁷⁴.

L'obiettivo, esplicitamente indicato dal legislatore, consiste, dunque, nel dare attuazione al principio di eguaglianza sostanziale, sancito dall'articolo 3, comma secondo Cost.

A differenza del principio di eguaglianza in senso formale, che ha un contenuto essenzialmente negativo in quanto impone di fare astrazione dai fattori di differenziazione vietati, il principio di eguaglianza in senso sostanziale ha contenuto positivo in quanto si fonda sulla attribuzione di rilevanza proprio agli stessi fattori di discriminazione, al fine di rimuovere le conseguenze sfavorevoli che da essi possono derivare.¹⁷⁵

Proprio grazie al passaggio dal principio di uguaglianza in senso formale al principio di eguaglianza in senso sostanziale si realizza l'allargamento della nozione di discriminazione sino a ricomprendervi quella indiretta¹⁷⁶.

Infatti, al fine di colmare una grave lacuna strutturale della l. 903/77, l'articolo 4 della legge 125/91, ai commi I e II, ha introdotto una definizione di discriminazione che si articola in discriminazione diretta ed indiretta.

In particolare, il secondo comma stabilisce, secondo i principi da tempo individuati nelle fonti di diritto internazionale e dell'ordinamento comunitario e accolti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia della Comunità europea, che «*costituisce discriminazione indiretta ogni trattamento pregiudizievole conseguente all'adozione di criteri che svantaggino in modo proporzionalmente maggiore i lavoratori dell'uno o dell'altro sesso e riguardino requisiti non essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa*».

Da ciò emerge che, mentre presupposto della discriminazione diretta¹⁷⁷ è una disparità di trattamento fondata sui fattori vietati, la discriminazione indiretta si verifica nei casi in cui un trattamento omogeneo produce conseguenze diverse sui gruppi individuati dal legislatore¹⁷⁸.

Il presupposto su cui si fonda è, dunque, che un criterio in sé formalmente neutro «*abbia ripercussioni differenziate a causa delle specificità che connotano la maggioranza degli appartenenti ad un genere, specificità che assumono un valore che*

¹⁷⁴ Osserva in proposito M. V. BALLESTRERO, op. loc. cit., p. 12, che la formulazione contorta del primo comma dell'articolo 1, non permette di individuare in modo chiaro gli obiettivi della legge, disordinatamente affastellati. A tal fine propone di riordinare l'enunciato, ridefinendo gli scopi della legge in maniera più lineare: «*le disposizioni della legge, al fine di realizzare l'eguaglianza sostanziale tra uomini e donne nel lavoro, rimuovendo gli ostacoli che di fatto impediscono la realizzazione di pari opportunità, favoriscono l'occupazione femminile anche mediante l'adozione di misure denominate azioni positive per le donne*». Emerge, allora, che scopo immediato della legge è quello di favorire l'occupazione femminile, scopo mediato (ed insieme giustificazione dello scopo immediato) è la realizzazione dell'eguaglianza sostanziale tra uomini e donne nel lavoro.

¹⁷⁵ Così M. V. BALLESTRERO, op. loc. cit., pp. 16 e ss.

¹⁷⁶ M. V. BALLESTRERO, *La nozione di discriminazione nella legge n. 125/91*, Riv. crit. dir. lav., 1992, II, 779. Accoglie tale prospettiva altresì M. BARBERA, *La nozione di discriminazione*, in Commentario sistematico alla l. 10 aprile 1991, n. 125. Azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro, (a cura di TREU-BALLESTRERO), cit., pp. 49 e ss.

¹⁷⁷ Tale concetto non risulta definito in modo specifico dal I comma dell'articolo 4.

¹⁷⁸ M. BARBERA, op. loc., loc. cit.

si ripercuote sulla legittimità del criterio se esso, al contrario, le ignora»¹⁷⁹. La neutralità del trattamento (vale a dire l'omessa considerazione dei fattori differenzianti) si risolve allora nella negazione di pari opportunità¹⁸⁰.

Per realizzare la finalità dell'eguaglianza sostanziale, rimuovendo gli ostacoli di fatto che impediscono la realizzazione di pari opportunità, la L. 125/91 prevede l'adozione di azioni positive¹⁸¹ per le donne con lo scopo di eliminare le disparità nella formazione scolastica e professionale, nell'accesso al lavoro, nella progressione in carriera, nel favorire la diversificazione delle scelte professionali delle donne anche nel campo del lavoro autonomo ed imprenditoriale, promuovere l'inserimento in attività professionali ove è sottorappresentata, favorire anche mediante diversa organizzazione delle condizioni e tempo del lavoro l'equilibrio e la migliore ripartizione tra responsabilità familiari e professionali dei due sessi.

L'obiettivo di tali azioni positive è dunque quello di realizzare una politica di *ridistribuzione* delle opportunità di vita offerte ai due sessi.

Il primo comma dell'articolo 4 accoglie una nozione "oggettiva" di discriminazione, sancendo definitivamente l'irrelevanza dell'intento in quanto presupposto necessario della fattispecie discriminatoria. In tal modo il legislatore pone termine ad un acceso dibattito sulla portata oggettiva o soggettiva del comportamento discriminatorio, che vedeva parte della dottrina e la giurisprudenza schierate a favore della rilevanza del motivo soggettivo inteso come elemento costitutivo della condotta illecita.¹⁸²

L'intendere la discriminazione come manifestazione esteriore dell'*animus nocendi* del datore di lavoro aveva comportato la riduzione della portata applicativa della disciplina, sia sul versante sostanziale, in quanto la fattispecie risultava circoscritta alle ipotesi di effettiva (e concretamente riscontrabile) ostilità del datore di lavoro, sia sul versante processuale, a causa delle difficoltà probatorie connesse alla verifica dell'intento.

E' apparso, dunque, opportuno esprimere in modo inequivocabile l'adesione ad una concezione *oggettiva* dell'illecito. Il testo della norma afferma, infatti, che «*costituisce discriminazione, ai sensi della l. 9 dicembre n. 903, qualsiasi atto o comportamento che produca un effetto pregiudizievole in ragione del sesso*». Appare evidente che «*la tecnica di definizione dell'illecito fa leva sul risultato finale dell'atto o della condotta, sulla loro idoneità a realizzare, in modo diretto o indiretto, un trattamento sfavorevole basato sul sesso, mentre resta estraneo alla valutazione giuridica del comportamento indagato il movente soggettivo dell'autore*»¹⁸³.

Il legislatore ha voluto, inoltre, rafforzare la tutela dei diritti di parità anche sul piano processuale mediante la previsione di una redistribuzione dei carichi probatori.

Prima della L.125/91 l'onere della prova gravava interamente sulla lavoratrice ricorrente, sebbene l'art. 1 della L. 903/77 individuasse alcuni comportamenti, o atti come discriminatori¹⁸⁴, per la lavoratrice era particolarmente difficile provare la

¹⁷⁹ Così S. SCARPONI, *Le nozioni di discriminazione*, in GAETA, ZOPPOLI, op. loc. cit., pp. 63 e ss.

¹⁸⁰ M. V. BALLESTRERO, *Lavoro subordinato e discriminazione fondata sulla cittadinanza*, Gior. Dir. lav. rel. ind., 1994, III, p. 510.

¹⁸¹ Le azioni positive non nascono, né concettualmente né concretamente, con la legge n. 125. Esse sono previste e definite da varie fonti di diritto internazionale e comunitario: la Convenzione dell'Onu sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione nei confronti della donna del 18 dicembre 1979, resa esecutiva in Italia con l. 14 marzo 1985 n. 132, la direttiva C.E.E. del 9 febbraio 1976, la raccomandazione C.E.E. 84/635, la carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali del 9 dicembre 1989, l'articolo 119 del Trattato di Maastricht dell'11 dicembre 1991.

¹⁸² Cfr., per tutti, S. SCARPONI, op. loc. cit., pp. 50 e ss.

¹⁸³ Così M. BARBERA, op. loc. cit., p. 55

¹⁸⁴ Vale a dire: il riferimento allo stato matrimoniale, di famiglia o di gravidanza ovvero l'utilizzazione di meccanismi di preselezione o forme pubblicitarie che indichino, come requisito professionale, l'appartenenza all'uno o all'altro sesso.

sussistenza di discriminazioni indirette o occulte. Tale regime introduceva, però, tra le parti del processo condizioni di disparità, dato che è normalmente il datore di lavoro a trovarsi in possesso dei dati necessari per provare la fondatezza o l'infondatezza della domanda.

Per eliminare questa difficoltà di prova, il legislatore ha previsto con l'art. 4, VI comma¹⁸⁵ della L.125/91, che tutte le volte in cui il ricorrente sia in grado di fornire elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, idonei a fondare, in modo preciso e concordante, la presunzione dell'esistenza di atti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso, spetterà al convenuto fornire la prova dell'insussistenza della discriminazione.

La formulazione della norma ha determinato un vivace dibattito dottrinale volto ad accertare se ci si trovi, o meno, dinanzi ad un'inversione legale dell'onere della prova.

In realtà, appare più fondata l'opinione di chi ritiene che le innovazioni dettate dalla legge integrino semplicemente una parziale modifica a favore della parte attrice della ripartizione dei carichi probatori prevista dall'articolo 2697.¹⁸⁶ Infatti, da un lato, sul datore di lavoro non incombono carichi probatori diversi da quelli imposti dalle regole ordinarie, dall'altro, la parte ricorrente può avvalersi di un alleggerimento dell'onere della prova¹⁸⁷ attuato attraverso un meccanismo presuntivo.¹⁸⁸

La L. 903/77 prevede all'art. 13 la nullità di qualsiasi atto o patto diretto a discriminare il lavoratore per motivi di sesso durante il rapporto di lavoro. Però la nullità priva di effetti l'atto, ma non garantisce l'acquisizione del beneficio negato per motivi discriminatori (es. mancata promozione della lavoratrice).

L'art. 15¹⁸⁹ della suddetta legge, prevede invece un procedimento speciale di tipo reintegratorio ricalcato su quello di repressione della condotta antisindacale previsto

¹⁸⁵ Articolo 4, comma V del testo originario, oggi comma VI ex art. 8 d. lgs. n. 196/2000 : «quando il ricorrente fornisce elementi di fatto - desunti anche da dati di carattere statistico relativi alle assunzioni, ai regimi retributivi, all'assegnazione di mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera ed ai licenziamenti - idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di atti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso, spetta al convenuto l'onere della prova sulla insussistenza della discriminazione».

¹⁸⁶ Così M. BARBERA, op. loc. cit., pp. 60 e ss.

¹⁸⁷ Anche la giurisprudenza di merito ha sostenuto che l'articolo 4, VI c., non prevede una vera inversione dell'onere della prova, quanto un alleggerimento dei carichi probatori a favore della parte che deduce in giudizio la fattispecie discriminatoria. Il Pretore di Roma, ad esempio, nella sentenza del 24 novembre 1992 (in Riv. it. Dir. lav., 1993, II, pp. 262 e ss.), ha affermato che «...l'articolo 4 non prevede alcuna inversione dell'onere della prova (...), sebbene a fronte di elementi di fatto idonei a fondare in termini precisi e concordanti la presunzione dell'esistenza di atti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso - elementi desunti anche da dati di carattere statistico - il convenuto è onerato della prova liberatoria, ovvero sulla insussistenza della discriminazione».

¹⁸⁸ C. RAPISARDA SASSOON, *La tutela dei soggetti discriminati. Azione individuale, azione pubblica, tentativo di conciliazione*, in Commentario sistematico alla l. 10 aprile 1991, n. 125 cit., pp. 79 e ss.

¹⁸⁹ Articolo 15 l. 903/77: Qualora vengano posti in essere comportamenti diretti a violare le disposizioni di cui agli articoli 1 e 5 della presente legge su ricorso del lavoratore o per sua delega delle organizzazioni sindacali, il pretore del luogo ove è avvenuto il comportamento denunciato, in funzione di giudice del lavoro, nei due giorni successivi, convoca le parti e assume sommarie informazioni, se ritenga sussistente la violazione di cui al ricorso, ordina all'autore del comportamento denunciato, con decreto motivato e immediatamente esecutivo, la cessazione del comportamento illegittimo e la rimozione degli effetti. L'efficacia esecutiva del decreto non può essere revocata fino alla sentenza con cui il pretore definisce il giudizio instaurato a norma del comma seguente.

Contro il decreto è ammessa entro quindici giorni dalla comunicazione alle parti opposizione davanti al pretore che decide con sentenza immediatamente esecutiva. Si osservano le disposizioni degli articoli 413 e seguenti del codice di procedura civile.

L'inottemperanza del decreto di cui al primo comma o alla sentenza pronunciata nel giudizio di opposizione è punita ai sensi dell'articolo 650 del codice penale.

dall'art. 28 Statuto dei lavoratori: entrambi si articolano in due fasi, una urgente e a cognizione sommaria, l'altra a cognizione piena, si concludono nella prima fase con un decreto immediatamente esecutivo contenente l'ordine di cessazione del comportamento illegittimo e la rimozione degli effetti. Sono previste altresì sanzioni penali in caso di inosservanza dell'ordine del giudice. Tuttavia se ne discosta per taluni aspetti di cui il più importante concerne la legittimazione ad agire: l'azione prevista dall'art. 15 L. 903/77 è individuale.

Legittimato attivo a proporre il ricorso è il lavoratore o per sua delega le organizzazioni sindacali, e ai sensi della L.125/91, (articolo 8, comma VIII), i consiglieri di parità regionali e provinciali¹⁹⁰.

Tra i molti problemi che possono sorgere dalla formulazione dell'articolo 15, appare opportuno dedicare una particolare attenzione a quello della natura della tutela giurisdizionale erogata.

In caso di atti discriminatori compiuti preliminarmente al contatto diretto con i lavoratori o le lavoratrici da assumere, vale a dire nella formulazione dell'offerta dei posti di lavoro, l'ordine del giudice potrà assumere il contenuto di una condanna a modificare, in senso egualitario, la richiesta di lavoratori effettuata dal datore di lavoro. La questione del contenuto del provvedimento di condanna presenta, invece, maggiore complessità qualora la discriminazione sia stata attuata mediante la mancata assunzione della donna o delle donne, e quindi l'assunzione dell'uomo o di più uomini, in quanto resta dubbio il contenuto dell'ordine del giudice e la posizione che ne consegue per il datore di lavoro. La formula legislativa sembra assegnare al provvedimento, con cui il giudice ordina l'assunzione della lavoratrice esclusa, un contenuto di condanna, escludendo che possa avere effetto costitutivo del rapporto di lavoro¹⁹¹. Se si configura però una condanna non suscettibile di esecuzione forzata resta da stabilire quale sia l'efficacia del provvedimento e l'ambito della cognizione che esso presuppone.

Un'esecuzione forzata non è, indubbiamente, ipotizzabile per nessuno degli ordini che possono essere emessi dal giudice del lavoro ai sensi dell'articolo 15 della l. 903/77. Infatti, se la discriminazione ha comportato la mancata assunzione del lavoratore, l'esecuzione forzata presupporrebbe la costituzione *ope iudicis* del rapporto di lavoro mediante pronuncia costitutiva, che, come si è visto, non pare prevista dalla norma in questione¹⁹². L'eventuale inottemperanza all'ordine contenuto nel decreto o nella sentenza di condanna risulterà, quindi, assistita soltanto da coercizione indiretta, mediante l'irrogazione della sanzione prevista dall'articolo 650 cod. pen. In applicazione del comma IV dell'articolo 15, l. 903/77.

Il giudizio relativo alla sussistenza di una discriminazione di genere, realizzata nel momento dell'assunzione, postula il confronto tra la posizione del ricorrente e quella dei lavoratori assunti col comportamento ritenuto discriminatorio. L'atto lesivo si

Ove le violazioni di cui al primo comma riguardino dipendenti pubblici si applicano le norme previste in materia di sospensione dell'atto dell'articolo 21, ultimo comma, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034.

¹⁹⁰ I consiglieri potranno altresì esperire intervento di terzo nel giudizio promosso dalla lavoratrice.

Sulle nuove figure del consigliere regionale e provinciale di parità cfr. F. BORGOGELLI, *I consiglieri di parità*, in *Commentario sistematico alla l. 10 aprile 1991, n. 125* cit., pp. 143 e ss.; D. GOTTARDI, *Il consigliere di parità*, in *Il diritto diseguale* cit., pp. 153 e ss..

¹⁹¹ In tal senso C. RAPISARDA SASSOON, *Commento all'articolo 15 della l. 903/77*, in *Parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro* cit., pp. 837 e ss.

¹⁹² In tal senso G. TARZIA, *Manuale del processo del lavoro*, Milano, Giuffrè, 1999, pp. 363 e ss. L'autore precisa che «In particolare sarebbe ingannevole un confronto col provvedimento di reintegrazione nel posto di lavoro, pure, a nostro avviso, non suscettibile di esecuzione forzata in forma specifica. Ed infatti nell'ipotesi contemplata nell'articolo 18 dello statuto (tutelabile anche ex art. 28 dello statuto stesso) la dichiarazione di nullità o di invalidità del licenziamento comporta l'accertamento della persistenza del rapporto di lavoro, sicché il problema pratico è esclusivamente quello attinente alla possibilità ed eventualmente ai limiti della tutela esecutiva per la reintegrazione».

articola, infatti, in un atto omissivo, la mancata assunzione, ed in uno positivo, l'assunzione di un altro lavoratore in luogo di quello discriminato, entrambi oggetto necessario della cognizione del giudice.

Data l'incompatibilità tra la posizione di chi lamenta la discriminazione e quella di chi se ne è concretamente avvantaggiato, il lavoratore assunto dovrà essere chiamato in giudizio quale litisconsorte necessario, in applicazione analogica dell'articolo 420, IX comma c.p.c., in quanto il provvedimento del giudice potrà incidere sulla sua posizione ordinandone il licenziamento.

Tale conclusione appare avvalorata dalla considerazione che *«il provvedimento ex articolo 15 non opposto, costituendo giudicato sull'obbligo del datore di lavoro di assumere il lavoratore o la lavoratrice discriminata, potrebbe poi essere assunto a fondamento di un'azione costitutiva, esercitata nelle forme del processo del lavoro e volta ad una pronuncia che tenga luogo del contratto di lavoro non concluso (art. 2932)»*¹⁹³.

L'articolo 4, ai commi VIII e X¹⁹⁴, ha introdotto una azione pubblica che può essere proposta con ricorso al giudice del lavoro dal consigliere o dalla consigliera regionale (o nazionale) di parità qualora il datore di lavoro ponga in essere una discriminazione di carattere collettivo, anche quando non sia possibile individuare i soggetti direttamente lesi da tali discriminazioni.¹⁹⁵

La norma ha un ambito di applicazione più ampio dell'articolo 15 della legge n. 903, sia perché si estende a qualunque tipo di discriminazione, sia perché la domanda può essere proposta senza che sia necessario individuare preventivamente i soggetti concretamente lesi.

L'azione può essere preceduta da un tentativo di conciliazione, promosso dal consigliere o dalla consigliera di parità, i quali *«possono chiedere all'autore della discriminazione di predisporre un piano di rimozione delle discriminazioni accertate entro un termine non superiore a centoventi giorni, sentite, nel caso di discriminazione posta in essere da un datore di lavoro, le rappresentanze sindacali aziendali ovvero, in loro mancanza, le associazioni locali aderenti alle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative sul piano nazionale»*¹⁹⁶.

¹⁹³ Così G. TARZIA, op. loc. cit., pp. 365.

¹⁹⁴ Articolo 4, comma 8): Con riguardo alle discriminazioni di carattere collettivo di cui al comma 7 le consigliere o i consiglieri di parità, qualora non ritengano di avvalersi della procedura di conciliazione di cui al medesimo comma o in caso di esito negativo della stessa, possono proporre ricorso davanti al tribunale in funzione di giudice del lavoro o al tribunale amministrativo regionale territorialmente competenti.

Comma 10): Ferma restando l'azione di cui al comma 8, la consigliera o il consigliere regionale e nazionale di parità possono proporre ricorso in via d'urgenza davanti al tribunale in funzione di giudice del lavoro o al tribunale amministrativo regionale territorialmente competenti. Il giudice adito, nei due giorni successivi, convoca le parti e assume sommarie informazioni, ove ritenga sussistente la violazione di cui al ricorso, con decreto motivato e immediatamente esecutivo ordina all'autore della discriminazione la cessazione del comportamento pregiudizievole e adotta ogni altro provvedimento idoneo a rimuovere gli effetti delle discriminazioni accertate, ivi compreso l'ordine di definizione ed attuazione da parte del responsabile di un piano di rimozione delle medesime. Si applicano in tal caso le disposizioni del comma 9. Contro il decreto è ammessa entro quindici giorni dalla comunicazione alle parti opposizione avanti alla medesima autorità giudiziaria territorialmente competente, che decide con sentenza immediatamente esecutiva.

¹⁹⁵ In generale su questo procedimento cfr. SCARPONI, *Tecniche di sostegno indiretto alle azioni positive e misure sanzionatorie*, in *Commentario sistematico alla l. 10 aprile 1991, n. 125* cit., pp. 89 e ss.; C. RAPISARDA SASSOON, *La tutela dei soggetti discriminati* cit., pp. 73 e ss.

¹⁹⁶ Comma 7): Qualora le consigliere o i consiglieri di parità regionali e, nei casi di rilevanza nazionale, il consigliere o la consigliera nazionale, rilevino l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori diretti o indiretti di carattere collettivo, anche quando non siano individuabili in modo immediato e diretto le lavoratrici o i lavoratori lesi dalle discriminazioni, prima di promuovere l'azione in giudizio ai

Nel caso in cui il piano appaia idoneo alla rimozione delle discriminazioni, la consigliera o il consigliere di parità promuoveranno il tentativo di conciliazione ed il relativo verbale acquisirà forza di titolo esecutivo grazie al decreto del tribunale (in funzione di giudice del lavoro).

Qualora le consigliere o i consiglieri scelgano di non avvalersi di tale procedura o la stessa abbia esito negativo, potranno proporre ricorso davanti al tribunale in funzione di giudice del lavoro o al tribunale amministrativo regionale territorialmente competenti. In questo caso sarà il giudice ad ordinare all'autore della discriminazione di definire un piano per la rimozione delle discriminazioni accertate¹⁹⁷.

Emerge dunque, lo schema di tutela a doppio binario che risulta dal coordinamento della L.125 con la L. 903: l'azione pubblica del Consigliere di parità, finalizzata alla tutela dell'interesse generale alla parità tra uomini e donne nel lavoro, non interferisce con la tutela accordata dall'art. 15 della L. 903, che mantiene tutti i limiti di una tutela di impianto strettamente individualistico.

Appare evidente, dunque, come il legislatore italiano abbia per lungo tempo affrontato la problematica delle discriminazioni nel campo lavorativo con pressoché esclusiva attenzione per il fattore genere.

L'emanazione della direttiva 2000/78/CE ha fornito l'impulso agli ordinamenti europei, che fossero ancora privi di specifiche discipline in materia, per adeguare agli *standards* comunitari i propri sistemi giuridici.

In Italia, il recepimento della suddetta direttiva è avvenuto ad opera del D.lgs. 216 del 9 luglio 2003¹⁹⁸ una normativa volta specificamente a sancire il divieto di discriminare i lavoratori al momento dell'assunzione e durante la vigenza del contratto - nel settore pubblico ed in quello privato – sulla base della religione, delle convinzioni personali, della presenza di un handicap, dell'età, dell'orientamento sessuale¹⁹⁹.

sensi dei commi 8 e 10, possono chiedere all'autore della discriminazione di predisporre un piano di rimozione delle discriminazioni accertate entro un termine non superiore a centoventi giorni, sentite, nel caso di discriminazione posta in essere da un datore di lavoro, le rappresentanze sindacali aziendali ovvero, in loro mancanza, le associazioni locali aderenti alle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative sul piano nazionale. Se il piano è considerato idoneo alla rimozione delle discriminazioni, la consigliera o il consigliere di parità promuove il tentativo di conciliazione ed il relativo verbale, in copia autenticata, acquista forza di titolo esecutivo con decreto del tribunale in funzione di giudice del lavoro.

¹⁹⁷ Comma 9): Il giudice, nella sentenza che accerta le discriminazioni sulla base del ricorso presentato ai sensi del comma 8, ordina all'autore della discriminazione di definire un piano di rimozione delle discriminazioni accertate, sentite, nel caso si tratti di datore di lavoro, le rappresentanze sindacali aziendali ovvero, in loro mancanza, gli organismi locali aderenti alle organizzazioni sindacali di categoria maggiormente rappresentative sul piano nazionale, nonché la consigliera o il consigliere di parità regionale competente per territorio o il consigliere o la consigliera nazionale. Nella sentenza il giudice fissa i criteri, anche temporali, da osservarsi ai fini della definizione ed attuazione del piano.

¹⁹⁸ Pubblicato in G.U. del 13 agosto 2003, n. 187, come modificato dal D.lgs. n. 256 del 2 agosto 2004 (pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 244, del 16 ottobre 2004).

¹⁹⁹ Il sistema giuridico italiano aveva provveduto, già qualche anno prima dell'emanazione di tale decreto, a predisporre una tutela nel settore lavoristico per una vasta gamma di fattori, attraverso la disciplina del D.lgs. 286 del 1998, che agli art. 43 e 44 appresta un apparato rimediale ad ampio raggio, prevedendo altresì un apposito procedimento giudiziario, cui il decreto 216 rinvia (per l'analisi di tale disciplina si fa rinvio ai cap. II e III). Il D.lgs. 216/2003 fa salvo, infatti, all'art. 2 «il disposto dell'articolo 43, commi 1 e 2 del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero», nonché, all'art. 4 in relazione all'apparato di tutele, il sistema disciplinato dall'art. 44 c. da I a VI, VIII e XI.

Tuttavia, l'adeguamento al diritto comunitario rileva sia per il rafforzamento della tutela, grazie all'emanazione di un corpo di norme specifico (l'art. 43 e 44 sono, infatti, due disposizioni di grande rilievo, incastonate però in un testo normativo diretto a regolamentare il fenomeno migratorio), sia per la previsione di ulteriori fattori di discriminazione, prima non considerati, come l'età e l'orientamento

La normativa d'attuazione – che, come è stato sottolineato, risulta pedissequamente modellata sul contenuto della direttiva²⁰⁰ - introduce una definizione di discriminazione ampia ed articolata.

All'art. 2, infatti, viene definita la discriminazione diretta come quel comportamento che si realizza quando, per uno dei fattori considerati, una persona é trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga.

Si ha, invece, discriminazione indiretta «*quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri possono mettere le persone(...)*», sempre in presenza di uno dei caratteri di cui all'art. 1, «*in una situazione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone*».

In proposito, appare significativo, il riferimento allo “*svantaggio particolare*”, laddove la definizione offerta dalla disciplina previgente, come si è visto, fa riferimento invece all'individuazione del *disparate impact* incentrata sulla nozione di “*svantaggio proporzionalmente maggiore*”²⁰¹.

Per la prima volta, inoltre, vengono equiparate alla discriminazione sia le molestie, definite come «*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*», che l'ordine di discriminare (art. 2 c. IV).

Questa tutela ad ampio raggio, risulta, tuttavia, fortemente limitata dalle diverse eccezioni al divieto introdotte dall'art. 3. Infatti, è previsto al comma VI che non debbano essere considerate discriminazioni indirette le differenze di trattamento giustificate da finalità legittime perseguite attraverso mezzi appropriati e necessari.

Sono, più in generale, al di fuori dell'ambito di tutela, ai sensi del III che comma, tutti i comportamenti differenzianti che rispettino i principi di proporzionalità e ragionevolezza, derivino dalla natura dell'attività lavorativa o dal contesto in cui viene espletata, riguardino caratteristiche costituenti requisito essenziale e determinante ai fini dello svolgimento dell'attività²⁰². E ciò in particolare se le suddette caratteristiche «*assumano rilevanza ai fini dell'idoneità allo svolgimento delle funzioni che le forze*

sessuale, sul punto c.f.r. M. ROCELLA, *Manuale di diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 249 ss.

²⁰⁰ A. PALLADINI, *L'attuazione delle direttive comunitarie contro le discriminazioni di razza, etnia, religione o convinzioni personali, handicap, età e orientamento sessuale*, in *Mass.giur.lav.*, 2004, fasc. I, pp. 39 ss. Ma sul punto la dottrina è pressoché unanime.

²⁰¹ R. NUNIN, *Recepiti le direttive comunitarie in materia di lotta contro le discriminazioni*, in *Lav. nella giur.*, 2003, n. 7, pp 905 ss. È chiaro l'intento di ampliare in tal modo la fattispecie discriminatoria. Come confermano, infatti, le osservazioni riportate nella *Relazione governativa al decreto legislativo 216/2003*, in *Guida dir.*, 2003, n. 37 pp. 36 ss., ove si afferma che: «*l'introduzione di un tale criterio nella fase di attuazione della direttiva, nel richiedere che la discriminazione si riferisca ad una quota rilevante di persone, finirebbe, difatti, per restringere l'ambito dei comportamenti rilevanti ai fini dell'accertamento della discriminazione stessa entro confini più circoscritti di quelli previsti dal legislatore comunitario e rischierebbe, a sua volta, di esporre il nostro ordinamento a censure in sede europea*».

²⁰² In proposito F. BILOTTA, *La discriminazione nel diritto civile*, in *Persona e danno*, Giuffrè, Torino, 2004, vol. I, cap. XI, pp. 941 ss, il quale sottolinea come l'introduzione di tale eccezione al comma III non sia conforme alla previsione della direttiva 2000/78 e allo spirito della disciplina europea. L'autore, infatti, afferma che la trasposizione italiana ha alterato l'originario significato dell'art. 4 comma I della direttiva, da leggersi alla luce del 23° considerando in quanto: «*dalle due norme europee richiamate si trae, da un lato 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, del d.lgs. 216/2003) a dover indicare in quali casi si possa far eccezione al principio di non discriminazione; dall'altro una connotazione della fattispecie fortemente oggettiva, che non lascia alcun margine di discrezionalità al datore di lavoro, circa l'idoneità del lavoratore ad essere assunto o a continuare a svolgere le mansioni affidategli*».

armate e i servizi di polizia, penitenziari o di soccorso possono essere chiamati ad esercitare»²⁰³.

Una particolare attenzione viene accordata, altresì, al problema della tutela giurisdizionale del diritto a non essere discriminato.

In primo luogo, dall'art. 4, viene introdotta una modifica all'art. 1, comma II, della L. 300 del 1970, del quale sia ampliata la portata rendendo nulli gli atti ed i patti del datore di lavoro, diretti a fini discriminatori, anche per motivi di handicap, età, orientamento sessuale o convinzioni personali.

Dallo stesso articolo viene disegnato, inoltre, un articolato sistema di tutele che – sotto il profilo procedimentale – rinvia ai commi dall'I al VI, VIII e XI dell'art. 44 D.lgs. 286 del 1998²⁰⁴ e prevede la possibilità di avvalersi, in via pregiudiziale, del tentativo di conciliazione previsto dal codice civile e dal D.lgs. 165 del 2001²⁰⁵.

È prevista, ancora, la semplificazione dell'onere della prova per la vittima della discriminazione, la quale potrà limitarsi a dedurre in giudizio elementi di fatto, anche sulla base di dati statistici, in termini gravi, precisi e concordanti, che il giudice potrà valutare ai sensi dell'articolo 2729, I comma, del codice civile²⁰⁶.

La legittimazione ad agire in nome e per conto o a sostegno del soggetto leso è attribuita anche alle rappresentanze locali delle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative, ma solo in forza di delega rilasciata per atto pubblico o scrittura privata autenticata, a pena di nullità. Solo qualora si riscontri una discriminazione collettiva e non siano facilmente individuabili le persone lese dalla discriminazione le rappresentanze suddette saranno legittimate ad agire autonomamente.

Il sistema è completato dalle previsioni concernenti il profilo più strettamente sanzionatorio.

Il decreto attuativo ha, infatti, previsto in primo luogo una tutela in forma specifica, attribuendo al giudice il potere di ordinare la cessazione del comportamento, dell'atto o della condotta pregiudizievoli, ove ancora sussistenti, e la rimozione degli effetti. Inoltre, per garantire l'effettivo ristoro degli interessi, spesso irrimediabilmente lesi, si è stabilito che il giudice, se richiesto, possa provvedere al risarcimento del danno,

²⁰³ Il comma V prevede un'ulteriore rilevante eccezione, che concerne l'ipotesi del lavoro nelle cosiddette organizzazioni di tendenza: «Non costituiscono atti di discriminazione ai sensi dell'articolo 2 le differenze di trattamento basate sulla professione di una determinata religione o di determinate convinzioni personali che siano praticate nell'ambito di enti religiosi o 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 espletate, costituiscano requisito essenziale, legittimo e giustificato ai fini dello svolgimento delle medesime attività».

²⁰⁴ Tale procedimento verrà analizzato nel cap. II.

²⁰⁵ Art. 4 comma III: «Chi intende agire in giudizio per il riconoscimento della sussistenza di una delle discriminazioni di cui all'articolo 2 e non ritiene di avvalersi delle procedure di conciliazione previste dai contratti collettivi, può promuovere il tentativo di conciliazione ai sensi dell'articolo 410 del codice di procedura civile o, nell'ipotesi di rapporti di lavoro con le amministrazioni pubbliche, ai sensi dell'articolo 66 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, anche tramite le rappresentanze locali di cui all'articolo 5».

²⁰⁶ In proposito si è da più parti osservato che sarebbe stata opportuna una scelta più coraggiosa da parte del legislatore, volta ad introdurre un'effettiva inversione dell'onere della prova. In una materia, infatti, dove per definizione sussiste una posizione di disparità tra i soggetti, accollare alla vittima l'onere della prova, anche se così semplificato, potrebbe rendere scarsamente efficace l'apparato di tutele predisposto. Così, tra gli altri, F. CIAMPI, *Con la relazione alla Commissione europea una verifica sull'efficacia delle norme*, in Guida dir., 2003, n. 37, pp. 39 ss., che osserva come «*inversioni dell'onere della prova sono tutt'altro che infrequenti nel nostro ordinamento, particolarmente in quello giuslavoristico (si pensi alla disciplina della giusta causa di licenziamento o a quella dei licenziamenti collettivi per riduzione del personale) e che sul punto effettivamente il recepimento della direttiva non può dirsi perfettamente attuato*».

anche non patrimoniale²⁰⁷, nonché ordinare la pubblicazione del provvedimento di condanna²⁰⁸, a spese del convenuto, per una sola volta su un quotidiano di tiratura nazionale²⁰⁹.

Le più recenti innovazioni della normativa antidiscriminatoria nel contesto lavorativo, concernono nuovamente il fattore genere.

Nel complesso quadro normativo sopra delineato si è inserito, infatti, il D.lgs. 145 del 2005²¹⁰, attraverso il quale il legislatore ha trasposto nell'ordinamento italiano la direttiva 2002/73/CE, in materia di parità di trattamento tra uomini e donne, prevista nell'Allegato B della L. comunitaria 2003²¹¹.

Tale nuovo intervento legislativo va ad incidere in una materia che, come si è sottolineato, è stata ampiamente regolamentata con una disciplina che «risulta per molti aspetti già all'avanguardia»²¹², come del resto affermato dall'art. 1 del decreto, ove si precisa che lo stesso va ad integrare le disposizioni già vigenti in materia.

Le novità di maggiore interesse concernono, in primo luogo, le definizioni di discriminazione diretta ed indiretta, che vengono, in tal modo, armonizzate con le previsioni dei decreti 215/03 e 216/03²¹³.

L'art. 2 comma I del decreto²¹⁴, integrando la definizione previgente, stabilisce, infatti, che «costituisce discriminazione diretta, qualsiasi atto, patto o comportamento che produca un effetto pregiudizievole discriminando le lavoratrici o i lavoratori in ragione del sesso e, comunque, il trattamento meno favorevole rispetto a quello di un'altra lavoratrice o di un altro lavoratore in una situazione analoga»²¹⁵.

Al comma II viene, invece, dettata una definizione di discriminazione indiretta che presenta maggiori elementi di novità. Si prevede, infatti, che si ha discriminazione indiretta «quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un

²⁰⁷ Il danno che potrà configurarsi sarà, allora: biologico (vale a dire per la lesione dell'integrità psico fisica); morale (da intendersi come turbamento dello stato d'animo, turbamento psichico conseguente alla lesione del bene dell'onore della reputazione e della dignità personale); ed infine, esistenziale (qualora sussista la compromissione delle attività che consentono alla persona umana di realizzarsi).

²⁰⁸ L'originario termine "sentenza" è stato sostituito con il termine "provvedimento" da parte dell'art. 2, D.lgs. n. 256 del 2004, cui si è fatto cenno.

²⁰⁹ Nell'ipotesi in cui il provvedimento impartito dal giudice rimanga inadempito, il rinvio contenuto nell'art. 4 comma II del d.lgs. 216/2003, consente di applicare il c. VIII (art. 44) del d.lgs. 286/1998 il quale prevede la punibilità ai sensi dall'art. 388, primo comma, del codice penale.

²¹⁰ D.Lgs. n. 145 del 30 maggio 2005, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 27 luglio 2005 n. 173, in vigore dall'11 agosto 2005, volto a dare attuazione nell'ordinamento interno alla direttiva CE n. 73 del 23 settembre 2002.

²¹¹ Legge del 31 ottobre 2003 n. 306, il cui art. 17 detta i principi ed i criteri direttivi per la redazione del decreto legislativo di recepimento.

²¹² C.f.r. *Relazione governativa al decreto legislativo 145/2005*, in Guida al diritto, 2005, n. 36, pp. 25 e ss., nella quale, infatti, si sottolinea come la maggior parte delle disposizioni contenute nella direttiva, fossero - già antecedentemente- recepite dal sistema giuridico italiano, e si da particolare rilievo solo a quelle norme che introducono una sostanziale innovazione nell'ordinamento: si illustra «il contenuto del decreto legislativo di recepimento, prestando particolare attenzione a quali disposizioni della direttiva risultano già recepite nell'ordinamento italiano».

²¹³ Sul d.lgs. 215/03 c.f.r. cap. II e III.

²¹⁴ L'art. 2 del decreto modifica l'art. 4 della L. 125/1991.

²¹⁵ La modifica della disposizione è solo parziale. Risulta, infatti, confermata la scelta di un'impostazione bilaterale della tutela, rivolta sia agli uomini che alle donne; sia l'adozione di una nozione di discriminazione in senso oggettivo, nella quale non ha rilievo l'intento soggettivo o l'atteggiamento psicologico di chi agisce, ma esclusivamente il risultato dell'azione, qualora sia idonea a determinare una lesione attuale della parità, ed inoltre per l'ampia previsione della norma, che comprende tutte le possibili attività del datore di lavoro. Sul punto c.f.r. TATARELLI M., *Al giudice adito dai consiglieri di parità la decisione sul risarcimento dei danni*, in Guida al diritto, 2005, n. 36, pp. 30 ss., tra i primi commenti alla nuova disciplina.

comportamento apparentemente neutri mettono o possono mettere i lavoratori di un determinato sesso in una posizione di particolare svantaggio rispetto a lavoratori dell'altro sesso, salvo che riguardino requisiti essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa, purché l'obbiettivo sia legittimo ed i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari».

In particolare, anche in relazione alla discriminazione sessuale, la nozione di “svantaggio proporzionalmente maggiore” viene meno ed al suo posto, perché si possa considerare integrata la fattispecie, si richiede la sussistenza di una posizione di “particolare svantaggio”. In tal modo assumerà rilievo, ai fini del divieto, non ogni sproporzione tra gruppi, ma esclusivamente quella che determini uno squilibrio particolarmente consistente²¹⁶.

Inoltre, la nuova disposizione richiede un vaglio più severo al fine di appurare se sussistano i presupposti per ritenere esclusa la discriminazione. Infatti, se precedentemente veniva prevista esclusivamente una verifica in ordine all'essenzialità del requisito per l'espletamento dell'attività lavorativa, attualmente è stabilito che debba essere valutata altresì, la legittimità dell'obbiettivo nonché la rigorosa strumentalità al raggiungimento dell'obbiettivo stesso dei mezzi impiegati (per i quali si richiede che siano appropriati e necessari).

Un'ulteriore, significativa, innovazione è rappresentata dall'introduzione della nozione di molestie e di quella di molestie sessuali da parte dei commi 2-bis e 2-ter del decreto²¹⁷, con previsioni che, anche in questo caso, si armonizzano con le discipline antidiscriminatorie di ultima generazione.

Si rivela, dunque, con particolare evidenza, quello che viene definito come fenomeno delle “transizioni”, ossia dei continui incroci, interazioni, e sovrapposizioni che caratterizzano le normative di tutela contro le varie specie di discriminazioni, confermando la stretta interconnessione e la reciproca influenza delle discipline introdotte in relazione ai differenti fattori di discriminazione, in cui l'evoluzione dell'una si ripercuote necessariamente sulle altre²¹⁸.

²¹⁶ M. TATARELLI, *Al giudice adito dai consiglieri di parità la decisione sul risarcimento dei danni*, in Guida dir. 2005, n. 36, pp. 30 ss., il quale precisa che a tal fine deve essere considerata sia la consistenza quantitativa che quella qualitativa del pregiudizio.

²¹⁷ Si considerano molestie, ai sensi del comma 2-bis: «*quei comportamenti indesiderati, posti in essere per ragioni connesse al sesso, aventi lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una lavoratrice o di un lavoratore e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante o offensivo*».

Il comma 2-ter definisce le molestie sessuali come: «*quei comportamenti indesiderati a connotazione sessuale, espressi in forma fisica, verbale o non verbale, aventi lo scopo e l'effetto di violare la dignità della di una lavoratrice o di un lavoratore e di creare un clima intimidatorio, ostile degradante, umiliante o offensivo*».

Ciò che rileva, in entrambe le ipotesi, è la volontarietà dell'atto, nonché l'oggettiva realizzazione di uno degli effetti considerati dalla norma. Non è richiesta, invece, la presenza della specifica volontà di produrre l'effetto lesivo.

²¹⁸ Come si è già avuto modo di sottolineare al par. che precede, ove si è fatto riferimento all'efficace ricostruzione del fenomeno operata da D. GOTTARDI, *Dalle discriminazioni di genere alle discriminazioni doppie o sovrapposte: le transizioni*, cit. 448 ss.

Su tale fenomeno e sulla definizione di molestie ci si soffermerà nell'ambito del capitolo II, dedicato all'esame della fattispecie.

Un'ulteriore previsione innovativa è prevista nel comma 2-quater, il quale sancisce la nullità degli atti, concernenti il rapporto di lavoro, posti in essere dal datore di lavoro o dal prestatore se adottati in conseguenza del rifiuto o della sottoposizione ad una molestia o ad una molestia sessuale, quali ad esempio un licenziamento ritorsivo o, al contrario, le dimissioni presentate al fine di sottrarsi ai comportamenti indesiderati.

Di grande rilievo è, altresì, l'art. 3 comma I del decreto che, modificando la L. 903/1977, estende il divieto di discriminazione fondata sul sesso per quanto concerne l'accesso al lavoro²¹⁹ a qualsiasi forma di rapporto di lavoro, subordinato o autonomo.

Al comma II, la disposizione in esame introduce un'altra significativa novità sotto il profilo del trattamento sanzionatorio: è prevista, infatti, la possibilità per il giudice di risarcire, ove richiesto, anche il danno non patrimoniale, nei limiti della prova fornita, in modo analogo a quanto disposto dal d.lgs. 216/2003.

Una così ricca normativa, costantemente innovata e arricchita dagli interventi del legislatore comunitario, ha reso indispensabile un'attività di raccolta e coordinamento delle discipline sino ad oggi introdotte.

A tal fine assolve il recente testo unico del 2006 n. 198, adottato con decreto legislativo del 11 aprile 2006, contenente il Codice delle pari opportunità tra uomo e donna, ultima tappa –allo stato– del processo evolutivo delle tutele antidiscriminatorie per il fattore genere in ambito lavoristico.

Tale **Codice, composto di 58 articoli**, provvede al riassetto della materia, riprendendo e coordinando la disciplina antecedente. **Raccoglie in un unico testo, infatti, le disposizioni generali per la promozione delle pari opportunità tra uomo e donna e le disposizioni volte alla promozione delle pari opportunità nei rapporti etico-sociali, nei rapporti economici e nei rapporti civili e politici.** Il provvedimento riordina, tra l'altro, le disposizioni relative alle consigliere e ai consiglieri di parità nominati a livello nazionale, regionale e provinciale, alle pari opportunità nel lavoro, nell'attività d'impresa e nell'accesso alle cariche elettive.

9. Gli altri settori dell'ordinamento.

Alla feconda produzione legislativa nel settore dell'occupazione, non corrisponde un'altrettanto intensa regolamentazione del problema delle discriminazioni negli altri ambiti della vita sociale. Solo in epoca recente, infatti, il legislatore ha ritenuto opportuno colmare tale lacuna dell'ordinamento e ha dato corso, anche grazie all'impulso europeo, all'elaborazione di discipline volte ad introdurre una vasta gamma di divieti di discriminazione.

I principali interventi normativi in materia sono rappresentati dal Decreto legislativo n. 286 del 25 luglio 1998²²⁰ e dal D.lgs. 215 del 9 luglio 2003²²¹, relativo all'attuazione della direttiva 2000/43/CE, per la parità di trattamento delle persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, per l'analisi dei quali si fa rinvio ai capitoli II e III.

Appare opportuno, invece, menzionare in questa sede, la legge n. 67 del 1° marzo 2006, di grande rilievo, in quanto introduce una normativa specificamente volta ad garantire un apparato di tutele per i disabili vittime di discriminazioni.

La legge, in sostanza, va a colmare la lacuna lasciata dal D.lgs. 216/2003, il quale, come si è detto, attua il principio di parità di trattamento in relazione svariati fattori di rischio, tra cui viene ricompreso l'handicap, ma con esclusivo riferimento al contesto lavorativo.

Con la L. 67/2006 viene, invece, affrontato il problema della tutela delle persone disabili in una prospettiva generale, predisponendo un sistema di strumenti giuridici

²¹⁹ Divieto sancito dall'art. 1 comma I della L. 1977/903, su cui incide la modifica.

²²⁰ Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero. Pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 18 agosto 1998 n. 191, S.O. n. 139.

²²¹ Pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 12 agosto 2003, n. 186, come modificato dal D.lgs. n. 256 del 2 agosto 2004, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 244 del 16 ottobre 2004.

volti a garantire l'effettività della parità di trattamento e a promuovere le pari opportunità in tutti i settori della vita.

L'art. 1, infatti, fa salva l'applicazione del decreto 216 per le ipotesi di discriminazioni relative all'accesso al lavoro e sul lavoro e specifica che la legge «*ai sensi dell'articolo 3 della Costituzione, promuove la piena attuazione del principio di parità di trattamento e delle pari opportunità nei confronti delle persone con disabilità di cui all'articolo 3 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, al fine di garantire alle stesse il pieno godimento dei loro diritti civili, politici, economici e sociali*».

L'ambito applicativo della nuova legge è, dunque, particolarmente vasto, in quanto le discriminazioni possono concretizzarsi in qualunque luogo e consistere nei comportamenti più disparati, sia individuali che collettivi o generalizzati²²².

Per individuare i soggetti tutelati occorre fare riferimento all'art. 3 della L. n. 104 del 1992, Legge quadro sull'assistenza, l'integrazione sociale ed i diritti delle persone handicappate, stando alla quale può definirsi portatore di handicap colui che presenta una minorazione fisica, psichica o sensoriale, con assoluta equiparazione di invalidità fisica e psichica.

Sono dettate, anche in questo caso, le definizioni di discriminazione diretta, indiretta e delle molestie, che riprendono quelle offerte dal d.lgs. 216/03, ma se ne discostano sotto alcuni profili.

Se, infatti, la definizione di discriminazione diretta²²³ è identica a quella contenuta nel decreto 216, la definizione di discriminazione indiretta presenta delle peculiarità che meritano di essere sottolineate: è previsto, infatti, la stessa sussista quando «*una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri mettono una persona con disabilità in una posizione di svantaggio rispetto ad altre persone*».

Laddove il decreto 216 sanziona anche la mera possibilità che un soggetto disabile possa essere posto in una situazione di svantaggio, nella legge in esame si presuppone che la situazione di svantaggio si sia effettivamente determinata. Per contro, la legge dà rilievo al semplice svantaggio, senza richiedere che si tratti di svantaggio “*particolare*”. Anche la definizione di molestie appare più restrittiva di quella contenuta nel decreto. La legge richiede, infatti, che la molestia si sia concretamente verificata, escludendo le ipotesi dove sussista il mero scopo: «*sono, altresì, considerati come discriminazioni le molestie ovvero quei comportamenti indesiderati, posti in essere per motivi connessi alla disabilità, che violano la dignità e la libertà di una persona con disabilità, ovvero creano un clima di intimidazione, di umiliazione e di ostilità nei suoi confronti*».

Sotto il profilo dei rimedi, all'art. 3, è prevista in primo luogo la possibilità per il giudice adito di ordinare la cessazione del comportamento, della condotta o dell'atto pregiudizievole, che ancora sussista, e di adottare ogni comportamento idoneo a rimuovere gli effetti della discriminazione, compresa l'adozione di un piano di rimozione delle discriminazioni accertate²²⁴.

²²² E. SACCHETTINI, *Dubbie le richieste di ristoro avanzate dagli enti esponenziali*, in Guida dir., 2006, n. 38, pp. 14 ss.

²²³ Art. 2 c. II «*Si ha discriminazione diretta quando, per motivi connessi alla disabilità, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata una persona non disabile in situazione analoga*».

²²⁴ L'art. 4 comma III prevede, dunque, che il giudice possa *adottare ogni provvedimento idoneo secondo le circostanze a rimuovere gli effetti della discriminazione*. Il dettato della disposizione in esame appare di grande rilievo, in quanto il legislatore – utilizzando tale formula – si è discostato dal disposto dei decreti 215/2003 e 216/03 (i quali dispongono che il giudice *ordina la rimozione degli effetti*), e si avvale, invece, della formula già utilizzata nel T.U. 286/1998.

In questa sede, tuttavia, si è scelto di non approfondire l'analisi di tali norme, per la quale si rinvia al cap. III.

In secondo luogo, il giudice potrà provvedere, se richiesto, al risarcimento del danno anche non patrimoniale²²⁵, nonché disporre la pubblicazione del provvedimento di condanna a spese del convenuto, per una sola volta su un quotidiano a tiratura nazionale, o a maggior diffusione sul territorio interessato²²⁶.

La legittimazione ad agire in nome e per conto della vittima della discriminazione, viene prevista anche a favore di associazioni ed enti, che dispongano di delega rilasciata per atto pubblico o scrittura privata autenticata a pena di nullità²²⁷.

Agli stessi enti è riconosciuta, da parte del comma II, la facoltà di intervenire nei giudizi di danno subiti dalle persone con disabilità, nonché ricorrere in sede di giurisdizione amministrativa per l'annullamento di atti lesive degli interessi delle persone stesse. Il comma III prevede, infine, che questi possano agire autonomamente quando si verificano discriminazioni di carattere collettivo.

Si coglie, dunque, anche in relazione all'apparato di tutele apprestato, una certa omogeneità con le altre discipline considerate (ed in particolare con quella del d.lgs. 216/03), nella quale sembra potersi ravvisare la propensione del legislatore a tracciare un quadro di tutele che sia al tempo stesso il più possibile completo ed uniforme.

10. Il divieto di discriminazione nell'attività d'impresa.

10. A) L'abuso di posizione dominante.

La nozione di discriminazione merita di essere analizzata, altresì, in un diverso settore del diritto: quello concernente la contrattazione d'impresa.

In tale settore, infatti, il legislatore regola due figure: l'abuso di posizione dominante e l'abuso di dipendenza economica, in riferimento alle quali viene ad essere individuata la discriminazione nell'attività d'impresa.

Al fine di comprendere tale nozione, occorre soffermarsi brevemente sulle suddette figure.

L'abuso di posizione dominante viene disciplinato per la prima volta dal diritto comunitario, nell'art. 82 (ex art. 86) del Trattato CE²²⁸, come risposta alla situazione

²²⁵ Come sottolineato da E. SACCHETTINI, op. cit., cit., p. 43, tale previsione acquista particolare rilievo alla luce del fatto che nell'ipotesi di discriminazioni già cessate o di molestie, sarà, di norma, praticabile in concreto soltanto la via risarcitoria.

²²⁶ Il procedimento è tracciato sommariamente dal I dell'art. 3, che rinvia alla procedura prevista dall'art. 44 commi dal I al VI e VIII del T.U. 286/98, che sarà oggetto di trattazione nel II capitolo. È prevista, inoltre, dal comma II, la semplificazione dell'onere della prova, secondo il meccanismo già introdotto nel D.lgs. 216/03.

²²⁷ Così l'art. 4, il quale precisa, altresì, che tali associazioni e d'enti devono essere individuate con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, sulla base della finalità statutaria e della stabilità dell'organizzazione. Dovrà trattarsi, dunque, di enti esponenziali, sorti con lo specifico obiettivo di difendere i soggetti disabili, e non di semplici organizzazioni rappresentative.

²²⁸ Articolo 82: «È incompatibile con il mercato comune e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato comune o su una parte sostanziale di questo.

Tali pratiche abusive possono consistere in particolare:

- a) nell'imporre direttamente od indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque;
- b) nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori;
- c) nell'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza;

economica determinatasi nell'immediato dopoguerra, caratterizzata - in alcuni mercati strategici - da una forte concentrazione del potere economico nelle mani di alcune imprese.

L'ordinamento comunitario scelse di elaborare uno strumento capace di reprimere gli abusi e di orientare la condotta delle imprese dominanti all'interno dei mercati coinvolti, in tal modo evitando di perseguire una politica di rigida contrapposizione e di lotta ai monopoli²²⁹.

La disciplina così introdotta viene ripresa, poi, senza sostanziali modifiche, dal legislatore italiano nell'art. 3 della L. 287 del 1990.²³⁰

Entrambe le disposizioni vietano espressamente lo sfruttamento da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato, comune o nazionale.

Va precisato che le norme in esame, non vietano l'assunzione da parte delle imprese di una posizione rilevante, acquisita attraverso un fenomeno di espansione interna, vale a dire di crescita "naturale dell'impresa", o attraverso lo sfruttamento di privilegiate concesse dallo stato²³¹. Esse, invece, pongono all'impresa che venga a trovarsi in una simile posizione alcuni obblighi di comportamento, volti ad impedirle di abusare del proprio potere economico a danno dei concorrenti e dei consumatori, o di recare pregiudizio - nella prospettiva comunitaria- al commercio tra Stati membri²³².

Nel prevedere tali divieti, tuttavia, il legislatore, sia nazionale che comunitario, omette di dettare una definizione generale della nozione di "posizione dominante".

Una simile lacuna appare di non poco conto, dal momento che la verifica della sussistenza o meno di una posizione dominante si pone come presupposto imprescindibile al fine di qualificare come abusivi comportamenti che, in assenza di detta condizione, sarebbero considerati leciti dall'ordinamento.

Occorre, allora, rifarsi alla giurisprudenza della Corte di Giustizia della CE, stando alla quale può definirsi la posizione dominante come la «posizione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato in questione ed ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei suoi concorrenti, dei suoi clienti ed, in definitiva, dei consumatori»²³³.

Una simile definizione, tuttavia, non appare risolutiva, laddove si voglia applicare alle fattispecie concrete per stabilire se sussista o meno il presupposto in esame.

Per tale motivo, la giurisprudenza comunitaria ha elaborato un complesso sistema di indizi sintomatici della posizione dominante, utilizzati altresì nel diritto italiano. È invalsa la prassi, infatti, di impiegare le metodologie quantitative elaborate dalle scienze economiche per misurare il potere di mercato di un'impresa.

Il primo, ed il più importante, elemento da considerare per valutare la sussistenza di una posizione dominante è quello dell'estensione della quota di mercato detenuta dall'impresa considerata. Infatti, quando la quota di mercato detenuta sia superiore al 70%, ciò dimostra di per sé una posizione dominante, senza che la Corte ritenga di dover valutare ulteriori fattori. In presenza di una quota compresa, invece, tra il 70% ed il 40%, può aversi una posizione dominante solo qualora sussistano ulteriori dati di

d) nel subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi».

²²⁹ G. OLIVIERI, *L'abuso di posizione dominante*, in *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Giappicchelli, Torino, 2005, p. 408 ss.

²³⁰ Testo Art. 3

²³¹ G. OLIVIERI, *L'abuso di posizione dominante*, cit., p. 408 ss.

²³² Sul punto sussiste accordo tra i commentatori, per tutti G. BERNINI, *Un secolo di filosofia antitrust*, CLUEB, Bologna, 1993, p. 200 ss.

²³³ Caso Hoffman - La Roche c. Commissione, in CGCE, 13-II- 1979, causa 85/76, in *Raccolta*, p. 461.

fatto, che lascino presumere la solidità e consistenza di tale quota (come, ad esempio, la notevole polverizzazione delle altre quote o la grande distanza rispetto al titolare della seconda quota)²³⁴.

Per poter operare tali valutazioni, occorre preliminarmente individuare il cosiddetto “mercato rilevante”, al fine di comprendere se, nell’ambito di questo, l’impresa che ha commesso il presunto abuso sia o meno dominante. Per individuare quale sia il mercato rilevante occorre fare riferimento a due differenti variabili: una di carattere merceologico e l’altra di tipo geografico.

Sotto il primo profilo occorre avere riguardo alla tipologia del prodotto che viene in questione, circoscrivendo la valutazione a “*tutti i prodotti o servizi che sono considerati intercambiabili o sostituibili dal consumatore in ragione delle caratteristiche dei prodotti, dei loro prezzi e dell’uso al quale sono destinati*”²³⁵.

Per il secondo elemento, concernente l’aspetto geografico, appare difficile fornire una definizione unitaria, dal momento che dall’analisi dei casi concreti è emerso che in talune ipotesi si è avuto riguardo al mercato comunitario, in altre al mercato mondiale ed in altri casi si sono presi in considerazione, invece, sottomercati corrispondenti al territorio degli Stati nazionali o a settori dell’area comunitaria²³⁶. Può farsi riferimento, tuttavia, alla definizione fornita dalla stessa Commissione nel documento dedicato alla definizione del concetto di “mercato rilevante” alla luce della quale il mercato geografico comprende «*l’area nella quale le imprese in causa forniscono o acquistano prodotti o servizi, nella quale le condizioni di concorrenza sono sufficientemente omogenee e che può essere tenuta distinta dalle contigue perché in queste ultime le condizioni di concorrenza sono sensibilmente diverse*»²³⁷.

Le due disposizioni, inoltre, non chiariscono cosa debba intendersi per abuso, ma si articolano in una clausola generale ed in una elencazione di comportamenti tipici, da intendersi come meramente esemplificativi, che possono integrare violazione del divieto qualora vengano posti in essere da imprese in posizione dominante²³⁸.

Le ipotesi tipiche sono quattro: a) i prezzi predatori (vale a dire troppo ribassati o eccessivamente elevati); b) le pratiche escludenti (volte a bloccare l’ingresso di nuovi concorrenti sul mercato); d) le pratiche leganti (vasta gamma di comportamenti volti a determinare tra l’impresa in posizione dominante ed i suoi contraenti, una posizione di dipendenza dalla quale questi difficilmente possono affrancarsi); infine – e per ciò che qui maggiormente interessa- c) le pratiche discriminanti.

²³⁴ Cfr., ancora, la significativa sentenza Hoffman - La Roche c. Commissione, cit., , ove si sottolinea: «(...) L’esistenza di una posizione dominante può risultare da differenti fattori che, presi isolatamente non sarebbero necessariamente determinanti; tuttavia nell’ambito di detti fattori la detenzione di cospicue quote di mercato è molto significativa».

Elementi considerati dalla Commissione e dalla Corte per la verifica in questione sono, a titolo d’esempio: l’aspetto temporale (carattere durevole delle elevate quote di mercato detenute), la presenza di barriere all’entrata – l’accesso al mercato è reso difficile per i terzi che desiderano entrare in concorrenza con le imprese che già vi operano – di tipo legislativo, regolamentare o inerenti al funzionamento del Mercato, l’integrazione verticale ed il potere finanziario.

²³⁵ Così afferma la stessa Commissione CE nella Comunicazione 97/C 372/03.

²³⁶ Sul punto, tra gli altri, G. BERNINI, *Un secolo di filosofia antitrust*, cit., p. 206 ss.

²³⁷ Comunicazione della Commissione CE 97/C 372/03. La Commissione individua, inoltre, alcuni criteri in base ai quali stabilire l’esistenza di un rapporto concorrenziale tra produttori di beni diversi, basati rispettivamente sulla sostituibilità a) sul versante della domanda e b) su quello dell’offerta.

Sotto il primo profilo, nella sentenza *Hoffman- La Roche*, cit., la Corte precisa che «la nozione di mercato di cui trattasi implica, in realtà, che vi possa essere concorrenza effettiva tra i prodotti che ne fanno parte, il che presuppone un sufficiente grado di intercambiabilità per lo stesso uso fra tutti i prodotti che fanno parte dello stesso mercato».

²³⁸ G. BERNINI, cit., p. 199 ss.

L'art. 82 in particolare vieta lo sfruttamento abusivo «*nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri*». La Corte di Giustizia ha generalmente affermato, in proposito, che il comportamento anticoncorrenziale incide sul commercio tra gli Stati membri in tutti i casi in cui appare probabile «*in base ad un complesso di elementi oggettivi di diritto e di fatto, che esso eserciti un'influenza diretta od indiretta, attuale o potenziale, sulle correnti degli scambi tra Stati membri, influenza atta ad ostacolare la realizzazione di un mercato unico tra detti Stati*»²³⁹.

La lettera c) dell'art. 3 L. 287/1990 e la lettera c) dell'art. 82 Trattato CE, infatti, vietano di applicare condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare ingiustificati svantaggi nella concorrenza, introducendo così un generale divieto di discriminazione nell'attività d'impresa.

La ratio delle due disposizioni deve essere ravvisata nell'esigenza d'impedire che il monopolista possa abusare della propria posizione di vantaggio nel mercato al fine di discriminare determinati contraenti a favore di altri, sulla base di scelte puramente discrezionali, che si rivelino prive di valide giustificazioni sul piano economico, ma che si fondino puramente sull'intento di avvantaggiare taluni contraenti e pregiudicare altri.

Il comportamento discriminatorio, dunque, non è vietato di per sé, ma solo in quanto sia privo di idonea giustificazione e, soprattutto, idoneo ad incidere sui rapporti concorrenziali delle imprese che interagiscono con chi detenga una posizione dominante.

Non deve trascurarsi che l'ordinamento italiano già conteneva una disposizione volta a garantire il principio di parità di trattamento nell'attività d'impresa, di contenuto apparentemente analogo, introdotta dall'art. 2597.

Appare utile, allora, un raffronto tra le norme sopra richiamate.

La disposizione codicistica pone in capo al monopolista legale l'obbligo di contrattare «con chiunque si avvalga delle prestazioni che formano oggetto dell'impresa» in condizioni di parità di trattamento nell'attività d'impresa, di contenuto apparentemente analogo, introdotta dall'art. 2597.

Appare utile, allora, un raffronto tra le norme sopra richiamate.

La disposizione codicistica pone in capo al monopolista legale l'obbligo di contrattare «con chiunque si avvalga delle prestazioni che formano oggetto dell'impresa» in condizioni di parità di trattamento.

Il dettato normativo si rivolge, dunque, esclusivamente alle imprese che operino in regime di monopolio legale, a differenza dell'art. 3 L. 287/90 che vieta i comportamenti discriminatori a tutela imprese che si trovino, come si è detto, in posizione dominante.

L'art. 2597 c.c. è destinato ad operare, inoltre, solo nei rapporti tra l'impresa monopolistica ed i clienti della stessa, laddove l'art. 3 impone un obbligo che si applica, non solo nei rapporti con la clientela, ma con i terzi, contraenti, fornitori, distributori e concorrenti in genere.

Ciò pone in evidenza la diversità degli scopi perseguiti dalle disposizioni: da un lato l'esigenza di evitare gli abusi di potere da parte del detentore di un monopolio legale a tutela dei consumatori, soggetti deboli; dall'altro la necessità di vietare all'impresa in posizione dominante di incidere negativamente sui meccanismi della concorrenza.

E tale diversità giustifica il diverso regime dei rimedi predisposti dall'ordinamento.

A tutela del consumatore che debba intrattenere rapporti commerciali con il monopolista viene configurato il potente strumento dell'esecuzione in forma specifica, di cui all'art. 2932 c.c., che ben poco margine d'operatività lascia all'impresa obbligata

²³⁹ CGCE 30-VI-1966, causa 56/65, Société Technique Minière/Maschinenbau Ulm, Raccolta, p. 235.

a concludere il contratto, garantendo alla parte debole di ottenere una sentenza produttiva degli effetti del contratto non concluso.

Diverso, e più articolato, l'apparato costituito dall'ordinamento comunitario e da quello nazionale per garantire il rispetto della normativa antitrust, nell'ambito della quale si collocano le disposizioni esaminate.

Per quanto concerne il diritto interno, ruolo determinante è svolto da una Autorità appositamente costituita: l'Autorità garante della concorrenza e del Mercato, organo collegiale che fa parte a tutti gli effetti della Pubblica amministrazione, ma opera in piena autonomia ed indipendenza di giudizio e di valutazione rispetto agli altri poteri dello Stato.

A tale Autorità è affidato il compito di garantire l'attuazione delle disposizioni poste a tutela della concorrenza e del Mercato, salvo che nel settore del credito, in cui analoga competenza è rimessa alla Banca d'Italia.

Un ruolo marginale risulta, invece, quello del giudice ordinario, a cui spetta di conoscere le azioni di nullità e di risarcimento del danno nonché i ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti d'urgenza in relazione alla violazione delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV della L. 287/1990.

In relazione all'abuso di posizione dominante, dunque, spetterà all'autorità garante – al termine di un'attività istruttoria dalla stessa compiuta – fissare alle parti, con provvedimento inibitorio, un termine per l'eliminazione delle infrazioni rilevate, nonché disporre l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria, che potrà arrivare sino al 10 per cento del fatturato realizzato da ciascuna impresa nell'ultimo esercizio.

10.B) L'abuso di dipendenza economica.

L'art. 9 della L. 18 giugno 1998, n. 192 sulla subfornitura nelle attività produttive²⁴⁰, introduce nell'ordinamento italiano un istituto sostanzialmente nuovo: l'abuso di dipendenza economica.

La disposizione (modificata dall'art. 22 della l. del 5 marzo 2001, n. 5) sancisce il divieto di abusare *«da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, un'impresa cliente o fornitrice»* e sanziona con la nullità tale divieto²⁴¹.

²⁴⁰ Pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 143 del 22 giugno 1998.

L'art.1. definisce il contratto di subfornitura: «1. Con il contratto di subfornitura un imprenditore si impegna a effettuare per conto di una impresa committente lavorazioni su prodotti semilavorati o su materie prime forniti dalla committente medesima, o si impegna a fornire all'impresa prodotti o servizi destinati ad essere incorporati o comunque ad essere utilizzati nell'ambito dell'attività economica del committente o nella produzione di un bene complesso, in conformità a progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche, modelli o prototipi forniti dall'impresa committente.

2. Sono esclusi dalla definizione di cui al comma 1 i contratti aventi ad oggetto la fornitura di materie prime, di servizi di pubblica utilità e di beni strumentali non riconducibili ad attrezzature».

²⁴¹ La disposizione prevede, più precisamente, che sia *«vietato l'abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, una impresa cliente o fornitrice. Si considera dipendenza economica la situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi. La dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti.*

2. *L'abuso può anche consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto.*

3. *Il patto attraverso il quale si realizzi l'abuso di dipendenza economica è nullo».*

La collocazione nell'ambito di una legge interamente dedicata alla disciplina del contratto di subfornitura, ha fatto sì che sorgessero dubbi in ordine all'ambito di applicazione. Nonostante tale collocazione, infatti, il tenore letterale della disposizione induce a ritenere che l'art. 9 possa considerarsi applicabile a tutto il campo della contrattazione commerciale²⁴².

Si sottolinea, sotto il profilo lessicale, che l'espressione "*cliente*" utilizzata nell'art. 9 in alternativa a quella di "*committente*", presente negli altri articoli della legge, nonché l'assenza nella disposizione in esame di specifici riferimenti alla subfornitura, sostituiti dalle più generali locuzioni "*rapporti commerciali*" e "*relazioni commerciali*", possono essere considerati indici del fatto che la disposizione si riferisca ad un sfera applicativa più vasta di quella cui si riferisce la L. 192/90²⁴³.

Anche l'analisi dei lavori preparatori sembra confermare, del resto, tale ricostruzione. L'iter parlamentare che ha condotto all'adozione della disposizione ha preso le mosse dal disegno di legge della XII legislatura²⁴⁴ che riconduceva l'abuso di dipendenza economica nell'area della normativa antitrust, disciplinandola come ipotesi di abuso di posizione dominante²⁴⁵.

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato espresse in proposito parere contrario, sottolineando come i caratteri della dipendenza economica non sempre potevano essere ricondotti alla figura dell'abuso di posizione dominante e suggerendo, dunque, di individuare una figura a sé stante²⁴⁶. I progetti di legge della successiva legislatura, in accoglimento di tali suggerimenti, delinearono l'autonoma figura della dipendenza economica, collocandola tuttavia sempre nell'ambito della L. 287 del 1998, come art. 3 bis²⁴⁷.

La scelta di introdurre il divieto nell'area di una normativa generale, quale quella della concorrenza nel mercato, lascia intravedere la volontà legislativa di conferire al divieto un vasto ambito applicativo²⁴⁸.

²⁴² G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 75 ss.

²⁴³ Sul punto C. PILIA, *Circolazione giuridica e nullità*, Giuffrè, Torino, 2002, p. 293 ss, anche per gli ampi riferimenti bibliografici.

²⁴⁴ Il Progetto A.S. n. 46 della XII Legislatura, all'art. 10 stabilisce che «*Costituisce abuso di posizione dominante, ai sensi dell'art. 3 della legge 10 ottobre 1990 n. 287, la sistematica imposizione da parte del committente – il quale, grazie alla sua posizione di mercato, goda di una posizione contrattuale superiore a quella della controparte – di ordinativi, termini di consegna e condizioni di pagamento tali da assicurargli abnormi disponibilità di liquidità a scapito del fornitore o da addossare al fornitore ogni ordinario onere di stoccaggio, senza adeguato compenso, o da determinare per il fornitore gravi difficoltà organizzative in ordine all'approvvigionamento di materie prime e alle disponibilità di manodopera*».

²⁴⁵ Sul complesso iter normativo che ha portato all'introduzione del divieto in esame, P. BERTOLOTTI, *Il contratto di subfornitura*, Padova, 1999, 177, ss.

²⁴⁶ Ciò perché: a) la figura della posizione dominante rispondeva a canoni suoi propri che non era opportuno modificare (alla luce anche del fatto che l'art. 3 discendeva direttamente dall'art. 82 [già 86] del Trattato); b) le ipotesi di dominanza relativa, quali quelle che si verificavano nella subfornitura, non integravano sempre gli estremi della posizione dominante definita alla stregua dei suddetti canoni; c) qualora si fosse ritenuto che l'efficiente funzionamento del mercato potesse dipendere anche da una maggiore equità nei rapporti contrattuali di subfornitura, si sarebbe dovuto fare ricorso all'introduzione di una disciplina che seguisse canoni diversi da quelli della posizione dominante, così, come, peraltro, già avveniva in altri paesi per l'appunto in relazione alle situazioni di dominanza relativa.

²⁴⁷ Figura che – come venne puntualmente sottolineato nelle Relazioni ai disegni di legge – trova quale «*referente comparatistico ...il paragrafo 26, comma 2, secondo periodo [ora § 20, comma 2], della normativa antimonopolistica tedesca (GWB), ripresa dal legislatore francese nell'art.8, lettera b), dell'ordinanza 1° dicembre 1986, n.1243 [ora art. L. 420 – 2 del Code de commerce]*».

²⁴⁸ PILIA C., *Circolazione giuridica e nullità*, cit., p. 320 ss., DELLI PRISCOLI, *L'abuso di dipendenza economica nella nuova legge sulla subfornitura: i rapporti con la disciplina delle clausole abusive e con la legge antitrust*, in Giur. Comm., 1998, I, p. 833 ss.

L'autorità garante, tuttavia, contestò ulteriormente la scelta legislativa²⁴⁹, sottolineando l'inadeguatezza della collocazione della disciplina nell'area della normativa antitrust e ciò per il fatto che la disciplina sull'abuso di dipendenza non avrebbe dovuto avere necessariamente quale scopo la protezione del processo concorrenziale in relazione all'assetto del mercato, fine precipuo delle norme antitrust²⁵⁰.

Alla luce di tali suggerimenti, il legislatore, nel 1998, ha scelto di collocare la norma all'interno della disciplina della subfornitura²⁵¹.

Tuttavia, in seguito ad una verifica effettuata nel 2000 dalla Commissione Industria, Commercio e Turismo (10^a) del Senato sullo stato di attuazione della disposizione introdotta emerse la sussistenza di problemi interpretativi ed applicativi in ordine all'art. 9.

Si è contestato in particolare, l'impostazione sistematica prescelta, sottolineando come la configurazione nell'ambito della disciplina della concorrenza sarebbe stata in primo luogo più coerente rispetto agli altri ordinamenti europei che già conoscono l'istituto²⁵². In secondo luogo, in tal modo, si sarebbe potuto rimettere ad un'istituzione terza la tutela d'ufficio del contraente debole, evitando il rischio dell'inefficacia dei rimedi che può conseguire qualora si rimetta l'innescarsi dell'apparato rimediale esclusivamente all'impulso di parte.

Come conseguenza di tali rilievi, si è intervenuti sull'originaria disposizione, con L. 5 marzo 2001, n. 57 (Disposizioni in materia di apertura e regolazione dei mercati), che all'art. 11 prevede alcune modifiche all'art. 9. Più specificamente, si è scelto di individuare quale organo designato a conoscere delle azioni in materia di dipendenza economica, comprese quelle inibitorie e per il risarcimento dei danni, il "giudice ordinario competente".

Inoltre, si è attribuito all'Autorità garante della concorrenza e del mercato il compito di procedere alle diffide e sanzioni previste dall'articolo 15 della disciplina *antitrust*, nei confronti dell'impresa o delle imprese che abbiano commesso tale abuso, e ciò anche su segnalazione di terzi e a seguito dell'attivazione dei propri poteri di indagine ed esperimento dell'istruttoria, naturalmente solo per le ipotesi in cui questa riscontri un abuso di dipendenza economica che abbia rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato, e salva l'eventuale applicazione dell'art. 3 della L. 10 ottobre 1990, n. 287.

Le modifiche così apportate non hanno dissipato, tuttavia, i dubbi interpretativi sulla disciplina dell'abuso di dipendenza economica.

²⁴⁹ Con parere del 11 febbraio 1998.

²⁵⁰ COLANGELO G., *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, cit., p. 63 ss.

²⁵¹ Il vecchio testo dell'art. 9 prevedeva: «1. È vietato l'abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, una impresa cliente o fornitrice. Si considera dipendenza economica la situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e obblighi. La dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti. 2. L'abuso può anche consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto. 3. Il patto attraverso il quale si realizzi l'abuso di dipendenza economica è nullo».

²⁵² In ambito europeo la figura dell'abuso di dipendenza economica (e la sua collocazione nell'area delle normative antitrust) era già conosciuta da più di vent'anni. Primi Paesi ad introdurla nei loro sistemi giuridici furono la Francia e la Germania, che estesero la disciplina prevista per l'abuso di posizione dominante alle ipotesi di abuso di dipendenza economica. Per una disamina dell'istituto nei suddetti ordinamenti, nonché in quelli della Grecia, Portogallo e Spagna, c.f.r. G. COLANGELO, op. cit., p. 109 ss.

Se in ordine all'ambito di applicazione del divieto, come si è detto, la dottrina è pressoché concorde nel ritenere che la norma sia a vocazione allargata, con un ambito esteso ad ogni tipo di relazione tra imprese²⁵³, permangono ulteriori dubbi interpretativi concernenti da un lato la fattispecie, dall'altro l'apparato rimediabile.

In ordine alla fattispecie, i concetti chiave del divieto sono la nozione di dipendenza economica e quella di abuso. Infatti, la disposizione, prevede che «*si considera dipendenza economica la situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e obblighi. La dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti*». Si verifica una situazione di dipendenza economica, dunque, qualora sussistano due elementi: l'eccessivo squilibrio di diritti e obblighi e l'impossibilità di reperire sul mercato alternative valide. Su tali formule si è incentrato, fondamentalmente, il dibattito dottrinale.

In particolare, sul concetto di "squilibrio", si è precisato che esso debba intendersi come funzionale all'individuazione della posizione di forza dell'impresa. In quanto riferito alla definizione della posizione di dominanza e non all'abuso della stessa, esso deve essere inteso in senso potenziale, vale a dire come potere dell'impresa di determinarlo²⁵⁴.

Lo squilibrio deve, inoltre, potersi definire "eccessivo". Soglia di rilevanza individuata «*in maniera volutamente tendenziale e poco rigorosa*» attraverso un «*concetto elastico che lascia ampi margini di apprezzamento al giudice*»²⁵⁵. Sul punto si ritiene che sia possibile ravvisare un rinvio, benché non esplicitato nell'art. 9, al canone generale della buona fede in senso oggettivo, che si specifica nei canoni di lealtà e salvaguardia²⁵⁶.

Il secondo elemento, cioè la reale possibilità, per l'impresa che subisce l'abuso, di ottenere alternative soddisfacenti sul mercato, implica un giudizio in cui è accentuato il carattere della discrezionalità: l'interprete, infatti, sarà costretto a valutare l'esistenza almeno in astratto di alternative, riscontrandone poi l'effettiva disponibilità sul mercato e valutando infine la accessibilità per il singolo contraente²⁵⁷.

La dipendenza economica può manifestarsi in molteplici forme, ne sono state individuate alcune, facendo riferimento in particolare all'esperienza francese e tedesca²⁵⁸. In particolare, si definisce dipendenza da "assortimento", quella in cui un'impresa, per conservare la propria capacità commerciale, necessita di un bene prodotto da un'altra impresa (ad esempio articoli di marca), in questo caso l'abuso si concretizzerà nel rifiuto di fornire all'impresa quello specifico prodotto.

Si parla di dipendenza "da rapporti commerciali" nell'ipotesi in cui un'impresa cliente o fornitrice, che abbia intrattenuto rapporti commerciali di lunga durata con una determinata controparte e abbia, di conseguenza, adattato la propria organizzazione commerciale a quella specifica controparte, non possa rivolgersi ad altri senza subire serie ripercussioni.

²⁵³ Tra gli altri, C. BERTI e B. GRAZZINI, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, Giuffrè, Milano, 2003.

²⁵⁴ V. PINTO, *L'abuso di dipendenza economica "fuori dal contratto" tra diritto civile e diritto antitrust*, in Riv. Dir. Civ., 2000 p. 395, il quale afferma che «*ciò che rileva ai fini dell'accertamento della dipendenza dell'impresa non è lo squilibrio, ma il potere dell'impresa di determinarlo.*»

²⁵⁵ C. PILIA, Op. cit., p. 331.

²⁵⁶ Sul punto G. COLANGELO, op. cit., p.83, il quale effettua un parallelo con la disciplina dell'art. 1469-bis c.c., nel quale si fa riferimento al *significativo squilibrio* e sottolinea come la conclusione secondo la quale l'eccessivo squilibrio degli interessi in gioco possa essere valutato attraverso una valutazione *ex fide bona*, appare quasi unanimemente condivisa in dottrina.

²⁵⁷ C. PILIA, op. cit., p. 332.

²⁵⁸ G. COLANGELO, op. cit., p. 72 ss.

Qualora un'impresa – a causa di una improvvisa o imprevedibile riduzione o perdita di una fonte di rifornimento- non abbia la possibilità di accedere ad alternative accettabili, si parla invece di dipendenza da “penuria”²⁵⁹.

Perché si incorra nel divieto è necessario tuttavia che sussistano non semplicemente tali presupposti, ma altresì che si integri un *abuso* della dipendenza stessa.

L'art 9 non definisce la nozione di abuso, ma contiene una clausola generale, volta a colpire tutti i comportamenti attraverso i quali le imprese approfittano dell'altrui dipendenza economica, conferendo così maggiore incisività al divieto ed evitando il rischio di un'interpretazione restrittiva dello stesso²⁶⁰.

La norma, esemplificando, elenca tre ipotesi specifiche di abuso: a) il rifiuto di vendere o comprare, b) l'imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, c) l'interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto.

In particolare, per ciò che in questa sede maggiormente interessa, vale a dire l'imposizione di clausole discriminatorie, occorre chiarire che la disposizione non specifica quali tipologie di discriminazione debbano considerarsi vietate, né quali clausole possano determinarla.

La discriminazione si realizza applicando a situazioni identiche od analoghe trattamenti diversificati, ovvero un trattamento uniforme a situazioni differenti, ricorrendo ad un giudizio comparatistico.

Per stabilire se sussista discriminazione ai sensi dell'art. 9, occorrerebbe, dunque, verificare se le condizioni contrattuali imposte dall'impresa, che si trovi in stato di dipendenza economica, corrispondano a quelle praticate agli altri contraenti.

Dal punto di vista oggettivo, la discriminazione potrebbe concretizzarsi attraverso l'applicazione alla parte debole di condizioni meno vantaggiose di quelle applicate agli altri contraenti, o altresì, con la predisposizione di condizioni particolarmente vantaggiose a favore dell'impresa “forte”²⁶¹.

Quanto all'elemento soggettivo, invece, ci si è posti il problema se fosse o meno necessaria la specifica volontà di discriminare. In realtà, tuttavia, il fatto che la norma faccia riferimento a clausole ingiustificatamente gravose o discriminatorie, induce a ritenere che, per considerare integrato l'abuso, sia sufficiente l'assenza di un'adeguata giustificazione per tali clausole²⁶².

Una simile valutazione implica che si debba oltrepassare il profilo strettamente formale dell'atto, per spostarsi sul piano del merito delle scelte effettuate e della loro coerenza e razionalità. Il che richiede che si contestualizzi la singola operazione commerciale nell'ambito delle condizioni generali del mercato. Si tratta, com'è evidente, di un'indagine particolarmente delicata, che comporta necessariamente un'intromissione nella sfera dell'autonomia privata e che implica il riconoscimento al giudice di un'ampia discrezionalità.

Quanto all'apparato sanzionatorio, l'art. 9 prevede la nullità del contratto che determina l'abuso, ma non disciplina le conseguenze della violazione del divieto²⁶³. Il legislatore, come si è precisato, con la L. n. 57 del 2001 ha ritenuto opportuno integrare tale previsione e modificare la disciplina introdotta dalla legge 192/98, in particolare sotto il profilo dell'apparato rimediabile²⁶⁴.

²⁵⁹ La dipendenza può, naturalmente riguardare anche versante opposto, quello del fornitore.

²⁶⁰ C. PILIA, op. cit., p. 335.

²⁶¹ Per un'analisi delle differenti modalità attraverso le quali può realizzarsi la discriminazione, c.f.r. G. CERIDONO, *L. 18 giugno 1998. Disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, in N.L.C.C., 2000, fasc. 1-2, pp. 428 ss.

²⁶² C. PILIA, op. cit., p. 344 ss.

²⁶³ G. COLANGELO, op. cit., p. 88 ss.

²⁶⁴ A seguito della riforma del 2001, la disciplina delle sanzioni contro l'abuso di dipendenza economica è prevista negli art. 3 e 3-bis, i quali stabiliscono: «*Il patto attraverso il quale si realizza l'abuso di*

In primo luogo, si è prevista esplicitamente, accanto alla comminatoria di nullità, la facoltà del danneggiato di esperire sia l'azione di risarcimento del danno che la tutela inibitoria. Inoltre, si è attribuito all'Autorità garante della concorrenza e del mercato il potere di attivare anche d'ufficio i poteri di indagine e di istruttoria, e di irrogare le sanzioni di cui all'art. 15 della L. 287/1990.

L'azione risarcitoria costituisce un rimedio *ex post*, in quanto assolve alla funzione di riequilibrare le posizioni delle parti, consentendo al soggetto che ha subito l'abuso di ottenere, oltre alla declaratoria di nullità, un ristoro del pregiudizio economico. Qualora ci si trovi in presenza di condotte destinate a perdurare nel tempo o a ripetersi, il soggetto danneggiato potrà ricorrere, più efficacemente, alla tutela inibitoria, che costituisce un rimedio di tipo preventivo²⁶⁵.

Maggiori problemi interpretativi sono sorti in relazione alla comminatoria di nullità, in quanto il legislatore non ha precisato quale debba essere il trattamento applicabile. Il dibattito si è incentrato, dunque, sui profili della legittimazione, rilevanza d'ufficio, sanabilità, incidenza o meno sull'intero contratto e opponibilità verso i terzi.

Gli interpreti, in particolare, hanno ricercato quelle soluzioni interpretative che siano più coerenti con la fattispecie in esame e con la finalità di protezione del contraente debole che la caratterizza, idonee, dunque, a garantire una protezione positiva della vittima dell'abuso ed a circoscrivere gli effetti negativi della nullità²⁶⁶. In particolare, la dottrina ha ritenuto di dover escludere che la presenza di clausole che concretizzino un abuso possa caducare un intero contratto, per ritenere opportunamente che la nullità colpisca esclusivamente la parte dell'accordo "viziata".

Pare possibile affermare, dunque, che, attraverso l'articolato apparato sanzionatorio introdotto dall'art. 9, il legislatore abbia predisposto un ampio ventaglio di rimedi, idonei a graduare la reazione al tipo di condotta prevaricatrice posta concretamente in essere.

dipendenza economica è nullo. Il giudice ordinario competente conosce delle azioni in materia di abuso di dipendenza economica, comprese quelle inibitorie e per il risarcimento dei danni» ed inoltre «Ferma restando l'eventuale applicazione dell'art.3 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, L'autorità garante della concorrenza e del mercato può, qualora ravvisi che un abuso di dipendenza economica abbia rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato, anche su segnalazione di terzi ed a seguito dell'attivazione dei propri poteri di indagine ed esperimento dell'istruttoria, procedere alle diffide ed alle sanzioni previste dall'art. 15 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, nei confronti dell'impresa o delle imprese che abbiano commesso detto abuso».

Dall'esame del dettato normativo emerge che possono verificarsi tre differenti situazioni. Può accadere che una condotta integri sia abuso di dipendenza economica che abuso di posizione dominante; il comportamento abusivo può assumere, ancora, rilevanza per la concorrenza e per il mercato, pur senza integrare la fattispecie descritta dall'art. 3 L. 287/1998; infine, può aversi un semplice abuso di dipendenza economica, che incide solo sulle posizioni contrattuali dei soggetti coinvolti, ma del tutto irrilevante per il mercato.

²⁶⁵ C. PILIA, op. cit., 358.

²⁶⁶ C. PILIA, op. cit., p. 363, il quale precisa «*pur nella diversità estrema di posizioni, è dato cogliere, tra gli altri, un dato significativo costituito dalla diffusa convergenza verso soluzioni che stemperino il rigore della tradizionale concezione della nullità e della sua disciplina. (...) Non potendosi negare l'applicabilità ai contratti abusivi della nullità, siccome testualmente prevista dall'art. 9 cit., si è così intervenuti sul trattamento applicabile cercando di escludere o, quantomeno, limitare il carattere demolitorio del rimedio.*».

CAPITOLO II

NUOVE PROSPETTIVE IN TEMA DI DISCRIMINAZIONE RAZZIALE

La tutela civilistica avverso la discriminazione razziale attualmente è offerta nel nostro ordinamento dal Decreto Legislativo 9 luglio 2003, n. 215, recante le norme per l'«Attuazione della direttiva 2000/43/CE per la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica»²⁶⁷.

Fino all'entrata in vigore di questa normativa, le disposizioni di riferimento in materia erano contenute, in ambito nazionale, nel Decreto Legislativo 25 luglio 1998, n. 286, emanato quale Testo Unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero²⁶⁸.

Deve anche, fin d'ora, evidenziarsi che il D.Lgs. 215/03 contiene espliciti riferimenti al predetto Testo Unico, facendo salve alcune importanti norme dello stesso e, in particolare, i commi 1 e 2 dell'art. 43 (cfr. art. 2, comma 2 D.Lgs. 215/03) e i commi da 1 a 6, 8 e 11 dell'art. 44 (cfr. art. 4, comma 1 D.Lgs. 215/03): appunto, le disposizioni fondamentali in tema di tutela (civilistica) contro la discriminazione razziale, che ora interessa.

Per ricostruire negli esatti termini la protezione che il nostro ordinamento offre contro tali comportamenti discriminatori, e impostare quindi una valutazione critica, è allora essenziale analizzare di seguito le norme del Testo Unico, quelle della direttiva 2000/43/CE e quelle del D.Lgs. 215/03, che si propone di attuare le disposizioni di fonte comunitaria.

Questa analisi dovrà naturalmente (anche) porre a confronto i tre testi e indagare sui rapporti che attualmente permangono, in particolare, tra il Testo Unico e il D.Lgs. 215/03.

SEZIONE I : IL TESTO UNICO DEL 25 LUGLIO 1998 N. 286.

1. Analisi dell'articolo 43.

Negli ultimi due decenni l'Italia ha subito un'imponente trasformazione: da Paese di emigrazione è divenuta la meta finale di flussi migratori da svariati punti del pianeta, laddove altri Stati europei, come, ad esempio, Francia, Gran Bretagna, Belgio, Olanda e Germania, si erano già misurati con il massiccio afflusso di stranieri²⁶⁹.

Tale repentina crescita dell'immigrazione, alla fine degli anni ottanta, ha trovato il nostro ordinamento gravemente impreparato, sotto il profilo sia istituzionale –

²⁶⁷ Esso è stato pubblicato, come si è detto (c.f.r. cap. I) sulla Gazzetta Ufficiale – Serie Generale, numero 186 del 12 agosto 2003, pp. 4 e ss., e modificato dal D.lgs. n. 256 del 2 agosto 2004, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 244 del 16 ottobre 2004. Nel prosieguo del presente studio, il D.Lgs. in esame sarà talora denominato Decreto d'attuazione (considerando la sua funzione rispetto alla Direttiva 2000/43/CE).

²⁶⁸ Di seguito, si farà spesso riferimento a questo complesso di norme, denominandolo più semplicemente Testo Unico.

²⁶⁹ M. G. GAROFALO e M. McBRITTON, *Immigrazione e lavoro: note al T. U. 25 luglio 1998, n. 286*, Riv. giur. Lav. prev. Soc., 2000, III, pp. 483 ss; sul punto, c.f.r., altresì, M. CERASE, *Il governo dell'immigrazione. La disciplina legislativa ed amministrativa tra programmazione dei flussi, tentativi d'integrazione e persistente emergenza*, Rass.parlam.1999, pp. 967 ss: l'autore sottolinea come «negli ultimi 15 o 20 anni il nostro paese si è trasformato in modo via via più massiccio da terra di partenza prevalentemente in meta finale dei flussi migratori» e riporta, a conferma di tali osservazioni, interessanti dati statistici che descrivono la crescente presenza di stranieri in Italia (in nota p. 969).

amministrativo che socioculturale, ad affrontare le conseguenze di un regolare flusso migratorio²⁷⁰.

In particolare, sotto il primo profilo, era del tutto assente un sistema normativo organico che contemplasse compiutamente tale fenomeno e che fornisse le basi per una politica sull'immigrazione, nonché un apparato burocratico idoneo a fronteggiare i disagi derivanti dalla progressiva crescita dell'entità dei migranti²⁷¹.

Ciò ha determinato l'esplosione del fenomeno dell'immigrazione clandestina, rappresentata dalla moltitudine di persone che «*per l'inadeguatezza delle politiche e l'incapacità delle strutture, si sono trovate ospiti del paese senza avervi più titolo per diversi motivi oppure sono comunque riuscite a raggiungere il suolo italiano senza mai essere state formali e legittime interlocutrici delle nostre autorità preposte*».²⁷²

Quella che immediatamente è stata ribattezzata «*emergenza clandestini*», ha influito naturalmente sulla legislazione in materia, costringendo ad abbandonare l'ottica settoriale (che caratterizzava le disposizioni concernenti gli stranieri contenute in vari corpi normativi)²⁷³ e a preferire una sistemazione complessiva della materia. È in questa prospettiva che s'inquadra la legge n. 40 del 6 marzo 1998²⁷⁴, con la quale il legislatore ha adempiuto all'obbligo, previsto dall'articolo 10, comma 2, Cost.²⁷⁵, di regolare la condizione giuridica dello straniero²⁷⁶.

Finalità principale della legge n. 40, era quella di introdurre una disciplina organica, sistematica e complessiva, del fenomeno dell'immigrazione, abrogando in modo esplicito una parte significativa della precedente legislazione e affrontando il problema del coordinamento della nuova normativa con quella precedente non abrogata, in particolare del T.U. di pubblica sicurezza²⁷⁷ e della legge del 30 dicembre 1986 n. 943, concernente il lavoro degli stranieri in Italia. A tal fine, con l'art. 47, si delegava il Governo all'emanazione di un Testo Unico di coordinamento.

²⁷⁰ A. CALLAIOLI e M. CERASE, *Il Testo Unico delle norme delle disposizioni sull'immigrazione delle norme sulla condizione dello straniero: una legge organica per la programmazione di flussi, il contrasto alla criminalità e la lotta alla discriminazione*, Leg. Pen., 1999, I, pp. 261 e ss.

²⁷¹ In proposito PEPINO, *Immigrazione, politica e diritto: note a margine della legge n. 40/98*, Dir. imm. citt., I, pp. 11 e 12, il quale sottolinea efficacemente che: «*è in atto ben più che una migrazione: ciò che sta avvenendo è la risistemazione della popolazione del mondo, imposta da ragioni molteplici (demografiche, economiche, politiche, religiose) ed immodificabile nei tempi brevi*» in quanto «*un'inversione della tendenza richiederebbe (...) profonde trasformazioni nel modello di sviluppo economico e nei rapporti internazionali*».

²⁷² M. CERASE, *Il governo dell'immigrazione*, cit., pp. 971 ss.

²⁷³ Ad esempio nel Testo Unico di pubblica sicurezza e nella L. 30/12/1986 n. 943 sul lavoro degli stranieri in Italia.

²⁷⁴ Pubblicata in G. U. 12 marzo 1998, serie generale. Occorre precisare che il primo intervento normativo elaborato per realizzare la trattazione sistematica della materia è la c.d. legge Martelli (n. 39 del 28/2/1990), la quale aveva introdotto il principio di programmazione dei flussi e aveva disegnato l'ossatura fondamentale delle procedure amministrative d'ingresso e soggiorno degli stranieri in Italia. Disciplinava, inoltre, i profili dell'espulsione dello straniero, della regolarizzazione dei clandestini e, all'articolo 1, del riconoscimento dello *status* di rifugiato. Quest'ultimo contiene l'unica disposizione sopravvissuta dopo l'introduzione della l. n. 40. Per un commento della l. 39/1990 cfr. B. NASCIMBENE, *Lo straniero in Italia: profili giuridici alla luce della legge n. 39 del 1990*, in Atti della Conferenza nazionale dell'immigrazione, Roma, 1990, p. 378.

²⁷⁵ Art. 10, c. 2: «*La condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali*». La disposizione, introducendo una riserva di legge rinforzata, vincola il legislatore al rispetto delle norme di diritto internazionale generali e pattizie.

²⁷⁶ L. CASTELVETRI, *Le garanzie contro le discriminazioni sul lavoro per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi*, Dir. rel. ind., 1999, III, pp. 321 e ss. Il richiamo espresso all'articolo 10, c. 2, è contenuto nell'articolo 1 del T.U. 286/98, I comma: «*il presente Testo unico, di attuazione dell'articolo 10, comma 2, della Costituzione (...)*».

²⁷⁷ R. d. n. 773 del 1931.

Il Testo Unico è stato emanato con decreto legislativo n. 286 del 25 luglio 1998²⁷⁸ e risponde all'obiettivo di realizzare la sistemazione organica della materia, sulla base della recente presa d'atto della portata del fenomeno ed in particolare delle problematiche sostanziali e dei profili amministrativi che le disposizioni mirano a risolvere²⁷⁹.

Esso è composto da un primo titolo, riservato ai principi generali (ambito di applicazione della legge, diritti e doveri dello straniero, politiche migratorie), il secondo, relativo all'ingresso, soggiorno, allontanamento dello straniero dal territorio dello Stato, il terzo, concernente la disciplina del lavoro, il quarto, dedicato al diritto all'unità familiare e alla tutela dei minori, ed infine il quinto riguardante le disposizioni in materia sanitaria, nonché di istruzione, alloggio, partecipazione alla vita pubblica e integrazione sociale. Il sesto titolo si limita a raccogliere le disposizioni finali.

L'obiettivo di introdurre una disciplina che affrontasse in modo organico tutti gli aspetti del fenomeno migratorio, ha indotto il legislatore a «*contemplare anche l'aspetto più oscuro e drammatico dell'incontro tra etnie e dell'integrazione socio-culturale tra appartenenti a diversi gruppi, vale a dire quello della discriminazione*»²⁸⁰.

A tal fine, nel capo IV del titolo V, è stato delineato un apparato di tutela che si articola in due norme: una di carattere sostanziale, l'articolo 43, nel quale è definito il concetto di discriminazione, e l'altra, *sub* articolo 44, di carattere processuale, che introduce un apposito rimedio contro le discriminazioni.

Il legislatore italiano ha introdotto tale disciplina per colmare una lacuna dell'ordinamento, fino ad allora sprovvisto di un'efficace forma di tutela generale contro le discriminazioni nazionali, razziali, etniche e religiose poste in essere in ogni settore della vita sociale²⁸¹, così dimostrando di voler accogliere le istanze internazionali ed europee.

L'articolo 43 al primo comma definisce come discriminazione «*ogni comportamento che direttamente o indirettamente, comporti una distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica, le convinzioni e le pratiche religiose, e che abbia lo scopo o l'effetto di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e culturale e in ogni altro settore della vita pubblica*».

Come primo rilievo occorre sottolineare lo scarso rigore del legislatore nell'individuare i fattori di discriminazione ricompresi nella sfera di protezione: infatti, i termini utilizzati nella rubrica, la quale fa riferimento alla «*discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi*», non coincidono con l'ampia elencazione fornita dalla

²⁷⁸ Pubblicato in G.U. 18 agosto 1998, n. 191, serie generale, il cui regolamento di attuazione è stato emanato con il D.p.r. 31.08.1999, n. 394, in G.U., 3.11.1999, n. 258, suppl.ord.

²⁷⁹ M. CERASE, *Il governo dell'immigrazione* cit. p. 978.

²⁸⁰ Così M. CERASE, *Il governo dell'immigrazione*, pp. 967 ss.

²⁸¹ V.E.CICCHITTI, *L'azione civile contro la discriminazione ex art. 44 T. U. 286/98*, Lav. giur., 2000, VIII, pp. 729 e ss. In proposito c.f.r. altresì P. BONETTI, L. MELICA, L. CASTELVETRI, A. CASADONTE, *La tutela contro le discriminazioni razziali, etniche e religiose*, in *Diritto degli stranieri*, a cura di B. NASCINBENE, Cedam, Padova, 2005, sez. V, p. 1082 ss., il quale rileva che le norme in esame colmano un grave lacuna dell'ordinamento italiano, dotato sino al 1998 esclusivamente di strumenti penali per contrastare i comportamenti e le organizzazioni che usino violenza o incitano all'odio per finalità razziste o xenofobe e di strumenti civilistici contro atti discriminatori nei rapporti di lavoro (art. ai sensi degli artt. 8, 15 e 16 legge 20 maggio 1970, n. 300). E sottolinea l'inadeguatezza della sanzione penale, la quale «*punisce il colpevole ed ha una valenza di prevenzione generale, ma non rimuove l'eventuale discriminazione*».

definizione²⁸², che a sua volta si differenzia, per le scelte terminologiche, dalle specifiche previsioni elencate nel comma 2²⁸³.

Tali imprecisioni ed incoerenze possono indurre a ritenere che l'elencazione in esame abbia un carattere meramente esemplificativo²⁸⁴.

In questo senso pare possibile cogliere, anche da un primo, superficiale esame, la volontà di introdurre una clausola dotata di grandi potenzialità espansive, i cui precisi confini possono essere tracciati solo dal concreto utilizzo ad opera degli operatori pratici²⁸⁵.

La definizione in esame appare ispirarsi sia alle formule già elaborate da fonti internazionali, in particolare all'art. 1 della Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale²⁸⁶, sia, soprattutto, alla disposizione contenuta nell'articolo 4 della L. 125/1991, in materia di discriminazione sessuale²⁸⁷, che ha introdotto nel nostro ordinamento la prima compiuta definizione di discriminazione.

Come nella suddetta disposizione²⁸⁸, anche nell'articolo 43 il legislatore sceglie di accogliere una nozione *oggettiva* di discriminazione, adottando una tecnica di

²⁸² Nella quale, diversamente, si fa riferimento al "colore", "all'ascendenza o origine nazionale od etnica", "alle convinzioni e le pratiche religiose".

²⁸³ In proposito A. VISCOMI, *La legge italiana del 1998 sul lavoro immigrato extracomunitario*, in F. CAPPELLETTI, L. GAETA, *Diritto del lavoro, alterità: figure della diversità e modelli culturali*, Ed. scientifiche italiane, Napoli, 1998, p. 304. L'autore rileva, a titolo di esempio, che «"religione", "pratiche religiose" e "confessione religiosa" non sono né sinonimi né equivalenti», così come «la "provenienza geografica" è cosa diversa dall'appartenenza ad un gruppo etnico, linguistico o nazionale».

B. NASCIMBENE, op.ult.cit., p. 1084, ravvisa nella distinzione tra i concetti di "convinzioni" e "pratiche religiose" – riconducibili, il primo, alla nozione fornita dall'art. 9 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dalla giurisprudenza costituzionale ed il secondo a tutti gli atti religiosamente ispirati - l'intento del legislatore di «sanzionare ogni comportamento discriminatorio, senza lasciare zone di dubbio».

²⁸⁴ Accogliendo l'opinione espressa da M. G. GAROFALO E M. McBRITTON, op. loc. cit., p. 505.

²⁸⁵ V. LA BROCCA, *L'azione civile contro la discriminazione: un nuovo modello per il futuro della tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali*, 2001, III, pp. 1246 e ss.

²⁸⁶ Tale opinione è espressa da M. CERASE, *Il governo dell'immigrazione* cit., p. 1001, il quale evidenzia come l'unica sostanziale differenza tra le due definizioni risieda nel fatto che la Convenzione (per la quale si fa rinvio al cap. I) non definisca preliminarmente la discriminazione come comportamento teso "direttamente o indirettamente" a conseguire un certo effetto, ma passi subito a definire come discriminazione quella che l'art. 43 della legge in esame costituisce la prima serie di conseguenze del comportamento.

Sottolinea, invece, L. CASTELVETRI, cit., che la definizione fornita dal T.U. 286/98 appare sostanzialmente formulata sulla base della Convenzione O.I.L. n. 111/1958 (ratificata dall'Italia con legge 6 febbraio 1963 n. 405), ai sensi della quale: «il termine discriminazione comprende: a) ogni distinzione, esclusione o preferenza fondata sulla razza, il colore, il sesso, la religione, l'opinione politica, la discendenza nazionale o l'origine sociale, che ha per effetto di negare o di alterare l'uguaglianza di possibilità o di trattamento in materia d'impiego o di professione; b) ogni altra distinzione, esclusione o preferenza che abbia per effetto di negare o di alterare l'uguaglianza di possibilità o di trattamento in materia di impiego o di professione, che potrà essere precisata dallo Stato membro interessato sentite le organizzazioni rappresentative dei datori di lavoro e dei lavoratori, se ne esistono, ed altri organismi appropriati».

²⁸⁷ Cfr. CAP. I par. 5. In questo senso, tra gli altri, V. E. CICCHITTI, op. loc. cit., pp. 729 e 731.

²⁸⁸ La l. 125/91 all'articolo 4 comma 1, afferma che «Costituisce discriminazione, ai sensi della legge 9 dicembre, n. 903, qualsiasi atto o comportamento che produca un effetto pregiudizievole discriminando anche in via diretta i lavoratori in ragione del sesso». In questo modo «il legislatore ha voluto esprimere in modo inequivocabile l'adesione ad una concezione funzionale dell'illecito», come afferma M. BARBERA, *La nozione di discriminazione* cit., p. 54. In questo caso, dunque, ciò che rileva è, esclusivamente, il risultato finale dell'atto o della condotta, vale a dire la loro idoneità a realizzare, direttamente od indirettamente, un trattamento pregiudizievole basato sul sesso. Non costituisce oggetto

definizione dell'illecito in cui l'intento soggettivo non costituisce presupposto indispensabile della fattispecie²⁸⁹. Dal dettato della norma, infatti, emerge chiaramente che è discriminatorio sia il comportamento qualificato dall'intenzione (lo *scopo*) di nuocere, sia quello in cui tale intenzione risulti del tutto assente ma che sia idoneo a determinare un *effetto* pregiudizievole. Attraverso questa formula è possibile sanzionare anche i comportamenti che pur animati da intenti discriminatori, non giungono a realizzare il loro obbiettivo. Dunque, quanto all'intento discriminatorio, si è osservato che «*o è dimostrato come tale e allora rientra nella discriminazione diretta; oppure se in una condotta manca (o non si può provare) un animus, allora sarà necessario dimostrare un'effettiva conseguenza discriminatoria e non basterà lamentare una mera potenzialità in tale senso*»²⁹⁰

Perché si perfezioni la fattispecie discriminatoria non è sufficiente che il comportamento produca, in modo diretto o indiretto, una distinzione, esclusione, restrizione o preferenza sulla base di uno dei fattori considerati, in quanto occorre altresì realizzare (o, come si è precisato, perlomeno perseguire)

una lesione di un diritto umano o delle libertà fondamentali. Tale precisazione potrebbe indurre a ritenere che non siano giuridicamente rilevanti le discriminazioni che producano danno a diritti o libertà che non siano riconducibili alle nozioni di diritti umani o libertà fondamentali.

Una simile lettura risulta, tuttavia, smentita dalla considerazione che «*una discriminazione dovuta a ragioni di razza, etnia, colore, credo religioso viola per definizione il diritto umano a non essere discriminato per queste stesse ragioni: non è dunque possibile una discriminazione così configurata che non leda almeno questo diritto fondamentale*»²⁹¹.

Le uniche condotte irrilevanti ai sensi della disciplina in esame saranno allora quelle relative ai rapporti strettamente personali, giuridicamente irrilevanti, come ad esempio il fatto di socializzare o meno con determinate persone, di dare o meno il saluto, l'estendere un invito a feste in abitazioni private, e così via²⁹².

Il primo comma introduce, dunque, indistintamente i concetti di discriminazione diretta ed indiretta. Alla luce dell'elaborazione dottrinale formatasi in relazione alla l. 125/1991, era possibile riconoscere la discriminazione diretta ogniqualvolta il comportamento producesse una disparità di trattamento tra soggetti, esclusivamente fondata sugli elementi differenziali quali la razza, la religione, e gli altri elementi contemplati, assunti come fattore determinante della condotta lesiva.

La definizione di discriminazione indiretta è offerta dalla lettera *e*) del secondo comma, con riferimento alle fattispecie che si realizzano nell'ambito del rapporto di lavoro. Tale collocazione può far dubitare che la discriminazione indiretta costituisca una fattispecie generale e che si riferisca, invece, solo agli abusi perpetrati sul posto di lavoro dal datore di lavoro o dai suoi preposti.

Vi sono, tuttavia, argomenti di tipo sistematico che consentono di confutare una interpretazione restrittiva: è sufficiente, infatti, soffermarsi sul primo comma, il quale,

della valutazione giuridica del comportamento il movente soggettivo, l'*animus nocendi*, dell'autore. In proposito cfr. altresì SCARPONI, *Le nozioni di discriminazione* cit., pp. 49 e ss.

²⁸⁹ In relazione alla nozione oggettiva di discriminazione, di notevole interesse si rivela altresì la pronuncia della Corte di Giustizia CE 22 aprile 1997, causa C180/95, in Riv. crit. dir. lav., 1998, pp. 733 e ss.: in questa sede la corte afferma, infatti, l'irrelevanza della componente psicologica della discriminazione.

²⁹⁰ M. CERASE, *Il governo dell'immigrazione* cit., p. 1004.

²⁹¹ Così M. G. GAROFALO, M. McBRITTON, op. loc. cit., p. 503.

²⁹² G. SCARSELLI, *Appunti sulla discriminazione razziale*, Riv. dir. civ. 2001, VI, p. 808.

nel dettare una definizione generale, fa esplicito riferimento a comportamenti che *direttamente o indirettamente* possano produrre effetti lesivi²⁹³.

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 non essenziali allo svolgimento della attività lavorativa»²⁹⁴.

In questa ipotesi il pregiudizio non si produce in seguito all'adozione di comportamenti immediatamente discriminatori, ma in seguito all'adozione di criteri, apparentemente neutri, ma in realtà idonei a generare effetti sfavorevoli che si riflettono sul singolo individuo in quanto appartenente ad un gruppo caratterizzato da uno dei fattori differenziali.

Il fulcro della nozione in esame risiede allora nella necessità di stabilire quali possono essere tali criteri che «svantaggino in modo proporzionalmente maggiore» determinate categorie di soggetti rispetto ad altre. La difficoltà può essere affrontata ricorrendo all'elaborazione giurisprudenziale della Corte di Giustizia comunitaria, la quale individua la situazione di svantaggio avvalendosi del criterio del «numero di molto inferiore»²⁹⁵ e, relativamente alle disparità che si verificano nell'ambito del rapporto di lavoro, precisa che i criteri devono concernere requisiti non qualificanti (non *essenziali* per) la prestazione lavorativa²⁹⁶.

Il secondo comma delinea cinque fattispecie discriminatorie che possono essere definite *tipiche*²⁹⁷ in quanto espressamente individuate dalla stessa legge, per le quali, dunque, si afferma il carattere discriminatorio *iuris et de iure*²⁹⁸ (proprio per tale ragione non sono suscettibili d'interpretazione analogica).

Appare opportuno analizzare, seppur rapidamente, le singole ipotesi.

A) La discriminazione nei rapporti con i pubblici poteri: la prima categoria comprende gli atti commissivi od omissivi, posti in essere, nell'*esercizio delle sue funzioni*, da un pubblico ufficiale o da persona incaricata di un pubblico servizio o, ancora, da persona esercente un servizio di pubblica necessità che discriminino ingiustamente il cittadino straniero «*soltanto a causa della sua condizione di straniero o di appartenente ad una determinata razza, religione, etnia o nazionalità*».

Perché si perfezioni la fattispecie, in primo luogo, i soggetti attivi devono essere, investiti delle qualifiche soggettive descritte negli articoli 357, 358, 359 C. p.²⁹⁹, in

²⁹³ In tal senso si esprime M. Cerase in A. CALLAIOLI, M. CERASE, op. loc. cit., p. 289.

²⁹⁴ La nozione di discriminazione indiretta fornita dal secondo comma dell'articolo 43 T. U. risulta pressoché identica a quella contenuta nell'articolo 4, comma 2, l. 125/91.

²⁹⁵ La Corte di Giustizia ha elaborato tali criteri relativamente alle ipotesi di discriminazione di genere: si veda la sentenza CE 31 marzo 1981, causa C-96/80, *Jenkins*, in RACC. 1981, p. 911; CE 13 maggio 1986, causa C-170/84, *Bilka*, id., 1986, p. 1620.

²⁹⁶ La Corte di Giustizia ha ritenuto essere requisiti *non essenziali* i costi o le ragioni di mercato: Corte giust. CE 17 ottobre 1989, causa C-109/88, in RACC. 1989, p. 3139.

La Corte ha, comunque, genericamente escluso la sussistenza di un comportamento discriminatorio ogni volta che la scelta operata dal datore di lavoro si fonda su criteri obiettivi ed estranei a qualsiasi discriminazione: cfr. causa *Bilka*, cit.; CE 13 luglio 1989, causa 177/88, *Rimmer-Kuhn*, RACC., 1989, pp. 2743 e ss.; CE 6 febbraio 1996, causa C-457/93, *Lawark*, Racc., 1996, pp. 243 ss.; sentenza 17 giugno 1998 causa C243/95, RACC., 1998, p. 3739.

²⁹⁷ G. SCARSELLI, op. loc. cit., pp. 807 e ss., analizza l'articolo 43 distinguendo tra ipotesi di discriminazione *atipica*, individuate dal I comma della norma, e ipotesi di discriminazione *tipica*, elencati nel comma II.

²⁹⁸ V. E. CICCHITTI, op. loc. cit., p. 733.

²⁹⁹ Collocate nel capo III del titolo II, concernenti i delitti contro la P.A. La figura del pubblico ufficiale è caratterizzata, ai sensi dell'articolo 357 c.p., dall'esercizio di una funzione pubblica consistente nella titolarità di poteri autoritativi o certificativi, vale a dire del potere di formare e manifestare la volontà dell'Ente pubblico (in proposito Fiandaca, Musco, *Diritto penale*, parte speciale, I, Bologna, 1997, 168

secondo luogo, l'atto discriminatorio deve essere compiuto nell'esercizio delle loro funzioni: occorre, dunque, la contestualità tra l'esercizio della funzione e l'atto discriminatorio.³⁰⁰

Gli atti su cui può incidere la sanzione potranno essere atti non legislativi di contenuto normativo (come ad esempio, l'adozione di regolamenti, ordinanze, bandi o procedure che penalizzino, sulla base dell'origine nazionale, gli stranieri regolarmente soggiornanti nell'accesso a determinate attività e servizi) e, comunque, ogni atto amministrativo, anche di natura materiale che sia ingiustamente vessatorio nei confronti di quelle categorie di soggetti che la norma tutela³⁰¹.

L'interessato, in questi casi, potrà scegliere se impugnare l'atto dinanzi al giudice amministrativo, al fine di ottenerne l'annullamento, o se, invece, proporre ricorso al giudice ordinario *ex art. 44*, attraverso il quale ottenere, eventualmente, la disapplicazione dell'atto stesso.

B) La discriminazione da parte di coloro che offrono beni o servizi sul mercato: è qualificata comunque come discriminatoria la condotta di chi, privato o pubblica amministrazione, imponga condizioni più svantaggiose o si rifiuti di fornire beni o servizi offerti al pubblico, a taluno esclusivamente in ragione della sua condizione di straniero o della razza, religione, etnia o nazionalità.

C) La discriminazione di quanti offrono occupazione, e in generale servizi relativi ad ogni aspetto della vita: compie discriminazione rilevante ai sensi della legge in esame *«chiunque illegittimamente imponga condizioni più svantaggiose o si rifiuti di fornire l'accesso all'occupazione, all'alloggio, all'istruzione, alla formazione e ai servizi sociali e socio-assistenziali allo straniero (...)*», sempre a causa degli stessi fattori elencati.

E' introdotta una tutela penetrante, il cui raggio d'azione si estende a tutti i rapporti intersoggettivi di cui si compone la vita quotidiana.

In questi casi, però, l'apparato di protezione opera solo nei confronti degli stranieri regolarmente soggiornanti nel nostro territorio. Il regolare soggiorno costituisce, allora, requisito essenziale ai fini della legittimazione attiva, laddove legittimato passivo può essere qualunque soggetto.

D) Il boicottaggio discriminatorio: tale ipotesi prende in considerazione la posizione dello straniero che si collochi, non sul versante della domanda di beni o servizi, ma su quello dell'offerta.

Si afferma, infatti, che costituisce discriminazione il comportamento di *«chiunque impedisca, mediante azioni od omissioni, l'esercizio di un'attività economica legittimamente intrapresa da uno straniero regolarmente soggiornante in Italia, soltanto in ragione della sua condizione di straniero o di appartenente ad un determinata razza, confessione religiosa, etnia o nazionalità»*.

ss.). La qualifica di pubblico ufficiale è stata riconosciuta anche al cosiddetto funzionario di fatto, ovvero a colui che esercita concretamente una funzione pubblica benché difetti una formale o regolare investitura, avvalendosi della tolleranza o dell'acquiescenza della P.A.

La categoria degli incaricati di un pubblico servizio ha carattere residuale in quanto non risulta espressamente definita dall'articolo 358, ma ricomprende coloro che non rientrano nelle altre due categorie contemplate (pubblici ufficiali ed esercenti un servizio di pubblica necessità). Si tratta di soggetti privi dei poteri autoritativi e certificativi caratteristici della pubblica funzione, che svolgono attività di carattere intellettuale, di tipo complementare o accessorio rispetto alla pubblica funzione.

³⁰⁰ Sottolinea M. CERASE, op. loc. cit., p. 290, che nell'ipotesi che l'atto ritenuto lesivo sia un atto amministrativo, lo straniero potrà rivolgersi, sia al giudice amministrativo per l'annullamento dell'atto, che al giudice ordinario. Questi, pur non potendo incidere formalmente sull'atto, potrà ordinare la cessazione del comportamento e dunque disporre che all'atto non sia data esecuzione.

³⁰¹ B. NASCIBENE, op.ult. cit., p. 1087 ss.

La tipizzazione di tali azioni od omissioni crea qualche difficoltà, dato che per ottenere l'effetto dell'*impedimento* appaiono necessari atti particolarmente gravi: ciò potrebbe indurre a pensare ad un comportamento penalmente rilevante, come ad esempio un incendio doloso o addirittura un reato contro la persona, o ad atti di concorrenza sleale, tali da avere effetti irrimediabili³⁰².

Occorre tener presente che non è sufficiente fornire la prova dell'intento. La legge fa riferimento, infatti, all'*impedimento*, il quale si configura come *effetto* che deve necessariamente prodursi e dunque va verificato.

E) La discriminazione sul posto di lavoro: tra le fattispecie tipizzate viene ricompresa altresì la condotta del datore di lavoro o dei suoi preposti, i quali compiano atti o comportamenti tali da produrre un *effetto pregiudizievole*, discriminando (direttamente o indirettamente) i lavoratori «*a causa della loro appartenenza ad una razza, ad un gruppo etnico o linguistico, ad una determinata confessione religiosa, ad una cittadinanza*»³⁰³

Desta qualche perplessità l'inciso che contiene il rinvio all'articolo 15 della l. 20 maggio 1970 n. 300 (lo Statuto dei lavoratori), così come modificato ed integrato dalle leggi 309/1977 e 108/1990³⁰⁴, norma che individua specifici atti discriminatori, non del tutto coincidenti con quelli presi in considerazione dall'articolo 43. Appare legittima l'ipotesi che attraverso un tale richiamo si intenda promuovere il collegamento sistematico di tutte le disposizioni antidiscriminatorie del nostro ordinamento alla nuova nozione introdotta dal T. U. 286/1998, delineandosi una discriminazione «*configurata in termini unitari, a prescindere dai fattori che la fondano*»³⁰⁵.

Sul versante probatorio, il testo fa esclusivo riferimento all'idoneità del comportamento a realizzare un *effetto* pregiudizievole, senza richiamare il semplice intento lesivo. Si pone allora il dubbio se, relativamente alle condotte del datore di lavoro, il legislatore consideri elemento integrante la fattispecie il solo concreto prodursi del pregiudizio, o se il meccanismo di tutela disposto ai sensi dell'articolo 44 possa essere azionato nonostante sussista esclusivamente l'intento soggettivo, onde prevenire il prodursi di danni ulteriori³⁰⁶.

Ciò che emerge con evidenza, dall'analisi della disciplina introdotta dal combinato disposto degli articoli 43 e 44, è la volontà di costituire un forte apparato di protezione contro ogni forma di discriminazione, fondata su qualsiasi fattore che denoti l'appartenenza del soggetto passivo ad un gruppo naturale o sociale svantaggiato.

Al fine di soddisfare tale esigenza, il legislatore ha tracciato un ambito di applicazione particolarmente vasto, come emerge dal terzo comma, il quale specifica, relativamente alla sfera soggettiva, che la normativa si estende non solo allo straniero immigrato, ma anche ai comportamenti di natura xenofoba o razzista posti in essere ai danni di cittadini italiani o di altri Stati dell'Ue o di apolidi³⁰⁷.

³⁰² B. NASCIMBENE, op.ult. cit., p. 1090, sottolinea che la disposizione fa riferimento a condotte particolarmente gravi (quale ad esempio, l'accordo tra un gruppo di potenziali clienti di non acquistare o vendere prodotti presso un determinato esercizio commerciale o una data impresa), ma non tali da risultare già previste e punite dalla legge penale.

³⁰³ Sottolinea L. CASTELVETRI, op. loc. cit., p. 327, l'assenza di coordinamento, nell'enumerare i fattori di discriminazione, con la nozione generale fornita dal comma I.

³⁰⁴ Cfr. il Capitolo I, par. 8.

³⁰⁵ In tal senso si esprime L. CASTELVETRI, op. loc. cit., p. 327.

³⁰⁶ Nell'ambito della lettera e), come si è sottolineato, il legislatore ha introdotto la definizione della discriminazione indiretta.

³⁰⁷ Tale precisazione si rende necessaria alla luce dell'articolo 1 del d. lgs. 286/1998., il quale afferma che il T. U. «*si applica, salvo che sia diversamente disposto, ai cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea e agli apolidi, di seguito indicati come stranieri*», ed ulteriormente specifica, al comma 2, che «*Il presente Testo unico non si applica ai cittadini degli Stati membri dell'Unione europea, se non in quanto si tratti di norme più favorevoli (...)*».

La latitudine della formula adottata è tale da estendere la legge «*a qualsiasi soggetto si trovi storicamente e concretamente in una situazione di svantaggio*»³⁰⁸.

A confermare ulteriormente tale lettura interviene la disposizione, posta in chiusura del primo comma, concernente i settori nei quali la normativa è destinata ad operare.

Infatti la norma esprime molto chiaramente l'intento di introdurre una disciplina generale, estendendo l'operatività della tutela in esame al «*campo politico, economico, sociale, culturale*» e, avvalendosi di un'enunciazione onnicomprensiva, precisa ulteriormente: «*in ogni settore della vita pubblica*».

2. L'azione civile contro la discriminazione: analisi dell'articolo 44.

Contro gli atti di discriminazione, posti in essere per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi da parte di un privato o della Pubblica amministrazione, il legislatore ha introdotto un apposito procedimento speciale che ricalca il rito cautelare uniforme disciplinato dagli articoli 669 *bis* e seguenti C. p. c.³⁰⁹.

Il procedimento si articola necessariamente in due fasi: una prima fase sommaria, disciplinata nei commi 3, 4 e 5, che si conclude con un'ordinanza anticipatoria, di accoglimento o di rigetto della domanda ed una seconda fase, a cognizione piena, che termina «*con la decisione che conclude il giudizio*»³¹⁰, vale a dire con una sentenza normalmente appellabile.

Questa ricostruzione appare corretta, benché la norma non contenga alcuna indicazione sul raccordo tra le due fasi. Infatti, la diversità del linguaggio legislativo non consente di far coincidere la *decisione* di cui al settimo comma e la *sentenza* di cui al decimo comma con l'*ordinanza* di cui ai commi quarto e quinto³¹¹.

L'azione deve essere introdotta «*con ricorso depositato, anche personalmente dalla parte, nella cancelleria del pretore del luogo di domicilio dell'istante*».

Naturalmente, per l'intervenuta soppressione delle preture e l'istituzione del giudice unico di primo grado ad opera del decreto legislativo 19 febbraio 1998, n. 51³¹², competente a decidere è il tribunale in composizione monocratica.

Il soggetto legittimato a proporre l'azione³¹³ ha la possibilità di scegliere di depositare personalmente il ricorso e dunque di stare in giudizio anche senza il patrocinio di un

³⁰⁸ L. CASTELVETRI, op. loc. cit., p. 328.

³⁰⁹ Cfr. in proposito G. SCARSELLI, op. loc. cit., pp. 834 e ss, dove si indicano come modelli della presente disciplina, oltre alle disposizioni del processo cautelare uniforme, altresì l'articolo 28 dello Statuto dei lavoratori (in tema di repressione della condotta antisindacale), l'art. 15 l. 903/77 (sulla parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro), l'art. 29 della l. 31 dicembre 1996, n. 675 (sulla tutela dei dati personali), ed, in parte, anche l'art. 23 della l. 24 novembre 1981, n. 689 (sul giudizio di opposizione alle ordinanze-ingiunzione); M. G. GAROFALO, M. McBRITTON, op. loc. cit., p. 507; e altresì V. E. CICCHITTI, op. loc. cit., p. 734, la quale precisa inoltre che tale procedimento atipico solo in parte ricalca quello previsto per l'azione individuale contro le discriminazioni sessuali dell'art. 15 L. n. 903/77 e quello relativo all'azione pubblica del Consigliere regionale di parità introdotta dall'art. 4, commi 6-8, L. n. 125/91.

³¹⁰ Cfr. articolo 44, comma 7, e 10 T. U.

³¹¹ Così TARZIA, *Manuale del processo del lavoro* cit., p. 370.

³¹² Pubblicato in G. U., 20 marzo 1998, n. 66, suppl.ord. n. 48/L.

³¹³ In proposito M. CERASE, op. loc. cit., p. 293, rileva che il legislatore non definisce esplicitamente chi possa essere considerato soggetto attivo dell'azione e avanza l'ipotesi che titolare debba essere considerato esclusivamente la persona fisica. A sostegno di tale affermazione argomenta «*secondo la logica dell'ubi lex voluit, dall'esame del comma 10, che per il caso di comportamenti discriminatori di carattere collettivo del datore di lavoro, prevede la possibilità di un ricorso da parte delle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative sul piano nazionale*».

difensore³¹⁴: attraverso tale previsione il legislatore ha introdotto una nuova ipotesi in cui la parte può stare in giudizio personalmente, avvalendosi della clausola di riserva contenuta nel terzo comma dell'articolo 82 c.p.c.³¹⁵.

In questo modo si è voluto, indubbiamente, facilitare l'accesso all'utilizzo di tale azione, ma nella realtà appare quantomeno improbabile che tale norma riceva concreta applicazione³¹⁶. Si può pensare all'ipotesi in cui vittima della discriminazione sia uno straniero che soggiorna da poco tempo in Italia. Il soggetto che si trovi in tale situazione difficilmente sarà a conoscenza dell'opportunità di usufruire di questa forma di tutela, e necessiterà, piuttosto di un'adeguata assistenza: a tal fine il comma 12 conferisce alle Regioni l'incarico di istituire centri di osservazione, informazione e assistenza legale ai quali gli stranieri si possano rivolgere qualora subiscano un trattamento discriminatorio³¹⁷.

Depositato il ricorso, il procedimento, nella sua fase sommaria, può svolgersi secondo differenti modalità a seconda che sussista una particolare urgenza o meno.

Di regola, ai sensi del terzo comma, il giudice adito fissa la data dell'udienza, con decreto apposto in calce al ricorso³¹⁸, stabilisce i tempi ed i modi della convocazione della controparte e, «*sentite le parti, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione indispensabili in relazione ai presupposti e ai fini del provvedimento richiesto*»³¹⁹.

La prima fase del giudizio si chiude con l'adozione di un'ordinanza con la quale il giudice provvede ad accogliere o rigettare la domanda: nel primo caso il provvedimento ha efficacia immediatamente esecutiva. Ai sensi del primo comma, qualora il giudice ritenga opportuno accogliere la domanda, *ordina, su istanza di parte, la cessazione del comportamento pregiudizievole e adotta ogni altro provvedimento idoneo, secondo le circostanze, a rimuovere gli effetti della discriminazione*.

Con questa previsione il legislatore dimostra di voler attribuire all'avente diritto una tutela giurisdizionale in forma specifica e non solo per equivalente monetario, in grado di assicurare all'interessato tutto ciò che ha diritto di conseguire.

Oltre a tale fase sommaria, che potrebbe essere definita "ordinaria", il comma 5 dell'articolo 44, ha disciplinato una fase in cui la procedura risulta ulteriormente semplificata. Infatti, il giudice nel caso in cui ricorra una particolare urgenza, potrà provvedere – *inaudita altera parte* - con decreto motivato, «*assunte, ove occorre, sommarie informazioni*». In tal caso il principio del contraddittorio, salvaguardato dal comma 3, viene derogato al fine di scongiurare il pericolo di vedere compromessa

³¹⁴ TARZIA, op.loc.cit., p. 370.

³¹⁵ L'articolo 82, c. p. c., rubricato: *Patrocinio*, stabilisce al comma terzo: «*Salvi i casi in cui la legge dispone altrimenti, davanti al tribunale e alla corte d'appello le parti debbono stare in giudizio col ministero di un procuratore legalmente esercente; e davanti alla Corte di Cassazione col ministero di un avvocato iscritto nell'apposito albo. La procura si considera apposta in calce anche se rilasciata su foglio separato*».

³¹⁶ V. E. CICCHITTI, op. loc. cit., p. 734.

³¹⁷ Le Regioni dovranno operare in collaborazione con le Province ed i Comuni, le associazioni di immigrati e del volontariato sociale ai fini dell'applicazione dell'articolo 44 e dello studio del fenomeno. In questo modo il legislatore rileva e promuove l'esigenza di instaurare un dialogo tra i soggetti che rivestono un ruolo fondamentale nella lotta alla discriminazione. Cfr. in proposito la disciplina introdotta dagli articoli 11 e 12 della direttiva 43/2000 e dal relativo decreto legislativo di attuazione n. 215 del 9 luglio 2003, di cui alla sezione II di questo capitolo.

³¹⁸ Ricorso e decreto devono essere notificati a cura del ricorrente alla parte che ha commesso la discriminazione nel termine prefissato dal giudice.

³¹⁹ Nell'ambito dei suoi poteri ordinatori, il giudice gode di una notevole discrezionalità relativamente alla scelta dell'*iter* da seguire, essendo vincolato esclusivamente a sentire le parti e ad assumere i mezzi istruttori che risultino effettivamente indispensabili, vale a dire al rispetto del principio del contraddittorio. I mezzi di prova sono gli stessi previsti per il giudizio di cognizione.

l'esecuzione proficua del provvedimento³²⁰. L'intera fase istruttoria è ridotta al minimo indispensabile da parte del giudice, il quale assumerà solo le informazioni che risultino, sulla base del suo prudente apprezzamento, strettamente necessarie all'emanazione del decreto.

Nello stesso decreto che conclude questa fase è fissata l'udienza di comparizione delle parti, da tenersi entro quindici giorni, ed è assegnato all'istante un termine non superiore ad otto giorni per la notificazione del ricorso e del decreto. Terminata l'udienza di comparizione, il giudice provvede con ordinanza alla conferma modifica o alla revoca dei provvedimenti contenuti nel decreto.

Ai sensi del sesto comma dell'articolo 44, contro i provvedimenti del tribunale³²¹ potrà essere proposto reclamo alla Corte d'Appello nei termini di cui all'articolo 739, comma secondo, del c. p. c. e saranno applicabili, in quanto compatibili, gli articoli 737, 738, 739 c. p. c.

Per individuare l'oggetto del reclamo il legislatore fa riferimento, in modo generico, ai «*provvedimenti del Pretore*», avvalendosi di un'espressione apparentemente idonea a ricomprendere, oltre alle ordinanze³²², altresì il decreto emesso *inaudita altera parte*. Tale interpretazione non appare, tuttavia accoglibile in quanto il comma quinto prevede l'immediata ed imprescindibile verifica del decreto dinanzi allo stesso giudice adito³²³. Il rinvio agli articoli 737, 738, 739, c.p. c. consente di applicare all'impugnazione in esame, qualora risultino compatibili, le norme che disciplinano i provvedimenti in camera di consiglio, concernenti rispettivamente: la forma della domanda, il procedimento ed il reclamo delle parti.

Il reclamo deve essere presentato, ai sensi dell'articolo 739 c. p. c., con ricorso³²⁴ nel termine perentorio di dieci giorni che decorrono dalla notificazione dell'ordinanza, essendo la stessa emessa in contraddittorio tra più parti³²⁵.

Si ritiene che la presentazione del ricorso non sospenda l'esecuzione del provvedimento impugnato il quale è immediatamente esecutivo ai sensi dell'articolo 44, comma quarto. Infatti, non emerge dal comma sesto la volontà di attribuire al Presidente della Corte d'Appello il potere eccezionale di disporre la sospensione dell'esecuzione (o di subordinarla alla prestazione di congrua cauzione) attraverso ordinanza non impugnabile, previsto invece dall'articolo 669 *terdecies* c. p. c.³²⁶

Il decreto legislativo, per garantire l'effettività della decisione nella successiva fase attuativa, ha previsto al comma ottavo che l'inadempimento dei provvedimenti di accoglimento, emessi dal giudice di primo grado o in sede di reclamo, integra gli estremi del reato punito ai sensi dell'art. 388 c.p. comma primo. La scelta di introdurre

³²⁰ V. E. CICCHITTI, op. loc. cit., p. 736.

³²¹ Come si è visto, il D. lgs. recante «*Norme in materia di istituzione del giudice unico di primo grado*», ha soppresso l'Ufficio del Pretore, cosicché attualmente il ricorso deve essere proposto al tribunale ed il reclamo alla Corte d'Appello.

³²² L'ordinanza di cui al comma quarto, che chiude la fase sommaria, e quella di cui al comma quinto, che conferma, modifica o revoca il decreto, sostituendolo.

³²³ TARZIA, op. loc. cit., p. 371.

³²⁴ Rileva in proposito V. E. CICCHITTI, op. loc. cit., p. 738, che «*per questa fase del giudizio nel caso di ordinanza di rigetto la parte discriminata non possa impugnare personalmente l'ordinanza senza l'assistenza di un difensore*» dato che il comma sesto dell'articolo 44 t. u. non contiene una deroga analoga a quella contenuta nel secondo comma. Non sussistendo dunque l'autorizzazione per il ricorrente a stare in giudizio personalmente, riprende vigore la regola generale enunciata dall'articolo 82 c. p.c.

³²⁵ In tal senso si pronuncia TERZIA, op. loc. cit., p. 371. L'articolo 739 stabilisce infatti al comma secondo che «*il reclamo deve essere proposto nel termine perentorio di dieci giorni dalla comunicazione del decreto se è dato in confronto di una sola parte, o dalla notificazione se è dato in confronto di più parti*».

³²⁶ Così V. E. CICCHITTI, op. loc. cit., p. 739.

un presidio penale alla pronuncia del giudice, trova la sua spiegazione nelle difficoltà di garantire l'attuazione di un *facere* tipicamente infungibile.

Il legislatore, scegliendo di «affiancare i gendarmi al giudice civile»³²⁷ ha perso l'occasione di introdurre anche nel nostro ordinamento le cosiddette misure coercitive indirette³²⁸, che consistono nel pagamento di una somma di denaro per ogni giorno di ritardo nell'ottemperare all'ordine del giudice³²⁹.

L'articolo 44 prevede, al termine della fase sommaria, la necessaria prosecuzione del processo sino alla «decisione che definisce il giudizio»³³⁰. Infatti l'ordinanza emanata dal giudice nella prima fase non è suscettibile di passaggio in giudicato, dal che consegue che la mancata prosecuzione del giudizio condurrà sempre alla caducazione dell'ordinanza stessa.

Nel provvedimento di accoglimento o di rigetto il Tribunale provvederà a fissare la data dell'udienza di prima comparizione (sulla base dell'articolo 180 c.p.c., se si tratti di controversia ordinaria, o l'udienza di discussione ai sensi dell'articolo 420 c.p.c. nell'ipotesi di discriminazione realizzata nell'ambito del rapporto di lavoro) e ad assegnare alle parti un termine per il completamento delle difese.

La seconda fase si articola, dunque, come un ordinario giudizio di cognizione³³¹.

Peculiare di tale procedimento è, invece, la disposizione contenuta nel comma nono, attinente al regime della prova. Essa prevede che, allo scopo di dimostrare la natura discriminatoria del comportamento denunciato, il ricorrente può «*dedurre elementi di fatto anche a carattere statistico relativi alle assunzioni, ai regimi contributivi, all'assegnazione delle mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera e ai licenziamenti dell'azienda interessata*». Il giudice deve valutare i fatti dedotti nei limiti di cui all'articolo 2729, primo comma del codice civile, vale a dire ammettendo le presunzioni solo in quanto «*gravi, precise e concordanti*».

E' importante sottolineare, preliminarmente, che il legislatore detta tale disposizione in riferimento al comportamento del datore di lavoro: l'ambito di applicazione dell'istituto della *prova statistica* appare allora delimitato al contesto lavorativo.³³²

L'articolo 44 non introduce un'inversione dell'onere della prova³³³, ma si limita ad alleggerirlo prevedendo una «*parziale relevatio ab onere probandi*»³³⁴ a favore del

³²⁷ Come efficacemente evidenzia TARZIA, op. loc. Cit., p. 372.

³²⁸ Quali le «*astreintes*», istituti caratteristici del diritto francese.

³²⁹ Cfr. in proposito V. LA BROCCA, *L'azione civile contro la discriminazione* cit., p. 1273, il quale precisa che «*la previsione di un sistema di astreintes non rappresenta una banale monetizzazione dei diritti costituzionali, ma costituisce invece un meccanismo diretto a rafforzare, quale elemento di coartazione indiretta, il provvedimento giudiziale, di carattere inibitorio e/o reintegratorio preso a tutela degli stessi*».

³³⁰ Sotto questo profilo l'azione introdotta dalla disciplina in esame si discosta notevolmente dalla struttura che caratterizza il procedimento di repressione della condotta antisindacale, di cui all'articolo 28 dello Statuto dei lavoratori, e quello posto a tutela della parità della lavoratrice, introdotto dall'articolo 15 della l. n. 903/1977. In queste ipotesi il procedimento si articola in una fase a cognizione sommaria che si conclude con un decreto motivato idoneo ad acquisire l'efficacia del giudicato qualora non venga impugnato. La fase di cognizione piena si configura dunque come meramente eventuale.

³³¹ Ricostruzione operata da TARZIA, op. loc. cit., p. 373, il quale ritiene invece inapplicabili, in via analogica, gli artt. 669 *octies* e *novies*, comma I, c. p. c.

³³² Una simile interpretazione restrittiva, sebbene conforme al dettato della norma, potrebbe far dubitare della legittimità costituzionale della legge: «*non si comprende perché, infatti, uno straniero che venga discriminato sul lavoro debba godere di strumenti di tutela più efficaci di uno straniero che subisca discriminazioni, ad esempio, nell'accesso ai servizi scolastici o sanitari*», così M. CERASE, op. loc. cit., p. 294.

³³³ Tale precisazione appare necessaria se si presta attenzione al fatto che tale norma appare modellata sulla base dell'articolo 4, comma V, della l. 125/1991, fatta eccezione per l'inciso che prevede: «*spetta al convenuto l'onere della prova della insussistenza della discriminazione*». Parte della dottrina infatti ritiene che la l. 125 introduca una inversione legale dell'onere della prova (cfr. F. GUARRIELLO, *Le*

lavoratore ricorrente, il quale potrà limitarsi ad allegare precisi dati statistici. La prova statistica si rivela particolarmente utile nell'ipotesi di discriminazione indiretta: spesso, infatti, assegnare un preciso valore discriminatorio a singoli atti, che di per sé potrebbero risultare ambigui o scarsamente significativi è possibile solo grazie all'esame di statistiche che evidenzino contenuti e finalità delle strategie aziendali.

Gli elementi statistici che si rivelino gravi, precisi e concordanti potranno indurre il giudice a presumere il carattere discriminatorio del comportamento del datore di lavoro.

Questi, a sua volta, dovrà provare che le scelte che lo hanno condotto a tale comportamento sono state effettuate esclusivamente sulla base di elementi e requisiti essenziali ossia intrinsecamente connessi al tipo di mansione, alla professionalità richiesta e alle esigenze dell'impresa³³⁵.

Il legislatore ha rafforzato ulteriormente l'apparato protettivo predisposto dall'articolo 44 prevedendo, al comma settimo, che il giudice con la sentenza potrà «condannare il convenuto al risarcimento del danno, anche non patrimoniale». Alla tutela in forma specifica, imprescindibile quando vengano in considerazione diritti fondamentali della persona, si affianca il ristoro dei danni subiti³³⁶.

Con l'introduzione di tale principio si è voluto riconoscere, sul piano socioculturale, «che la discriminazione razziale postula un'offesa profonda all'altrui dignità, tale da determinare una "sofferenza" meritevole di un ristoro del danno simile a quello spettante alla vittima di un reato»³³⁷.

Una sanzione accessoria è prevista altresì dal comma undicesimo per il caso che vengano accertati comportamenti discriminatori «posti in essere da imprese alle quali siano stati accordati benefici ai sensi delle leggi dello Stato o delle Regioni, ovvero che abbiano stipulato contratti di appalto attinenti all'esecuzione di opere pubbliche, di servizi o di forniture».

Il tribunale provvede a comunicare immediatamente gli accertamenti relativi a tali discriminazioni alle amministrazioni pubbliche o agli enti pubblici che abbiano concesso i benefici (incluse le agevolazioni finanziarie o creditizie, o dell'appalto). Le amministrazioni possono procedere alla revoca dei benefici o, nei casi più gravi, escludere il responsabile da qualsiasi agevolazione e da qualsiasi appalto. Si ritiene che l'obbligo di procedere alla suddetta comunicazione sorga solo in seguito all'emanazione della sentenza che definisce il giudizio, vale a dire al termine di almeno un grado del giudizio di cognizione. Infatti il termine «accertamento» è utilizzato con riferimento al contenuto della sentenza ma non relativamente al contenuto dell'ordinanza che chiude la fase di cognizione sommaria³³⁸.

azioni in giudizio, in GAETA, ZOPPOLI, *Il diritto diseguale* cit., pp. 192 e ss.). Giurisprudenza e dottrina vi hanno, invece, in gran parte visto solo un alleggerimento del carico probatorio a favore del ricorrente il quale dovrà comunque provare i fatti sui quali si fonda la domanda ex art. 2697. Solo dopo che sia stata fornita tale prova, il resistente sarà tenuto a difendere la sua posizione dimostrando l'insussistenza della discriminazione. (G. TARZIA, op. loc. cit., p. 366; C. RAPISARDA SASSOON, *La tutela dei soggetti discriminati. Azione individuale, azione pubblica, tentativo di conciliazione*, pp. 73 e ss. Cfr. capitolo I, par. 8).

³³⁴ Così V. E. CICCHITTI, op. loc. cit., p. 740.

³³⁵ Il concetto di «requisiti essenziali» è stato approfondito dall'elaborazione dottrinale sviluppatasi in relazione alla l. n. 125/91. In proposito: S. SCARPONI, *Le nozioni di discriminazione*, cit., pp. 71 e ss.

³³⁶ Le scarse pronunce giurisprudenziali non consentono ancora di verificare l'effettiva applicazione di tale disposizione. Pare invece delinearsi la tendenza a sostituire alla tutela in forma specifica il risarcimento del danno. Cfr. Trib. Milano, 30 marzo 2000, in Foro it., 2000, I, c. 2040; Trib. Bologna, 22 febbraio 2001, in Dir. imm. Citt., I, 2001, p. 101. In proposito Cfr. capitolo III.

³³⁷ Così M. CERASE, op. loc. cit., p. 294.

³³⁸ TARZIA, op. loc. cit., p. 374.

Nell'ambito del rapporto di lavoro, dove più facilmente si verificano discriminazioni che colpiscono gruppi di soggetti accomunati da un fattore di discriminazione, il comma decimo prevede che l'azione possa essere esercitata, oltre che dal singolo individuo, altresì dal sindacato.

Infatti, qualora il datore di lavoro ponga in essere «un atto o un comportamento discriminatorio di carattere collettivo, anche in casi in cui non siano individuabili in modo immediato e diretto i lavoratori lesi dalle discriminazioni», la legittimazione ad agire viene estesa alle rappresentanze locali delle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello nazionale.

Tale legittimazione sembra configurare una legittimazione autonoma del sindacato, portatore di un diritto soggettivo proprio, distinto da quello di cui è portatore il singolo lavoratore. Il sindacato, dunque, non agisce in virtù di una rappresentanza volontaria ex articolo 77, in quanto, a differenza dell'articolo 15, comma primo, l. n. 903/77, l'articolo 44 non specifica che il sindacato debba disporre della delega del lavoratore.³³⁹

In assenza di deroghe ai commi precedenti, il procedimento pare doversi svolgere attraverso le due fasi sopra analizzate, che si svolgono secondo il rito del lavoro. Il giudice con la sentenza che accerta le discriminazioni «ordina al datore di lavoro di definire, sentiti i predetti soggetti e organismi un piano di rimozione delle discriminazioni accertate».

Nonostante i limiti che s'imputano alla disciplina in esame, essa rappresenta, attualmente, lo strumento più efficace a disposizione delle vittime di discriminazione razziali in quanto si tratta di una tutela giurisdizionale particolarmente incisiva, urgente e immediata, ripristinatoria e risarcitoria.

Per questi aspetti peculiari che la caratterizzano è stato sottolineato che tale azione è il risultato degli «sforzi della dottrina, della giurisprudenza ed infine anche del legislatore, tesi alla ricerca di strumenti che garantiscano un più alto tasso di effettività dei diritti fondamentali attraverso una loro maggiore giustiziabilità processuale»³⁴⁰.

SEZIONE II: LA DIRETTIVA 43/2000/CE.

3. L' ambito di applicazione.

In occasione del Consiglio europeo di Tampere del 15 e 16 Ottobre 1999, su concorde posizione dei capi di governo e del Parlamento europeo, la Commissione è stata sollecitata a dare attuazione all'art. 13 del Trattato di Amsterdam.

E' stata quindi approvata la direttiva 2000/43/CE del Consiglio del 29 Giugno 2000 che attua il principio della parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica. Tale direttiva rappresenta per l'Europa un'opportunità storica di garantire un contributo durevole alla lotta per l'eguaglianza razziale. E' doveroso precisare che l'Unione europea respinge le teorie che tentano di dimostrare

³³⁹ Così V. E. CICCHITTI, op. loc. cit., p. 741.

³⁴⁰ V. LA BROCCA, *L'azione civile* cit., pp. 1256 e ss.

l'esistenza di razze umane distinte, aderendo totalmente ai principi espressi nella convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, adottata nell'ambito delle Nazioni Unite nel 1965, che condanna ogni propaganda ed ogni organizzazione che si ispiri a idee o teorie fondate sulla superiorità di un gruppo di persone di un certo colore o di una certa origine etnica.

Nell'arco di tre anni dall'emanazione della suddetta direttiva tutti gli stati membri dell'UE si sono attivati per adeguare le rispettive legislazioni in modo tale da attuarne i principi e rendere pertanto effettiva la tutela contro le discriminazioni in essa contenuta.

La direttiva si applica a tutte le persone sia del settore pubblico che del settore privato, compresi gli organismi di diritto pubblico. In tal modo si discosta notevolmente dalle disposizioni precedenti che non si rivolgevano così chiaramente alla discriminazione posta in essere dai privati.

Inoltre, particolarmente significativo appare il contenuto del *considerando* n. 16, nel quale, dopo aver dichiarato l'importanza di proteggere tutte le persone fisiche contro le discriminazioni, si invitano gli Stati membri a prevedere una protezione – conformemente alle rispettive tradizioni e prassi nazionali – altresì per le persone giuridiche che possono essere discriminate a causa della razza o dell'origine etnica dei loro membri.

Le aree in cui frequentemente si verificano le discriminazioni razziali sono espressamente indicate dal dettato normativo in esame e riguardano l'occupazione e le condizioni di lavoro, comprese le condizioni di licenziamento e la retribuzione, l'accesso all'occupazione e al lavoro anche autonomo, la formazione professionale, e tutto ciò che concerne la protezione sociale sia nell'aspetto dell'assistenza sanitaria che in quello dell'istruzione e dell'accesso ai beni e servizi alla loro fornitura compreso l'alloggio.

Appare evidente che il divieto di discriminazione esorbita di molto dall'ambito lavoristico per tipizzare e sanzionare disparità di trattamento che riguardano la dimensione dell'agire sociale dell'individuo appartenente ad una certa razza o etnia. Infatti, come si è sottolineato³⁴¹, la Comunità europea sceglie di condurre la lotta contro la discriminazione non soltanto sul terreno del lavoro, ma sul campo più ampio e complesso della società e delle sue strutture di aggregazione e rappresentanza, e ciò allo scopo di «assicurare lo sviluppo di società democratiche e tolleranti che consentono la partecipazione di tutte le persone a prescindere dalla razza o dall'origine etnica» (*considerando* n. 12). Per tali motivi si è affermato che la direttiva n. 43/2000 (così come, del resto, la n. 78/2000) riveste un valore immediato «testimoniando il solidificarsi dell'interesse comunitario verso il profilo dei diritti fondamentali a fronte di quella che è stata non senza ragione definita come una iniziale “scarsa elaborazione concettuale del tema”» e ciò in quanto, non concernendo semplicemente gli angusti aspetti della libera circolazione o del mercato, si inserisce invece «in quella dinamica virtuosa che conduce progressivamente la Comunità ad aprirsi ad una dimensione più ampia, una dimensione anche istituzionale, politica e sociale»³⁴².

L'importante innovazione introdotta dalla direttiva del 2000 è però mitigata dal paragrafo 2 dell'art. 3, laddove è prevista un'eccezione per la diversità di trattamento basata sulla nazionalità. Infatti la direttiva «non pregiudica le disposizioni e le condizioni relative all'ingresso e alla residenza di cittadini di paesi terzi e di apolidi

³⁴¹ Cap. I, parr. 5 e 8.

³⁴² N. FIORITA, *Le direttive comunitarie in tema di lotta alla discriminazione, la loro tempestiva attuazione e l'eterogenesi dei fini*, in Quad. dir. e pol. eccl., 2004, fasc. II, pp. 361 ss.

nel territorio degli Stati membri, né qualsiasi trattamento derivante dalla condizione giuridica dei cittadini di paesi terzi o degli apolidi interessati».

Tale eccezione può tradursi, allora, in una scappatoia di notevole portata in quanto alcuni governi potrebbero richiamarsi ad essa al fine di giustificare la discriminazione contro i cittadini di stati terzi nel lavoro, nell'educazione e per ciò che attiene all'abitazione. Interpretare, quindi, questa disposizione in modo da rendere legittima ogni e qualsiasi discriminazione contro i cittadini di stati terzi, peraltro le principali vittime della discriminazione razziale ed etnica, significherebbe disarmare la direttiva e garantire solo formalmente la tutela antidiscriminatoria.

Appare evidente, però, che questa non è stata l'intenzione del Consiglio europeo, così come emerge anche dalla lettura del paragrafo 13 del Preambolo alla direttiva, laddove è espressamente previsto che *«il divieto di discriminazione dovrebbe applicarsi anche nei confronti dei cittadini di Paesi terzi».*

Pertanto occorre interpretare tale disposizione in modo restrittivo, circoscrivendone l'ambito al campo dell'immigrazione, dove agli stati è stata riconosciuta una notevole autorità per distinguere sulle basi della cittadinanza³⁴³.

Tale lettura è perfettamente compatibile, del resto, con la Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale.

Perplesità ha suscitato, altresì, la scelta del legislatore comunitario di scindere l'elemento razziale da quello religioso, predisponendo per i due fattori una differente tutela normativa, contenuta per il primo elemento nella direttiva in esame e per il secondo nella direttiva n. 78/2000, con esclusivo riferimento, tuttavia, al settore dell'occupazione.

La dottrina ha sottolineato, infatti, come razza e religione rappresentino nella realtà un binomio indissolubile in quanto, nella maggior parte dei casi, appare difficile distinguere se una discriminazione si fondi esclusivamente sul fattore razza o sul fattore religione, o come di norma accade, su entrambi. E tanto meno comprensibile appare tale scissione, se si analizza l'art. 13 del Trattato di Amsterdam, nel quale trovano fondamento le direttive in questione, ove i due fattori sono trattati congiuntamente.

Per tali ragioni, sarebbe stato opportuno introdurre un riferimento al fattore religioso altresì nella direttiva n. 43/2000, in tal modo approntando un sistema di protezione più completo ed efficace³⁴⁴.

4. Fattispecie.

L'esame della nozione di discriminazione deve necessariamente essere condotto alla luce di un'osservazione preliminare: il contenuto dell'articolo 2 è fortemente carente per quanto concerne il profilo della definizione di concetti chiave³⁴⁵, in quanto non chiarisce quale sia il significato della locuzione *“origine razziale ed etnica”*³⁴⁶.

L'argomento, ricco di implicazioni, meriterebbe indubbiamente una articolata trattazione, ma la vastità della materia impone, in questa sede, di limitarsi a qualche rapida osservazione.

³⁴³ J. GOLDSTON, *Nuove prospettive in tema di discriminazione razziale. Considerazioni a partire dalla direttiva 43/2000*, in *Dir.imm.cit.*, 2001, fasc. II, pp. 16 ss. In proposito, c.f.r. altresì A. PALLADINI, *L'attuazione delle direttive comunitarie contro le discriminazioni di razza, etnia, religione o convinzione personale, handicap, età e orientamento sessuale*, cit., pp. 39 ss.

³⁴⁴ N.FIORITA, op. cit., p. 363.

³⁴⁵ C.BROWN, *The race directive : towards equality for “all” the peoples of Europe?*, Y. E. L., 2001-2002, XXI, pp. 204 ss.

³⁴⁶ In proposito, tra gli altri, R. NUNIN, *Recepito le direttive comunitarie in materia di lotta contro le discriminazioni*, cit., p.907, ove si sottolinea che la direttiva non specifica neppure se “razza” e “origine etnica” costituiscano un unico concetto o se si tratti, invece, di due concetti separati.

Il legislatore comunitario si limita a chiarire, al *considerando* 6, 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*»³⁴⁷.

Questa affermazione di principio, di grande rilievo sul piano politico, sotto il profilo più strettamente giuridico lascia irrisolto il problema dell'identificazione dei comportamenti vietati.

Gli operatori pratici, in particolare i giudici nazionali e la Corte di giustizia, si troveranno, dunque, nella condizione di dover attingere dalla realtà sociale gli elementi atti a definire la razza e i comportamenti ad essa riferiti.

Le difficoltà insite in questo modo di procedere appaiono evidenti qualora si osservi che il termine "razza" è solo un "*espediente classificatorio*"³⁴⁸, utilizzato dagli etnologi allo scopo di catalogare gli uomini suddividendoli sulla base di quelle caratteristiche fisiche che possono essere trasmesse per via ereditaria, come il colore della pelle, i tratti somatici e la forma del cranio, il tipo di capelli, le proporzioni del corpo e così via³⁴⁹.

Si tratta, com'è evidente, di una spiegazione vaga ed imprecisa, e proprio per questo spesso utilizzata in modo arbitrario³⁵⁰.

Ancora più imprecisi si rivelano i contorni della categoria in esame con riferimento al lessico giuridico in cui il termine ricorre nelle leggi razziste, fondate sull'idea della superiorità di un gruppo di persone su un altro, e nella normativa antidiscriminatoria volta, al contrario, a censurare ogni comportamento che su tali ideologie si fondi³⁵¹. Per tali motivi, dunque, una maggiore chiarezza del dettato normativo sarebbe stata indubbiamente auspicabile.

La fattispecie discriminatoria, così come si delinea nell'articolo 2, appare ampia ed articolata, a dimostrazione dell'intento del legislatore di dettare una disciplina capace di "colpire" ogni manifestazione del fenomeno.

Vengono individuate, infatti, quattro forme di discriminazione: la discriminazione diretta, quella indiretta, l'ordine di discriminare ed, infine, le molestie.

In primo luogo il divieto riguarda, dunque, la discriminazione diretta, che si verifica quando «*a causa della sua razza od origine etnica, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga*».

La discriminazione è "diretta" proprio in quanto la razza o l'origine etnica costituiscono la causa immediata, la motivazione posta alla base del trattamento deteriore.

³⁴⁷ Per una definizione di questi "concetti-chiave" si rende necessario l'esame di altre fonti normative, emanate in ambito internazionale: utile in tale prospettiva la Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale (adottata nell'ambito delle Nazioni Unite il 21 dicembre 1965), la quale afferma all'articolo 1 che con l'espressione "discriminazione razziale" si intende «*ogni distinzione, esclusione, restrizione o preferenza fondata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine etnica che ha per scopo o per effetto di distruggere o compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di eguaglianza, dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale, e culturale e in ogni altro campo della vita pubblica*». La Convenzione detta dunque una definizione molto ampia, che ricomprende un insieme eterogeneo di concetti, ma non è d'aiuto ai fini della ricostruzione del significato del termine 'razza'.

³⁴⁸ M.V. BALLESTRERO, *Lavoro subordinato e discriminazione fondata sulla cittadinanza*, cit., p. 533.

³⁴⁹ SALZA, *Razzismo*, in Diz. Pol., diretto da Bobbio e Matteucci, Utet, Torino, 1976, p. 846.

³⁵⁰ G. MODIANO, *Razza*, Enc. del novecento, Treccani, Roma, 1980, V, p. 1032.

³⁵¹ M. V. BALLESTRERO, op. loc. cit., p. 533.

Per valutare la sussistenza della violazione si deve procedere ad una comparazione che si estenda non solo a situazioni in atto o passate, ma, addirittura, alle situazioni ipotetiche³⁵².

Opportunamente il legislatore, al comma 4, equipara alla discriminazione l'ordine di eseguirla, in modo che l'esecutore ed il mandante soggiacciano alle stesse sanzioni.

Particolare rilievo assume la previsione come azione discriminatoria delle molestie, segno della consapevolezza del legislatore comunitario della proliferazione di simili condotte, spesso subdole e insidiose, per le quali, dunque, si è ritenuto necessario apprestare adeguati strumenti di contrasto³⁵³. L'art. 2 c. III definisce le molestie come comportamenti indesiderati – adottati per motivi di razza o origine etnica - aventi lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona o di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante od offensivo³⁵⁴.

Sulla base di un consolidato principio di diritto comunitario³⁵⁵, la norma estende il divieto, altresì, alla discriminazione indiretta, la quale si verifica quando «una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere persone di una determinata razza od origine etnica in una situazione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone» a meno che la disuguaglianza sia oggettivamente giustificata da una finalità legittima, perseguita con mezzi appropriati e necessari.

Si verifica dunque la situazione descritta quando gli effetti pregiudizievoli si riversano sul soggetto tutelato non direttamente, in quanto appartenente ad una determinata razza o etnia, ma in seguito all'applicazione di criteri solo apparentemente neutri, in realtà tali da porre gli interessati «in posizione di particolare svantaggio»³⁵⁶.

La nozione di discriminazione indiretta recepita in questa formula è il risultato di un processo di graduale elaborazione e consolidamento, condotto dalla giurisprudenza comunitaria in relazione alla discriminazione di genere³⁵⁷.

Infatti, a partire dalla norma sulla parità retributiva contenuta nel Trattato istitutivo della CE³⁵⁸, sulla base del quale sono state emanate le direttive comunitarie degli anni '70 relative alla parità retributiva (75/117) e alla parità di trattamento (76/207), ha avuto inizio un'intensa attività interpretativa della Corte di Giustizia, volta a dispiegare le potenzialità insite nella disciplina comunitaria³⁵⁹.

³⁵² Così, L. SAPORITO, *La condizione giuridica dell'immigrato extracomunitario: divieto di discriminazione e parità di trattamento*, cit., pp. 1245 ss.

³⁵³ R. NUNIN, *Recepito le direttive comunitarie in materia di lotta contro le discriminazioni*, cit., p.907.

³⁵⁴ Sulla nozione di molestie offerta dalla direttiva e riportata invariata dal testo del D.lgs. 215/2003 ci si soffermerà nella sez. III, dedicata all'analisi del decreto 215.

³⁵⁵ A. PALLADINI, *L'attuazione delle direttive comunitarie* cit., p. 46, ove si specifica che il principio, dopo essere stato espressamente enunciato dal Regolamento n. 1612 del 1968 e richiamato nella direttiva n. 117/75/CE, è stato via via meglio specificato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, prima di venire sancito definitivamente nella direttiva n. 40 del 1997 sulla discriminazione di genere.

³⁵⁶ Sottolinea L. SAPORITO, op. cit., pp. 1255 ss., come, attraverso tale inciso, il legislatore comunitario ha disancorato il giudizio sulla natura discriminatoria indiretta dell'effetto penalizzante dall'elemento "quantitativo". Se, infatti, si ha riguardo alla definizione di discriminazione indiretta offerta dalla direttiva 97/80/CE (che precede solo di pochi anni la definizione in esame), si può cogliere come in essa si attribuisca rilievo esclusivamente alle discriminazioni indirette, fondate sul sesso, che siano tali da colpire «una quota nettamente più elevata di individui d'uno dei due sessi».

³⁵⁷ P. CHIECO, *Il divieto di discriminazione*, Riv. it. Dir. lav., 2002, I, pp. 88 e ss.; V.E. CICCHITTI, op. loc. cit, p. 732.

G. DE SIMONE, *Dai principi alle regole* cit., p. 49, la quale sottolinea, come si è detto (cap. I par. 8), che dall'esame della produzione normativa in materia emerge chiaramente che «tutte le normative antidiscriminatorie sono tributarie, esplicitamente o implicitamente, della nozione di discriminazione che si è venuta formando nel diritto nazionale e comunitario in relazione al genere».

³⁵⁸ Come si è avuto modo di sottolineare nel cap.I.

³⁵⁹ In proposito appare interessante la ricostruzione operata da M. V. BALLESTRERO, op. loc. cit., pp. 508-509, in cui si afferma che l'elaborazione della corte di giustizia in ambito di discriminazione

In questo senso appare da condividere l'osservazione che nella direttiva 2000/43 «*il punto di approdo in tema di discriminazioni di genere diventa il nuovo punto di partenza*»³⁶⁰.

Ma la formula dell'articolo 2 appare ispirarsi anche alle pronunce giurisprudenziali in tema di discriminazione per motivi di nazionalità³⁶¹, riconfermando la teoria secondo la quale è corretto parlare di «*unitarietà della nozione comunitaria di discriminazione*»³⁶². Infatti, anche in questa formula, così come in relazione alla discriminazione uomo-donna e per la cittadinanza, emerge che il legislatore accoglie una nozione oggettiva di discriminazione ed in questo modo opta per non lasciare spazio a valutazioni relative all'*animus nocendi* della parte attiva della condotta³⁶³. Ciò che rileva è, esclusivamente, il fatto che il pregiudizio si produca o possa prodursi. Ne deriva, dunque, che la tutela può essere attivata anche in assenza di un pregiudizio concreto.

Non sono richieste, allo scopo di integrare la fattispecie, valutazioni relative al “*gap*” tra soggetti pregiudicati e non. Sotto questo profilo si coglie una rilevante differenza rispetto all'analoga disposizione contenuta nel T.U. 286/98, la quale richiede che i «*criteri svantaggino in modo proporzionalmente maggiore i lavoratori appartenenti ad una determinata razza ...*».

Limitatamente all'ambito della costituzione del rapporto di lavoro il divieto trova, però, un limite nella disposizione dell'articolo 4, la quale consente agli Stati membri di introdurre deroghe all'articolo 2 (parr. 1 e 2). Gli Stati potranno infatti «*stabilire che una differenza di trattamento basata su una caratteristica correlata alla razza o all'origine etnica non costituisca discriminazione laddove, per la natura di un'attività lavorativa o il contesto in cui essa viene espletata, tale caratteristica costituisca un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, purché l'obbiettivo sia legittimo e il requisito proporzionato*».

Questa ipotesi appare configurarsi più come fattispecie esterna ed estranea al divieto che non come un'eccezione all'operatività della norma³⁶⁴. Infatti, la possibilità di porre legittimamente i motivi tipizzati nella direttiva a fondamento di una differenza di trattamento è la naturale conseguenza dell'essenzialità di caratteristiche, in contrasto

sessuale ha avuto origine grazie alla famosa sentenza *Defrenne II*, dell'otto aprile 1976, (C-23/75). Infatti proprio a partire da questa pronuncia la Corte ha affermato l'applicazione diretta orizzontale dell'articolo 119, distinguendo, a tal fine, le “applicazioni dirette e aperte”, accertabili sulla base dell'art.119, da quelle “indirette e dissimulate”, per l'accertamento delle quali occorrono disposizioni più precise, sia di diritto comunitario che interno.

In questa sentenza si può individuare la prima fase di un percorso particolarmente complesso, che ancor oggi non può considerarsi concluso, dal quale emerge la caratteristica fondamentale del concetto di discriminazione: la dinamicità. Appare utile richiamare altresì la sentenza *Bilka*, del 13 maggio 1986, causa 170/84, in Racc., 1986, pp. 1607 e ss. e la sentenza *Rummler* del 1 luglio 1986, causa 170/85, in quanto il percorso interpretativo in esse intrapreso ha condotto alla prima chiara enunciazione del concetto di discriminazione indiretta (M. V. BALLESTRERO, op. loc. cit.; T. PEREZ DEL RIO, *Parità retributiva*, Diz. dir. lav., IV, 1995, p. 342).

³⁶⁰ G. DE SIMONE, op. loc. cit., p. 60.

³⁶¹ P. CHIECO, op. loc. cit. p. 88. Come emerge dalla relazione di accompagnamento della Commissione alla proposta di direttiva, che contiene un espresso riferimento alla decisione *O'Flynn c. Adjudication Officer*, del 23 maggio 1996, causa 237/94, Racc. 1996, p. 2417. La pronuncia in questione contiene, infatti, ampi riferimenti alla giurisprudenza precedente relativa alla costruzione del divieto di discriminazione in tema di nazionalità.

³⁶² M. V. BALLESTRERO, op. loc. cit., p. 508.

³⁶³ Tra gli altri, sul punto, L. SAPORITO, op.cit., p.1255, la quale afferma che: «*la direttiva accoglie una nozione di discriminazione indiretta piuttosto estesa – addirittura più ampia della concezione accolta dalla Suprema Corte statunitense- la quale prescinde dall'intenzione di nuocere e reputa sufficiente una differenza di trattamento non assistita da una giustificazione oggettiva e ragionevole ai fini dell'integrazione della fattispecie*».

³⁶⁴ P.CHIECO, op. loc. cit.

con i motivi stessi, per lo svolgimento dell'attività lavorativa. Essenzialità che dovrà essere valutata, di volta in volta, attraverso un'indagine incrociata che coinvolga sia il profilo del contenuto e della collocazione della posizione di lavoro (la "natura dell'attività"), sia il profilo delle caratteristiche oggettive e degli scopi dell'organizzazione del datore di lavoro (il "contesto" in cui viene espletata).

La legittimità della differenziazione è subordinata, inoltre, alla sussistenza di due ulteriori presupposti, che limitano ulteriormente la discrezionalità del datore di lavoro: la finalità legittima e la proporzionalità del requisito³⁶⁵.

Attraverso tali previsioni il legislatore comunitario introduce una clausola di flessibilità alla regola generale, con l'evidente finalità di non soffocare eccessivamente i diritti dei datori di lavoro che per oggettive ragioni debbano avvalersi di lavoratori selezionati sulla base di caratteristiche personali che consentano solo a loro di svolgere date attività lavorative, ma circoscrivendo rigorosamente una simile possibilità.

SEZIONE III: IL DECRETO LEGISLATIVO 9 LUGLIO 2003, NR. 215.

Per il discorso svolto in questa sede, appare indispensabile procedere all'analisi, in particolare, degli artt. da 1 a 5 del Decreto in esame.

Queste norme definiscono rispettivamente: **1)** la funzione perseguita con l'emanazione dello stesso Decreto (articolo 1 – Oggetto); **2)** la fattispecie discriminatoria, contro la quale si offre protezione (art. 2 – Nozione di discriminazione); **3)** l'ambito di applicazione (art. 3); **4)** la tutela giurisdizionale (art. 4 – Tutela giurisdizionale dei diritti e art. 5 – Legittimazione ad agire)³⁶⁶.

³⁶⁵ Rileva, in proposito, N. DURANTE, *La tutela contro la discriminazione razziale (art. 43 e 44 del T.U. sull'immigrazione) applicazioni giurisprudenziali*, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>, che la condizione della "finalità legittima" appare del tutto superflua, in quanto, qualora il datore di lavoro persegua una finalità illegittima o illecita (sul piano della finalità della singola prestazione lavorativa o su quello, più generale, del complesso dell'attività produttiva svolta), ci si troverà dinanzi al problema della nullità del contratto di lavoro per illiceità della causa o dell'oggetto, piuttosto che a quello dell'illegittima considerazione di caratteristiche personali correlate ai motivi tipizzati dalla normativa in esame. In riferimento al requisito della proporzionalità, invece, l'autore suggerisce una lettura che consenta di considerarlo afferente non al requisito dell'essenzialità della caratteristica personale considerata, ma alla natura ed al contenuto dell'attività lavorativa. Ciò in quanto, in tal modo, esso darebbe «fondamento normativo all'orientamento, da tempo emerso nella giurisprudenza e nella dottrina riguardo alle c.d. imprese di tendenza, in base al quale occorre differenziare le attività e le posizioni lavorative in ragione del maggiore o minore coinvolgimento dei lavoratori, in ognuna di esse, nella realizzazione della tendenza, secondo una graduazione di intensità che ben si presta ad essere valutata alla luce della proporzionalità».

³⁶⁶ A proposito dell'Ufficio per il contrasto delle discriminazioni, cfr. M. GENTILE, *Attribuita la legittimazione ad agire in giudizio alle associazioni iscritte nell'apposito registro*, in Guida dir., 2003, n. 37, pp. 27 e 30.

5. La funzione (art. 1 – Oggetto).

La *ratio* delle norme in esame è indicata *sub* art. 1, il cui tenore letterale e contenuto rimandano direttamente alla Direttiva 2000/43/CE e denunciano la volontà di dare attuazione alla stessa.

Queste disposizioni sono infatti «*relative all’attuazione della parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall’origine etnica*» e dettano «*le misure necessarie affinché le differenze di razza o di origine etnica non siano causa di discriminazione, anche in un’ottica che tenga conto del diverso impatto che le stesse forme di discriminazione possono avere su donne e uomini, nonché sull’esistenza di forme di razzismo a carattere culturale e religioso*».

L’art. 1 in esame acquista un evidente significato politico-programmatico, mentre meno chiara è la portata precettiva della disposizione: esso sembra corrispondere, in sostanza, all’art. 1 (“Obiettivo”) della direttiva 2000/43/CE.

Si apprende, dunque, che le norme in esame sono funzionali all’attuazione del principio che vieta la discriminazione per motivi di razza o di origine etnica.

L’esistenza di questo principio è presupposta: lo stesso art. 2 (Nozione di discriminazione) dirà in che cosa consiste la discriminazione vietata e specificherà cosa deve intendersi quale principio di parità di trattamento “*ai fini del presente decreto*”.

La fonte di questo principio, dunque, non può rinvenirsi nel D.Lgs. 215/03: come si è dimostrato in precedenza, esso discende invece dalle norme costituzionali ed essenzialmente dall’art. 3 Cost.

Ferma l’esistenza e la valenza costituzionale del principio, il legislatore ordinario è intervenuto per dare allo stesso concreta attuazione, delineando un sistema di tutela nel rispetto della direttiva comunitaria.

Questo obiettivo è chiaramente indicato dall’art. 1 che si esamina.

Tuttavia, questa norma appare meno chiara quando richiama il “*diverso impatto*” che la condotta discriminatoria per le differenze di razza od origine etnica può avere «*su donne e uomini, nonché sull’esistenza di forme di razzismo a carattere culturale e religioso*».

La formulazione letterale di questa parte della disposizione non ha precedenti, né nel Testo Unico, né nella direttiva 2000/43/CE; ci si chiede quale significato ascriverle e soprattutto se essa possieda un contenuto precettivo.

Non sembra, infatti, che il legislatore abbia voluto realmente estendere il suo intervento ad aree altrove ampiamente e specificamente considerate, come quella della parità uomo-donna³⁶⁷.

Sembra, semmai, che si sia voluta porre in evidenza la maggiore esposizione del sesso femminile rispetto ai comportamenti discriminatori a causa della razza od origine etnica: in sostanza, si vuol dar conto del fatto che le donne rischiano di soffrire maggiormente l’impatto di tale discriminazione e che di questo aspetto si è tenuto conto nell’elaborazione delle norme seguenti, nelle quali, dunque, si prende atto del fenomeno, già noto all’ordinamento comunitario, delle discriminazioni multiple o doppie³⁶⁸. Si è rilevato, in proposito, come nel nostro ordinamento solo «*in anni recenti si inizia a riflettere sul concetto di forme multipla di discriminazione o di discriminazione incrociata, indispensabile per poter cogliere le conseguenze della azione combinata di più condizioni di esposizione al rischio di discriminazione*». In relazione, poi, agli effetti della sovrapposizione tra più fattori di discriminazione, si è

³⁶⁷ Ci si è soffermati nell’ambito del cap. I sull’ampia normativa dettata in ambito di discriminazione di genere, sia a livello comunitario che interno.

³⁶⁸ A. PALLADINI, *L’attuazione delle direttive comunitarie contro le discriminazioni di razza, etnia, religione o convinzione personale, handicap, età e orientamento sessuale*, cit., p. 44.

chiarito che «quando si utilizza la formula di “discriminazione multipla” si deve essere consapevoli che non si è in presenza di una mera sommatoria di fattori, quanto piuttosto di fattori che interagiscono tra di loro producendo ricadute negative esponenziali»³⁶⁹.

Pone maggiori problemi, invece, il riferimento a “forme di razzismo a carattere culturale e religioso”.

In particolare, occorre domandarsi se rientri nell’oggetto della normativa un comportamento discriminatorio causato soltanto dalla diversità di cultura o di credo religioso: in altre parole, potrà invocare la tutela prevista dal Decreto colui che lamenti di essere stato discriminato in ragione della propria area culturale o della propria fede, pur quando il comportamento in suo danno non fosse causato dalla razza o dall’origine etnica (ad esempio, nel caso di un cittadino italiano, seguace di un credo orientale e, a suo dire, per tale motivo discriminato, magari con il rifiuto di concedergli in locazione un appartamento)?

È vero, infatti, che non si può sopravvalutare il significato dell’art. 1 D.Lgs. 215/03, innanzi tutto perché, come detto, esso sembra svolgere una funzione essenzialmente politico-programmatica, più che immediatamente precettiva.

In questo senso, la fattispecie discriminatoria e l’ambito di applicazione di queste norme saranno piuttosto descritti dagli articoli successivi.

Del resto, la rubrica e il preambolo di questo testo normativo confermano la volontà di attuare il principio che vieta la discriminazione per la razza e l’origine etnica; lo stesso art. 1 D.Lgs. 215/03 inizia, appunto, enunciando chiaramente tale obiettivo.

Se queste osservazioni sono valide e convincenti, dovrebbe concludersi che il comportamento discriminatorio, per rientrare nelle previsioni del D.Lgs. 215/03, dovrebbe basarsi anche (prima di tutto) sulla razza e sull’origine etnica; anzi, più propriamente, sulla razza o sull’origine etnica, ammessa una diversità giuridicamente rilevante tra i due concetti (di razza e di etnia).

Il richiamo alle “forme di razzismo a carattere culturale e religioso” conserverebbe, allora, un rilievo limitato a quelle ipotesi in cui, come spesso avviene, la dimensione religiosa e quella razziale - o etnica - sono inscindibilmente connesse.

Si pensi al cittadino italiano di origine ebraica, ligio al suo credo religioso, che lamenti di essere stato vittima di un comportamento discriminatorio basato sulla sua appartenenza etnica³⁷⁰.

In casi simili, sarebbe improprio negare la protezione offerta dalle norme in esame, solo in virtù della difesa opposta dal convenuto, che sottilmente deducesse, quale causa del suo comportamento, non l’origine etnica ma il particolare credo del ricorrente.

Se si accogliesse tale lettura, indubbiamente conforme alla lettera della legge, si dovrebbe ritenere che la diversità di cultura o di religione, diano luogo alla tutela apprestata dal D.lgs. 215/2003 esclusivamente nell’ipotesi in cui tali elementi contribuiscano a identificare e caratterizzare una razza o un’etnia.

Ci si chiede, tuttavia, se questa lettura sia l’unica possibile. Ulteriori considerazioni, infatti, inducono a propendere per un’interpretazione meno restrittiva dell’articolato normativo.

L’art. 1, concernente l’oggetto, infatti, non può essere letto isolatamente, ma va analizzato alla luce delle norme che seguono ed in particolare della disposizione

³⁶⁹ D.GOTTARDI, *Dalle discriminazioni di genere alle discriminazioni doppie o sovrapposte: le transizioni*, cit. in particolare pp. 455 ss.

³⁷⁰ Sottolinea A. PALADINI, op. cit., p. 44, come in contesti come quello dell’ebraismo si coglie con particolare evidenza la difficoltà di scindere l’elemento dell’origine etnica dalla componente più spiccatamente religiosa, in quanto «la componente discriminatoria antisemita si presenta profondamente intrinsecata con quella fondata sull’elemento religioso».

dell'art. 2, concernente la fattispecie, ove viene fatto salvo il disposto dell'art. 43 comma I e II.

La questione nasce da fatto che l'art. 43 comma 1 del Testo Unico, nella parte richiamata, vieta, tra l'altro, la discriminazione basata sulle “*convinzioni e le pratiche religiose*”.

Ove non si voglia privare del tutto di significato tale richiamo, si deve concludere che la fattispecie discriminatoria risulti descritta dal combinato disposto di tali disposizioni e che il fattore religione, omesso nell'ambito della rubrica e del preambolo, riemerge, invece, nel momento in cui viene tracciata la definizione di discriminazione³⁷¹.

Tale ricostruzione consentirebbe, dunque, di attribuire al fattore religioso un rilievo ben maggiore, in quanto esso potrebbe essere considerato autonomamente, anche se sganciato dal fattore razza³⁷².

6. La nozione di discriminazione (art. 2).

L'art. 2 chiarisce che, per principio di parità di trattamento, “*ai fini del presente decreto*”, deve intendersi «*l'assenza di (quindi, il divieto di praticare) qualsiasi discriminazione diretta o indiretta a causa della razza o dell'origine etnica*».

Si ripropone identica, in tal modo, la formula dell'art. 2, comma 1 della direttiva 2000/43/CE³⁷³.

Il legislatore, invece, ha evitato opportunamente di ripetere quanto disposto dall'art. 43, comma 1 del Testo Unico, laddove, per definire in generale il concetto di discriminazione, richiamava quelli di “*distinzione, esclusione, restrizione o preferenza*”. Questa elencazione dei possibili contenuti concreti della discriminazione era inutile sotto due profili: da un lato, perché la nozione di discriminazione è – sotto il profilo letterale – sufficientemente chiara; dall'altro, perché quell'elenco riproponeva a sua volta una serie di formule linguistiche, che, a rigore, sarebbe stato necessario ulteriormente definire, avviando una serie di rimandi potenzialmente inesauribile. Inoltre, qualunque elenco contenuto in una norma pone all'interprete il problema del carattere esemplificativo o tassativo delle indicazioni che vi sono inserite³⁷⁴.

Anche la nozione di “*discriminazione diretta*” e quella di “*discriminazione indiretta*”, entrambe idonee a determinare la tutela in questione, sono desunte, con espressioni

³⁷¹ C.f.r. sul punto B. TROISI, *Profili civilistici del divieto di discriminazione*, in corso di pubblicazione, il quale va oltre tali considerazioni, affermando che il richiamo contenuto nell'art. 2 del D.lgs. all'art. 43 del T.U., dovrebbe indurre ad una lettura ancora più ampia dell'ambito di applicazione del decreto, che ricomprenda altresì fattori considerati dall'art. 43, vale a dire, oltre razza ed etnia, il colore, l'ascendenza, l'origine nazionale, le convinzioni e le pratiche religiose.

³⁷² Si è visto, del resto, che anche a proposito della tutela penalistica (capitolo I, paragrafo 4), la legge 205/93, innovando rispetto alla precedente L. 654/75, ha esplicitamente considerato la discriminazione indotta dalla diversità di religione.

³⁷³ In dottrina si è rilevato, pressoché unanimemente, come il decreto 215 del 2003 ed il decreto 216 del 2006 ricalchino pedissequamente le direttive cui danno attuazione, in proposito c.f.r., a titolo d'esempio, A. PALLADINI, op.cit., p.43; M. RIZZO, *Il recepimento italiano delle direttive comunitarie n. 43 del 29.06.2000 e n.78 del 27.11.2000*, in Riv. Crit.dir.lav., 2004, fasc. II, pp. 221 ss., la quale afferma che «*sia il d.lgs. 215/2003 che il d.lgs. 216/2003 si palesano in gran parte conformi alle direttive, e anzi replicanti addirittura la terminologia ed il frasario delle stesse*».

³⁷⁴ Nel caso di specie, ci si era già espressi per la prima delle due alternative, a proposito dei riferimenti contenuti nell'art. 43 comma 1 Testo Unico: cfr. la Sezione I di questo capitolo e l'opinione di V. LA BROCCA, op. loc. cit., pp. 1246 e ss.

sostanzialmente coincidenti, dal testo della direttiva 2000/43/CE (si veda l'art. 2, comma 2, lettere *a* e *b*)³⁷⁵.

Giustamente, si ritiene, il legislatore nazionale, dettando la definizione di discriminazione indiretta, fa però riferimento non solo a “*una disposizione, un criterio o una prassi*” con apparenza neutra ed effetti – almeno potenzialmente – discriminatori, ma anche agli *atti*, ai *patti* e ai *comportamenti*.

E' chiara in tal modo la scelta di ampliare l'ambito di operatività della tutela antidiscriminatoria, facendo rientrare nell'ambito del divieto di discriminazione ogni possibile forma dell'agire umano, abbia essa carattere generale o particolare, unilaterale o pattizio, volontario o involontario (in tal senso si comprende il riferimento ai comportamenti)³⁷⁶.

In questo caso, lo sforzo definitorio, compiuto nell'elaborazione della direttiva 2000/43/CE e ripreso (sostanzialmente) immutato dall'art. 2 comma 2 del decreto d'attuazione, deve valutarsi positivamente.

Ciò si dice sia tenendo conto delle difficoltà di comprendere, in assenza di adeguata nozione legislativa, in che cosa potesse consistere il comportamento indirettamente discriminatorio; sia, peraltro, con riguardo alla definizione concretamente offerta dalla norma in esame, considerando che, sotto questo profilo, essa sembra esprimere chiaramente la volontà del legislatore.

Deve rilevarsi una notevole differenza tra le nozioni di discriminazione diretta e di discriminazione indiretta.

La prima consiste nel trattare una persona meno favorevolmente – a causa della razza o dell'origine etnica – rispetto a quanto è o sarebbe avvenuto per un'altra (in condizioni analoghe).

La seconda deve invece ravvisarsi in presenza di fatti³⁷⁷ apparentemente neutri ma che “*possono mettere*” una persona in una “*posizione di particolare svantaggio*” rispetto ad altre, sempre a causa della razza o dell'origine etnica.

La discriminazione diretta sussiste quindi solo in presenza di un pregiudizio effettivo; quella indiretta può essere integrata anche dal pericolo che si realizzi tale “*particolare svantaggio*”. Utilizzando, forse impropriamente, le categorie del diritto penale, si riconoscerà allora nel primo caso una fattispecie “di danno” e nel secondo una fattispecie “di pericolo concreto”³⁷⁸.

Sarà il giudice, infatti, a dover valutare, con riguardo al singolo caso pervenuto alla sua attenzione, se il comportamento denunciato è effettivamente idoneo a determinare quella condizione di particolare svantaggio.

Questo giudizio sarà evidentemente arduo: non tanto per le difficoltà insite nella formulazione di ogni valutazione ipotetica (dato un certo comportamento, si deve ipotizzare quello che potrà derivarne), quanto per la intrinseca vaghezza della nozione di “*particolare svantaggio*”.

Anzi gli operatori pratici, per procedere secondo logica, dovranno dare innanzi tutto un contenuto concreto a quest'ultima nozione, quindi formulare il giudizio ipotetico.

Del resto, già l'art. 43 comma 2, lettera *e*), in fine, definendo la discriminazione indiretta, proponeva simili difficoltà interpretative, alludendo ai criteri “*che svantaggino in modo proporzionalmente maggiore*” certe persone rispetto ad altre³⁷⁹.

³⁷⁵ Su questa parte della direttiva 2000/43/CE si veda la Sezione II, paragrafo 1 di questo capitolo.

³⁷⁶ M. RIZZO, op. cit. p. 222.

³⁷⁷ Si veda sopra il commento più puntuale all'elenco contenuto sub art. 2, comma 1 lettera b) del D.Lgs. 215/03.

³⁷⁸ Sul punto c.f.r. B. TROISI, *Profili civilistici del divieto di discriminazione*, cit.

³⁷⁹ Si rimanda ancora una volta alla Sezione prima di questo capitolo.

In tema di lotta alla discriminazione razziale, del resto, il legislatore (comunitario prima, nazionale poi) lascia chiaramente intendere le proprie scelte di priorità.

Volendo assicurare il più ampio spazio di tutela e considerando il carattere multiforme e spesso subdolo dei comportamenti discriminatori, per descrivere la fattispecie si è fatto ricorso a formule linguistiche il più possibile ampie (e quasi vaghe), lasciando alla giurisprudenza (e al concreto evolversi della coscienza sociale) il compito di dare più concreto spessore a questi concetti.

Con l'utilizzo di questa formula in sostituzione del riferimento allo "svantaggio proporzionalmente maggiore", si è realizzato il distacco dal dato quantitativo dell'effetto penalizzante³⁸⁰, «*allargando la valutazione: da una valutazione strettamente quantitativa (e per ciò stesso difficile, in relazione alla individuazione della numerosità degli universi di riferimento) ad una misurazione qualitativa*»³⁸¹.

Ciò induce taluni ad affermare che, in tal modo, il giudizio dell'interprete si sia "soggettivizzato": infatti «*il fuoco della definizione è più sulla situazione dell'individuo che su quella del gruppo: ciò che è richiesto perché vi sia discriminazione indiretta è che "persone" appartenenti ai gruppi presi in considerazione dal legislatore si trovino in una posizione di "particolare svantaggio"....senza che, apparentemente, sia necessario dimostrare che tale svantaggio sia condiviso dal gruppo stesso*»³⁸².

D'altro canto, era necessario anche evitare un'eccessiva dilatazione del concetto di discriminazione indiretta, che, definito nei termini finora analizzati, sarebbe stato dotato di una capacità espansiva tendenzialmente illimitata e avrebbe potuto paralizzare le iniziative pubbliche e private, nel settore del lavoro e in tutti i quelli considerati dal D.Lgs. 215/03.

Anche la direttiva comunitaria si faceva carico di tale preoccupazione, inserendo una sorta di eccezione alla regola generale ed escludendo in particolare che il comportamento indirettamente discriminatorio sia integrato in presenza di una "giustificazione oggettiva", per la presenza di una finalità legittima, perseguita con un mezzo congruo e necessario (art. 2, comma 2, lettera **b**, in fine³⁸³).

Orbene, il legislatore nazionale ha recepito la medesima limitazione del concetto di discriminazione indiretta, riproponendolo negli stessi termini (anche linguistici) utilizzati nel contesto della direttiva, ma inserendolo – forse inopportuno – nel comma 4 dell'art. 3 D.Lgs. 215/03.

Tale disposizione, contribuendo a definire il concetto di discriminazione indiretta, avrebbe dovuto essere piuttosto inserita nel contesto dell'art. 2 e, addirittura, nel corpo dello stesso comma 1 lettera **b**) – secondo la scelta già operata dalla direttiva – o, al limite, immediatamente dopo.

Prendendo atto dell'anomalia appena evidenziata, converrà enucleare gli elementi che, secondo il dettato normativo in esame, escludono la sussistenza di un comportamento indirettamente discriminatorio.

³⁸⁰ Come si è rilevato con riferimento alla direttiva 43/2000, la cui formula risulta ricalcata nel d.lgs. 215/03, c.f.r. sez. II par. 2.

³⁸¹ Come efficacemente chiarito da G. DE SIMONE, *Eguaglianza e nuove differenze nei lavori flessibili, tra diritto comunitario e diritto interno*, Lav. Dir., 2004, fasc. III-IV, pp. 527 ss.

³⁸² M. BARBERA, *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, cit., pp. 412. L'Autrice, in senso critico rispetto alla nuova impostazione, evidenzia che, per contro, il ricorso alla valutazione della situazione del gruppo ed il ricorso ai dati statistici «denota l'adesione ad una certa visione della discriminazione, centrata sul gruppo, e porta ad una obbiettivizzazione del giudizio», in quanto induce l'interprete ad effettuare una valutazione il più possibile oggettiva circa la probabilità (o quantomeno la verosimiglianza) che un certo effetto, in quanto diffuso, non sia casuale ma voluto e, dunque, discriminatorio.

³⁸³ Già si è dato conto di tale disposizione: cfr. sezione II, paragrafo 1.

Tale discriminazione indiretta non può ravvisarsi allorché il fatto del quale si discute sia oggettivamente giustificato; questa giustificazione obiettiva dipende dalla possibilità di ravvisare, nel caso di specie, una finalità legittima (quindi, conforme all'ordinamento), perseguita attraverso un mezzo congruo e non evitabile (cioè, necessario).

Il giudizio investirà quindi contemporaneamente il fine, che dovrà essere *secundum legem*, e il mezzo impiegato; l'onere di provare la compresenza di questi elementi spetterà ovviamente al convenuto, secondo le regole generali: in assenza di uno dei predetti requisiti, potrà ottenersi tutela avverso la discriminazione indiretta.

I commi terzo e quarto di questo articolo 2, che si analizzeranno, confermano nel modo migliore le osservazioni sopra formulate a proposito della volontà del legislatore di ampliare al massimo grado i margini di tutela contro la discriminazione razziale³⁸⁴.

La nozione di discriminazione introdotta dalla direttiva e ripresa dal decreto 215/2006 amplia inoltre la struttura tradizionale della tutela antidiscriminatoria, che presuppone l'esistenza di un termine di paragone (un soggetto che rappresenti la "norma") a cui, chi lamenta di essere vittima di un trattamento discriminatorio, deve comparare la propria condizione, per poter affermare di aver subito un trattamento deteriore.

Nella nozione di discriminazione diretta accolta dal decreto in esame, benché si richieda che la persona venga trattata meno favorevolmente rispetto ad un'altra, si ammette tuttavia che il soggetto, cui si compara la propria posizione, possa anche essere situato nel passato o anche ipotetico.

La tradizionale comparazione che il giudice si trovava a compiere tra due soggetti posti in situazioni analoghe ma trattati ingiustificatamente in modo differente, assume dunque connotati nuovi: da raffronto tra situazioni attuali, diviene non contestuale o persino meramente ipotetica³⁸⁵.

Tale innovazione ha suscitato perplessità in dottrina. Infatti, l'uso da parte del legislatore comunitario del verbo condizionale ha indotto gli interpreti ad interrogarsi sulle caratteristiche del giudizio di comparazione così come configurato nelle direttive e nei decreti attuativi.

Si è sottolineata da parte di alcuni la portata fortemente innovativa delle nuove disposizioni. Si è detto, infatti, che «*l'allargamento della comparazione a situazioni ipotetiche, l'abbandono del criterio della disparità statistica, il superamento della necessità di misurare quantitativamente lo svantaggio, l'apertura ad una misurazione qualitativa nella valutazione dell'impatto discriminatorio....*» rappresentino novità idonee ad incidere sugli elementi costitutivi della nozione sostanziale di discriminazione e che comportino, come necessaria conseguenza, il crescente peso dell'attività dell'interprete e della funzione redistributiva delle Corti³⁸⁶. Ma soprattutto, in tale sviluppo, nel nuovo rilievo attribuito all'individuo, si è letto l'affermarsi della dignità umana come valore dotato di significato normativo in quanto tale e lo spostamento del baricentro della tutela antidiscriminatoria dall'eguaglianza alla differenza³⁸⁷.

Tale ricostruzione viene criticata, invece, da quanti, pongono l'accento sulla "*natura intrinsecamente comparativa*"³⁸⁸ della discriminazione, sostenendo che questa non possa essere posta in discussione neppure alla luce dei nuovi interventi normativi.

³⁸⁴ Essi ripetono, identici, i commi 3 e 4 dell'art. 2 della direttiva 2000/43/CE, sopra diffusamente esaminata.

³⁸⁵ M. BARBERA, cit., pp. 411.

³⁸⁶ M. BARBERA, cit., p. 413.

³⁸⁷ ID., p. 413.

³⁸⁸ D. IZZI, *Discriminazione senza comparazione? Appunti sulle direttive comunitarie di seconda generazione*, cit., p. 425, che richiama, altresì, sul punto M. V. BALLESTRERO, *Dalla tutela alla parità. La legislazione italiana sul lavoro delle donne*, Il Mulino, Bologna, 1979, 250, secondo la quale

In tale prospettiva si è ritenuto che le novità contenute nelle definizioni rilevino solo sotto il profilo probatorio e che la comparazione, anche così ridisegnata, debba in ogni caso sussistere, consistendo, di regola, in una comparazione effettiva, con un termine di riferimento reale, e solo in casi particolari, in una comparazione virtuale con un termine di raffronto ipotetico³⁸⁹. Per giungere a tale affermazione si propende per «un'interpretazione "mite" del verbo condizionale inserito nella definizione comunitaria di discriminazione diretta che, stemperandone la carica innovativa, ne riconosce semplicemente la funzione "relativizzante" giocata, con la moderazione richiesta dalla delicatezza del problema, rispetto all'esigenza probatoria di un concreto raffronto»³⁹⁰.

Tale impostazione, volta a ridimensionare le conseguenze dirimpenti che deriverebbero dal completo superamento del giudizio comparativo, appare maggiormente corretta, anche sulla base dell'esame del dettato normativo.

Pare, infatti, più convincente l'idea che il legislatore comunitario e quello nazionale abbiano voluto incidere semplicemente sul regime probatorio della discriminazione, dilatando notevolmente i termini del giudizio comparativo, più che realizzare un ripensamento generale della nozione di discriminazione, attraverso l'eliminazione di un elemento essenziale della stessa³⁹¹.

Si concorda, infatti, con quanti sottolineano i rischi insiti in un simile completo ripensamento, che potrebbe indurre a vedere un trattamento discriminatorio in ogni «generico svantaggio sociale»³⁹².

Il comma terzo definisce come discriminazione rilevante anche la *molestia*, ossia il comportamento indesiderato – posto in essere per i consueti motivi di razza od origine etnica – che abbia «lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante e offensivo».

Si rimarca, in primo luogo, il contenuto aperto della formula normativa: essa vuole ricomprendere infatti tutti i casi che, per i connotati non conclamati della discriminazione, si risolvano nella percezione di un ambiente - di un «clima» - sfavorevole, per la persona appartenente a quella certa razza o etnia.

L'esperienza e le analisi sociologiche hanno evidentemente insegnato che gli atteggiamenti discriminatori (oltre che indiretti: cfr. comma 1, lettera b) sono il più delle volte velati e si colgono - non in virtù della loro considerazione diretta e isolata - ma per i riflessi di disagio (come minaccia, ostilità, degradazione, umiliazione e offesa, in base alla norma che si esamina) che determinano (o hanno lo scopo di determinare) in danno della persona, nel suo ambiente di lavoro e nel contesto sociale.

«la discriminazione è un concetto necessariamente di relazione» in quanto denota «un trattamento diseguale comparativamente sfavorevole».

³⁸⁹ D. IZZI, op. cit., p. 425 ss, richiama a sostegno di tale interpretazione le indicazioni fornite nell'arco di un ventennio dalla giurisprudenza comunitaria. Si fa riferimento, ad esempio, alla sentenza Dekker (in cui i giudici comunitari hanno sostenuto che, qualora la decisione del datore di lavoro di negare ad una donna il posto di lavoro, di licenziarla o danneggiarla in altro modo è collegata alla sua gravidanza, diviene superfluo procedere a quella puntuale comparazione tra situazioni maschili e femminili, che è invece indispensabile in tutte le altre ipotesi) per sottolineare come le ipotesi in cui la comparazione viene omessa, in quanto in qualche modo data per presupposta, sono eccezionali.

³⁹⁰ D. IZZI, op. cit., p. 427. Tale ricostruzione viene ripresa e sviluppata, altresì, in D. IZZI, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro: il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, cit., pp. 42 ss.

³⁹¹ G. DE SIMONE, *Eguaglianze e nuove differenze nei lavori flessibili, tra diritto comunitario e diritto interno*, cit., pp. 535 ss.

³⁹² G. DE SIMONE, p. 535; in senso concorde, altresì, D. IZZI, *Discriminazione senza comparazione?*, cit., p. 429, che evidenzia come «il completo superamento della logica comparativa rischia di trasformarsi in un'immensa inquietante voragine».

Le critiche si sono incentrate in particolare sul carattere “indesiderato” del comportamento in questione (che, del resto, se fosse invece desiderato non porrebbe alcun problema di tutela), in quanto si è ritenuto superfluo, se non proprio ambiguo, l’aggettivo in questione «*con riferimento a comportamenti normativamente considerati come lesivi della dignità personale e per l’eccessivo rilievo attribuito da tale qualificazione alla caratterizzazione e percezione soggettiva della molestia*»³⁹³.

Occorre in proposito precisare che le perplessità sulla nozione di molestia e sul carattere indesiderato del comportamento avevano indubbiamente ragione di porsi (ed infatti erano state già sottolineate dagli interpreti) in relazione alla formulazione della disposizione contenuta nella Legge 1 marzo 2002, n. 39, recante “*Disposizioni per l’adempimento di obblighi derivanti dall’appartenenza dell’Italia alle Comunità europee – Legge comunitaria 2001*”. Infatti, l’art. 29 c. I lett. b) della legge delega, prevedeva perché risultasse integrata la fattispecie delle molestie, che venisse “*posto in essere per motivi di razza o di origine etnica, un comportamento indesiderato che persista, anche quando è inequivocabilmente dichiarato dalla persona che lo subisce come offensivo, così pregiudicando oggettivamente la sua dignità e libertà, ovvero creando un clima di intimidazione nei suoi confronti*”.

Tale disposto normativo richiedeva, dunque, due presupposti del tutto assenti nel dettato comunitario: vale adire la persistenza della molestia che doveva essere rilevata con una dichiarazione di mancato gradimento da parte della vittima, e l’esistenza di un pregiudizio oggettivo.

Sotto il primo profilo, veniva contestata nettamente la necessità che il soggetto leso dal comportamento dovesse prendere l’iniziativa nel denunciare il fastidio per l’atto subito, in quanto si sottolineava l’aggravamento dell’onere probatorio, non essendo sufficiente «*fornire l’allegazione dei “fatti idonei a fondare in termini gravi, precisi e concordanti, l’indizio dell’esistenza di una discriminazione”, ma occorrendo altresì la preventiva “inequivocabile dichiarazione” di sentirsi leso dalla molestia*»³⁹⁴.

Per il secondo requisito, si evidenziava, da un lato, la completa assenza di una simile previsione nella disposizione della direttiva 43/2000, ove il legislatore accorda rilievo anche al semplice “fine” discriminatorio, con l’evidente proposito di offrire una tutela il più possibile ampia ed efficace; dall’altro l’ulteriore, ingiustificato appesantimento dell’onere probatorio³⁹⁵.

La versione della norma accolta dal legislatore delegato, ove tali previsioni controverse sono state rimosse, appare dunque indubbiamente più conforme allo spirito della disciplina comunitaria.

Affermare, infatti, che un comportamento debba configurarsi come “indesiderato”, non pare aggravare in alcun modo la posizione del soggetto leso. Ciò in quanto l’indesiderabilità del comportamento non deve essere conosciuta necessariamente dall’autore dello stesso, in quanto sarà valutabile sulla base di una previsione probabilistica. In secondo luogo, la vittima non sarà gravata di un onere probatorio in relazione a tale elemento, poiché «*la denuncia deve ritenersi sintomo sufficiente dell’esistenza della qualificazione*»³⁹⁶.

³⁹³ M. ACIERNO, *La tutela delle discriminazioni nel d.lgs. 215/2003*, Dir.imm.citt., fasc. III, 2004, pp. 43 ss.

³⁹⁴ A. MANTELERO, *Note minime sull’attuazione delle direttive comunitarie 200/43/CE e 2000/78/CE in materia di parità di trattamento*, Contr.impr.Eur., fasc. I, 2003, pp. 709 ss.

³⁹⁵ Su tali considerazioni c.f.r. altresì A. MANTELERO, *Una parità molesta: note alla legge delega per l’attuazione della direttiva 2000/43/CE*, Contr. impr. Eur., Fasc. I, 2001, pp. 934 ss.

³⁹⁶ M. ACIERNO, op. cit., p. 52. Rileva a questo proposito G. DE SIMONE, *Le molestie di genere e le molestie sessuali dopo la direttiva 2002/73*, Riv.it.dir.lav., fasc. I, 2004, pp. 399 ss., che: si può affermare che la normativa «*fa propria la prospettiva del destinatario del comportamento, sciogliendo implicitamente ma definitivamente un nodo a lungo discusso e irrisolto*».

Dubbi possono insorgere, invece, in relazione ai margini di discrezionalità rimessi all'interprete, dal momento che il confine tra l'irrelevanza e l'illegittimità di un comportamento implicano una delicata valutazione circa l'idoneità dello stesso, da un lato, a *violare la dignità di una persona*, dall'altro a determinare un *clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante e offensivo*. È facile rilevare, infatti, che dipende dalla sensibilità individuale, ed in ultima battuta da quella del giudice coinvolto nella trattazione della singola vicenda, riconoscere o meno la sussistenza di tali elementi, indispensabili perché risulti integrata la fattispecie³⁹⁷.

Il comma 3 di questo articolo 2 offre anche l'occasione di precisare il rapporto che, secondo il legislatore, deve sussistere tra l'elemento obiettivo della fattispecie (la discriminazione, il pregiudizio che ne consegue) e quello soggettivo (la volontà di creare la stessa discriminazione e di cagionare quindi il pregiudizio).

Le nozioni di discriminazione diretta e indiretta, di cui alle lettere *a*) e *b*) del comma 1 sono incentrate, come si è visto, sul profilo obiettivo (esistenza del trattamento meno favorevole, esistenza o pericolo di un particolare svantaggio) e prescindono dalla volontà dell'agente³⁹⁸.

Invece, il comma 2, che ora si considera, equipara scopo ed effetto del comportamento indesiderato.

Ciò significa che, nei casi di cui al comma 1, la tutela potrà ottenersi sempre che ricorra l'elemento obiettivo descritto dal comma 1, anche senza una corrispondente volontà del soggetto responsabile; nei casi di cui al comma 3, il giudice dovrà verificare se ricorra l'elemento materiale (l'effetto) ovvero, in alternativa, se il comportamento indesiderato, pur senza giungere al risultato avuto di mira, si proponesse come "*scopo*" la violazione della dignità personale e la creazione del predetto clima di disagio. La scelta di equiparare "*scopo*" ed "*effetto*" della molestia è infatti resa evidente dall'impiego della disgiuntiva "o", nel contesto del comma 3 in esame, ove si fa riferimento ai «*comportamenti indesiderati ... aventi lo scopo o l'effetto di violare la dignità della persona ...*»).

In queste ipotesi, allora, la soglia di tutela sarà anticipata, concretizzandosi in presenza di un elemento soggettivo – definibile quale dolo specifico – che non si sia (ancora o definitivamente) tradotto in pratica.

Chiude il cerchio della tutela il comma 4 dell'articolo 2 in esame, che equipara alla discriminazione l'ordine di discriminare (a causa della razza o dell'origine etnica).

Deve condividersi la scelta di contemplare, accanto alla responsabilità di chi tiene il comportamento discriminatorio, quella dei soggetti che l'hanno ordinato.

Del resto, questa tecnica di tutela era stata già adottata nel settore penale, dove addirittura più forte è l'esigenza di rispettare il principio della responsabilità personale: la norma in esame richiama infatti quella di cui all'art. 51 comma 2 c.p., che, in caso di

³⁹⁷ A. MANTELERO, op. ult.cit., pp. 937 ss.

³⁹⁸ M. MANTELLO, *La tutela civile contro le discriminazioni*, Riv.dir.civ., fasc. III, 2004, pp. 439 ss., sottolineava -già in relazione alla definizione offerta dall'art. 43 del T.U. del 199 - che «*la sufficienza dell'effetto ai fini del perfezionamento della fattispecie legale di discriminazione è stata prevista non solo per svincolare l'operatività del rimedio (...) dalla rilevanza degli stati soggettivi dell'agente o dell'omittente, ma anche per consentire al giudice adito di inibire ogni "discriminazione" a prescindere dall'esistenza di una lesione attuale di un diritto umano o di una libertà fondamentale*». In proposito c.f.r., altresì, P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gli atti discriminatori e lo straniero nel diritto civile*, in AA.VV., *Principio di eguaglianza e divieto di compiere atti discriminatori*, a cura di P. Morozzo della Rocca, Napoli, 2002, p. 34.

Sull'irrelevanza dell'elemento soggettivo anche nella nozione di discriminazione sessuale, c.f.r. D. IZZI, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro: il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, cit., pp. 35 ss.

esecuzione di un ordine costituente reato, chiama a risponderne - penalmente - il pubblico ufficiale che lo ha impartito.

Da ultimo, si analizza il comma 2 dello stesso articolo 2, che fa salvo «*il disposto dell'art. 43, commi 1 e 2*» del Testo Unico.

Come si è visto nella Sezione I di questo capitolo, cui si rimanda, l'art. 43 commi 1 e 2 definiva la fattispecie discriminatoria nel suddetto Testo Unico del 1998, dunque circa due anni prima dell'emanazione della direttiva comunitaria 2000/43/CE e addirittura circa cinque anni prima dell'entrata in vigore del D.Lgs. 215/03.

In effetti, almeno per quanto riguarda l'Italia, la disciplina comunitaria incideva in un ambito sul quale già era intervenuto, con strumenti moderni, suggeriti proprio dall'elaborazione internazionale e - tutto sommato - appropriati, il legislatore nazionale.

Per questo, dovendo tradurre i principi della direttiva nel diritto interno, si poneva il problema della sorte della vecchia disciplina e dei rapporti che dovevano individuarsi tra essa e il nuovo complesso normativo.

L'art. 2 comma 2 del D.Lgs. 215/03 offre quindi lo spunto per verificare come il legislatore abbia inteso risolvere questo problema e come perciò si atteggiavano i rapporti tra le norme in esame e quelle del Testo Unico.

Innanzitutto, si osserva che il D.Lgs. 215/03 non ha espressamente abrogato la normativa previgente.

Anzi, nel contesto di tale decreto si colgono (soltanto) due riferimenti al Testo Unico: il primo, *sub* art. 2, comma 2 (ora considerato)³⁹⁹; il secondo, *sub* art. 4, comma 1 (che sarà analizzato in seguito).

Questi due riferimenti hanno identica funzione e contenuto simile: si fa salva l'applicazione di alcune norme ben precise (in un caso, i commi 1 e 2 dell'art. 43; nell'altro, i commi da 1 a 6, 8 e 11 dell'art. 44), già contenute nel Testo Unico, l'una attinente alla parte che definimmo sostanziale (l'art. 43), l'altra alla parte già intesa come processuale (l'art. 44).

L'esistenza di queste due, tanto puntuali clausole di salvezza, aiuta a ricostruire la relazione tra le altre norme - quelle non espressamente richiamate - contenute nel Testo Unico e quelle del D.Lgs. 215/03⁴⁰⁰.

Secondo l'art. 15 delle Disposizioni sulla legge in generale, l'abrogazione delle leggi può avvenire (oltre che per dichiarazione espressa, in questo caso non riscontrabile) «*per incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti o perché la nuova legge regola l'intera materia già regolata dalla legge anteriore*».

Nel caso in questione, può ben dirsi che il D.Lgs. 215/03 regola «*l'intera materia già regolata*» dagli artt. 43 e 44 del Testo Unico; in base a questa osservazione, si dovrebbe poter concludere per l'abrogazione tacita di tali due ultime norme, ovviamente nelle parti non esplicitamente richiamate dalla nuova normativa. Del resto, se così non fosse, non avrebbero senso pratico le due clausole di salvezza sopra citate.

Inoltre, come sarà reso manifesto dalla considerazione dei provvedimenti di tutela cui può pervenire il giudice all'esito del ricorso di cui all'art. 4, tra le singole disposizioni degli artt. 43 e 44 del Testo Unico e quelle del D.Lgs. 215/03 può individuarsi una «*incompatibilità*», nei termini di cui all'art. 15 delle Disposizioni sulla legge in generale.

³⁹⁹ A tale rinvio si è fatto già riferimento nel paragrafo I della sez. III.

⁴⁰⁰ Ovviamente, per quanto si era detto nella Sezione I di questo capitolo, l'analisi riguarda soltanto il rapporto tra i commi non richiamati degli artt. 43 e 44 del Testo Unico e il D.Lgs. 215/03, in quanto solo questi due articoli sono riferiti, nell'ambito dello stesso Testo Unico, al tema della tutela contro la discriminazione razziale.

Ma questa considerazione rischia di “provare troppo” e apre, in effetti, un'altra questione interpretativa, con specifico riguardo al comma 2 dell'art. 2 D.Lgs. 215/03.

Infatti, i commi 1 e 2 dell'art. 43 del Testo Unico definivano la fattispecie discriminatoria, come sopra si è visto; a sua volta, l'art. 2 del D.Lgs. 215/03, in aderenza alla direttiva comunitaria, interviene sul medesimo oggetto, la nozione di discriminazione.

In particolare, può dubitarsi che la fattispecie discriminatoria generale, descritta dall'art. 43 comma 1, sia in tutto compatibile con le previsioni dell'art. 2 D.Lgs. 215/03 e possa perciò con essa coesistere.

Si deve naturalmente presupporre che, al momento dell'emanazione del D.Lgs. in argomento, questo problema fosse ben presente al legislatore e che, quindi, il richiamo in favore del comma 1 dell'art. 43 Testo Unico sia stato opportunamente meditato.

Sembra di poter concludere, al riguardo, per una maggiore specificità della nozione di discriminazione offerta dal comma 1 dell'art. 43 T.U., rispetto a quella derivante dall'attuazione della direttiva comunitaria.

Quindi, posto il quadro generale di cui all'art. 2 D.Lgs. 215/03, sono ancora utilizzabili i più specifici parametri descritti dal legislatore del 1998, sia a proposito della fattispecie discriminatoria “*generale*”, sia a proposito di quelle “*tipiche*”, di cui al comma 2 dello stesso art. 43 sopra citato.

La nozione di discriminazione – quindi, il contenuto della fattispecie discriminatoria – è infine limitata dal comma 3 dell'art. 3 D.Lgs. 215/03.

Il contenuto di questa norma coincide con il disposto dell'art. 4 della direttiva, già esaminato.

Con specifico riguardo al settore del lavoro e dell'esercizio dell'attività imprenditoriale, si esclude la possibilità di individuare la discriminazione, allorché la differenza di trattamento è imposta dalle caratteristiche della persona (connesse alla razza e all'origine etnica), essenziali e determinanti per lo svolgimento di quell'attività. I criteri-guida sono comunque offerti dai principi di proporzionalità e di ragionevolezza, espressamente richiamati.

Si ritiene che il legislatore abbia pensato, ad esempio, ai casi in cui una certa prestazione lavorativa può essere assicurata solo da persone con peculiari caratteristiche fisiche, connesse (anche) alla razza o all'origine etnica (oltre che, ovviamente, al patrimonio genetico familiare); così nel caso di una certa attività lavorativa da svolgere necessariamente in spazi angusti e che non potrebbe essere svolta da persone particolarmente alte o corpulente.

7. L'ambito di applicazione (art. 3).

L'art. 3 in esame delinea l'ambito applicativo della tutela, con riguardo, da un lato, ai soggetti destinatari e, dall'altro alle aree interessate.

Le norme in questione, secondo il comma 1, si applicano a tutte le persone, tanto nel settore pubblico che in quello privato.

Si ripete invariata la formula dell'art. 3 comma 1 della direttiva 2000/43/CE.

Sembra quindi di poter concludere che chiunque lamenti di essere stato vittima di un comportamento discriminatorio (perché conforme al modello di cui all'art. 2 che precede), nel settore privato o pubblico, possa ottenere la tutela giurisdizionale.

Tuttavia, il comma 2 dello stesso art. 3 precisa che lo stesso decreto legislativo «*non riguarda le differenze di trattamento basate sulla nazionalità e non pregiudica le disposizioni nazionali e le condizioni relative all'ingresso, al soggiorno, all'accesso all'occupazione, all'assistenza e alla previdenza dei cittadini dei Paesi terzi e degli apolidi nel territorio dello Stato, né qualsiasi trattamento, adottato in base alla legge, derivante dalla condizione giuridica dei predetti soggetti*».

In sostanza, viene ripreso il comma secondo dell'art. 3 della direttiva comunitaria, cui già si è dedicata l'attenzione.

Si potrà osservare che, forse, il riferimento ai “*Paesi terzi*” avrebbe potuto essere più preciso: quella stessa espressione aveva un senso immediatamente evidente nel corpo della direttiva, in quanto agli Stati membri della Comunità si contrappongono gli Stati terzi. Nel contesto della normativa nazionale, invece, il concetto di Paese terzo è, di per sé, assai meno determinato, ove non si chiarisca rispetto a che cosa (a quale organizzazione, o trattato, ecc.) sussista quella condizione di terzietà.

Tuttavia, interpretando la norma in esame grazie al riferimento alle altre disposizioni del D.Lgs. 215/03 e alla funzione di tale normativa, si arriva a dire che il concetto di Paese terzo coincide, in questo caso, con quello di Stato estraneo alla Comunità Europea.

Riproponendo le riserve già formulate contro un'interpretazione non rigorosamente restrittiva di questa norma, che potrebbe svilire la portata della tutela contro la discriminazione, si deve ribadire che essa vuole in sostanza salvare le norme in materia di immigrazione, pur quando esse finiscano per indurre effetti inevitabilmente discriminatori⁴⁰¹.

Le aree di applicazione del principio di parità di trattamento, senza distinzione di razza o di origine etnica, sono poi espressamente elencate dal comma 1, lettere da *a*) a *i*) del D.Lgs. 215/03 e coincidono con le previsioni della direttiva comunitaria.

Tra queste aree, si considererà in particolare, nel capitolo seguente, quella dell'«*accesso a beni e servizi, incluso l'alloggio*», anche al fine di verificare l'impatto di questa normativa di tutela sul principio civilistico di autonomia privata.

8. La tutela (artt. 4 e 5).

Ai fini dell'individuazione degli specifici mezzi di tutela giurisdizionale contro la discriminazione razziale, occorre considerare gli artt. 4 (“*Tutela giurisdizionale dei diritti*”) e 5 (“*Legittimazione ad agire*”) del D.Lgs. 215/03.

La direttiva 2000/43/CE, all'articolo 7, impegnava gli Stati membri ad adottare i provvedimenti necessari affinché le vittime dei comportamenti discriminatori potessero «*accedere ... a procedure giurisdizionali e/o amministrative, comprese ... le procedure di conciliazione finalizzate al rispetto degli obblighi derivanti dalla presente direttiva*».

In questo senso, gli artt. 4 e 5 del Decreto d'attuazione traducono in pratica le indicazioni di massima del legislatore comunitario, specificando modi e contenuti dei procedimenti di tutela contro la discriminazione.

L'art. 4 del D. Lgs. 215/03 delinea gli specifici strumenti di protezione giurisdizionale “*avverso gli atti e i comportamenti*” discriminatori, come individuati dall'art. 2 del medesimo testo.

Il comma 1 di tale articolo – come già si è visto – contiene un richiamo espresso al T.U. sull'immigrazione, ove stabilisce che tale tutela giurisdizionale «*si svolge nelle forme previste all'art. 44, commi da 1 a 6, 8 e 11*» di quel complesso normativo.

Non occorre riesaminare tali disposizioni, espressamente considerate in precedenza, in occasione dell'esame del Testo Unico, nella Sezione prima di questo capitolo.

Piuttosto, c'è da osservare che il richiamo, così formulato, sembra limitato al profilo **formale-procedurale** e non dovrebbe estendersi, pertanto, al **contenuto** del sistema protettivo; in altre parole, i rimedi sarebbero quelli contemplati dall'art. 4 del D.Lgs.

⁴⁰¹ V. sopra, in questo capitolo, la Sezione II, paragrafo 1.

215/03, ma essi dovrebbero essere attivati secondo la procedura descritta dai suddetti commi dell'art. 44 del T.U. sull'immigrazione⁴⁰².

Questa interpretazione appare imposta dal tenore letterale del richiamo operato dal testo del 2003. Del resto, l'art. 4 in esame non contiene disposizioni procedurali, mentre disciplina direttamente i mezzi di tutela e, più in particolare, i poteri del giudice, ove accolga il ricorso: si vedano in particolare i commi 4, 5 e 6; ciò indirettamente confermerebbe la volontà del legislatore di rifarsi alle norme del 1998 solo per individuare le forme da seguire per ottenere tale protezione.

Non può trascurarsi, però, che da questa scelta interpretativa possono derivare conseguenze di rilievo.

Confrontando il comma 4 dell'art. 4 D.Lgs. 215/03 con il comma 1 dell'art. 44 T.U. sull'immigrazione, ci si rende conto del diverso contenuto che può avere il provvedimento del giudice, in caso di accoglimento del ricorso.

Lasciando da parte, per il momento, la tutela risarcitoria (sulla quale si tornerà in seguito)⁴⁰³, si evidenzia che, ai sensi dell'art. 44 comma 1 T.U., «*il giudice può, su istanza di parte, ordinare la cessazione del comportamento pregiudizievole e adottare ogni altro provvedimento idoneo, secondo le circostanze, a rimuovere gli effetti della discriminazione*»; invece, per l'art. 4 comma 4 D.Lgs. 215/03, il giudice «*ordina la cessazione del comportamento, della condotta o dell'atto discriminatorio, ove ancora sussistente, nonché la rimozione degli effetti. Al fine di impedirne la ripetizione, il giudice può ordinare, entro il termine fissato nel provvedimento, un piano di rimozione delle discriminazioni accertate*»⁴⁰⁴.

La citazione letterale delle due norme dimostra che, in base alla previsione del T.U., il giudice poteva riversare nel provvedimento con il quale accoglieva il ricorso qualunque contenuto, direttamente idoneo a rimuovere gli effetti della discriminazione.

Tale provvedimento atipico poteva quindi essere di per sé soddisfacente dell'aspirazione sostanziale del ricorrente.

In questo senso, si è specificamente osservato che «*all'interno dell'ampia formulazione legislativa sui possibili rimedi giudiziali*» era «*anche ricompresa la possibilità di una pronuncia costitutiva che tenga luogo del contratto non stipulato per ragioni discriminatorie, purché ve ne siano i presupposti sostanziali, tra i quali, in primo luogo, la determinazione dell'oggetto e l'effettivo interesse del soggetto discriminato ad instaurare coattivamente il rapporto*»⁴⁰⁵.

Più in generale, si ammetteva che il giudice adottasse un provvedimento idoneo ad attribuire «*all'avente diritto quegli stessi effetti che avrebbe conseguito ove la parte*

⁴⁰² Sempre a proposito delle disposizioni di carattere essenzialmente procedurale, si ricorda altresì il disposto del comma 2 dell'art. 4 D.Lgs. che prevede la facoltà del ricorrente di promuovere il tentativo di conciliazione ai sensi dell'art. 410 c.p.c. o, in caso di rapporto di lavoro con amministrazioni pubbliche, ai sensi dell'art. 66 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165. Inoltre, con riguardo al riparto di giurisdizione tra il Giudice Ordinario e quello Amministrativo, il comma settimo fa salva la giurisdizione amministrativa «*per il personale di cui all'art. 3, comma 1 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165*», cioè per il personale «*in regime di diritto pubblico*» ivi indicato (magistrati ordinari, amministrativi e contabili, avvocati e procuratori dello Stato, il personale militare e le Forze di polizia di Stato, ecc.).

⁴⁰³ La possibilità di ottenere il risarcimento del danno è contemplata attualmente dall'art. 4, comma 4 del D.Lgs. 215/03 ed era prevista dal comma 7 dell'art. 44 T.U., peraltro non richiamato dalla nuova norma. Incidentalmente, si rileva la migliore formulazione di tale ultima norma, per la quale «*il giudice può altresì condannare il convenuto al risarcimento del danno, anche non patrimoniale*», mentre nella nuova disposizione si legge: «*il giudice, oltre a provvedere, se richiesto, al risarcimento del danno, anche non patrimoniale...*»; è evidente, peraltro, che con tale sintetica formulazione vuol significarsi che il giudice provvede (non tanto al risarcimento del danno, quanto) sulla domanda di risarcimento del danno.

⁴⁰⁴ Sempre incidentalmente, si rileva che la «*condotta*» discriminatoria è in realtà un «*comportamento*»: quindi, non vi era ragione per far riferimento, distintamente, all'una e all'altro.

⁴⁰⁵ Così P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gli atti di discriminazione nel diritto civile*, cit., p. 14.

avesse spontaneamente tenuto la condotta dovuta», nel pieno rispetto della previsione dell'art. 2908 c.c.⁴⁰⁶, in quanto la possibilità di emettere un provvedimento con efficacia costitutiva era appunto prevista dall'ampia, onnicomprensiva formulazione dell'art. 44, comma 1 T.U.

Questa osservazione rilevava praticamente – a giudizio della stessa dottrina – nelle «varie ipotesi di obblighi legali a contrarre disattesi» e, secondo gli esempi proposti, nei casi dell'azienda «che operi in regime di monopolio che si rifiuti di stipulare un certo contratto di fornitura con una parte perché di religione islamica ...; od ancora si pensi alla parte che, dopo aver stipulato un contratto preliminare di compravendita per persona da nominare e scoperto che la persona nominata è un cittadino extra comunitario, si rifiuti di contrarre il rogito definitivo... il giudice avrà il potere-dovere ... di pronunciare una ordinanza che produca gli effetti del contratto ... non concluso»⁴⁰⁷.

Queste rilevanti conclusioni apparivano quali dirette conseguenze dell'atipicità del provvedimento di tutela, la cui unica connotazione e determinazione era espressa in termini funzionali, dovendo esso servire alla rimozione degli effetti del comportamento discriminatorio.

Più discutibile, invece, era il collegamento tra quel provvedimento, che, nel caso di specie, costituiva il rapporto contrattuale, tenendo luogo del negozio rifiutato per motivi discriminatori, e l'art. 2932 c.c.⁴⁰⁸.

Con riguardo al comma 1 dell'art. 44 T.U., cioè, era inevitabile chiedersi se il provvedimento costitutivo del contratto non concluso fosse adottato ai sensi dell'art. 2932 c.c., oppure – direttamente – in base alla disposizione dello stesso Testo Unico sull'immigrazione.

Si osserva, al proposito, che l'art. 2932 c.c. è norma di carattere generale, cui far ricorso quando sussista un obbligo (evidentemente disatteso) di concludere un contratto; invece, l'art. 44 comma 1 T.U. individuava gli specifici rimedi avverso i comportamenti discriminatori (senza peraltro imporre espressamente l'obbligo di stipulare il negozio). Inoltre, la norma generale del codice civile prevede la pronuncia di una sentenza, mentre il più agile *iter* procedurale descritto dal T.U. si conclude, nella prima fase, con un'ordinanza, o addirittura, nei casi urgenti, con un decreto motivato (cfr. art. 44 T.U., commi 4 e 5).

In base a questi rilievi, poteva dirsi che il giudice, adito per ottenere la rimozione degli effetti discriminatori, era legittimato ad adottare una pronuncia costitutiva (degli effetti) del contratto non concluso, appunto in virtù della specifica norma del T.U., all'esito degli accertamenti ivi contemplati e comunque senza necessità di far ricorso al disposto dell'art. 2932 c.c.

Si è visto in precedenza, però, che ormai, per il tenore dell'art. 4 D.Lgs. 215/03, commi 4, 5 e 6, non si attribuisce al giudice tale potere di adottare un provvedimento – atipico – direttamente idoneo alla rimozione degli effetti della discriminazione: egli (oltre a disporre per il risarcimento del danno) dovrà limitarsi a ordinare che detti effetti vengano rimossi, eventualmente articolando un piano per realizzare la stessa rimozione.

E' dunque rimessa alle parti, e innanzi tutto al “*soccombente*”, l'adozione di ogni ulteriore atto o comportamento che elimini le conseguenze del comportamento vietato: in questo senso, potrebbe anche essere ordinata la conclusione del contratto, già illegittimamente rifiutato.

⁴⁰⁶ Si veda G. SCARSELLI, *Appunti sulla discriminazione razziale*, cit., p. 832;

⁴⁰⁷ Cfr. G. SCARSELLI, op. loc. cit., nota 40.

⁴⁰⁸ Tale collegamento era reso esplicito dallo stesso Autore citato alla nota n. 87, loc. cit.

Il rispetto dell'ordine del giudice dovrebbe essere garantito dalla sanzione penale: l'art. 44 comma 8 del T.U. - espressamente richiamato dall'art. 4 comma 1 D. Lgs. 215/03 - prevede, come sopra si è visto, per chi elude i provvedimenti giurisdizionali, l'applicazione dell'art. 388 comma primo c.p. (reclusione fino a tre anni, più la multa).⁴⁰⁹

In base alle osservazioni che precedono, la tutela civilistica contro la discriminazione razziale è attualmente esaurita dagli strumenti previsti dall'art. 4 D. Lgs. 215/03: da un lato il risarcimento del danno, anche non patrimoniale; dall'altro, l'ordine del giudice (assistito da sanzione penale) di interrompere il comportamento discriminatorio e di rimuoverne gli effetti.

Entrambi i rimedi saranno successivamente studiati nel dettaglio⁴¹⁰.

Vi è da notare, in questa sede, che questi sono ovviamente i rimedi specifici apprestati dall'ordinamento vigente, ma – deve ritenersi – essi si aggiungono, e non si sostituiscono, ai rimedi generali e, in particolare, agli ordinari strumenti di tutela contro l'inadempimento e contro l'altrui fatto illecito.

In questo senso, ad esempio, ove fosse stato concluso un contratto preliminare per la vendita di un immobile e, al momento di stipulare il negozio definitivo, il venditore si rifiutasse di procedervi, perché ispirato dall'origine etnica del compratore, questi potrebbe esperire i rimedi di cui all'art. 4 D.Lgs. 215/03 ma ben potrebbe anche agire direttamente ai sensi dell'art. 2932 c.c., per ottenere la sentenza che tenga luogo del contratto definitivo rifiutato.

Anzi, la tutela specifica contro la discriminazione potrà di regola concorrere in concreto con gli strumenti ordinari.

Infatti, il ricorrente, lamentando di essere vittima dell'altrui condotta discriminatoria per motivi razziali o di origine etnica, dovrebbe infatti fornire al giudicante la prova di tale affermazione.

In base alla previsione del comma 3 dell'art. 4 in esame, egli *«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, primo comma, del codice civile»*.

Questo regime della prova per presunzioni semplici trova il proprio antecedente nel comma 9 dell'art. 44 Testo Unico, già considerato criticamente⁴¹¹ ed era in sostanza imposto al legislatore nazionale dall'articolo 8, comma primo della direttiva 2000/43/CE.

Rispetto al comma nono dell'art. 44 T.U. si è eliminato il motivo di più forte perplessità (anche in ordine alla legittimità costituzionale della norma, *in parte qua*⁴¹²), estendendo la possibilità di invocare dati statistici a tutti i casi di ricorso (e non solo a quelli in materia di rapporti di lavoro).

Pur essendo evidente il tentativo del legislatore di alleggerire l'onere probatorio a carico della parte attrice, che altrimenti si vedrebbe il più delle volte nell'impossibilità

⁴⁰⁹ Approfondendo, nel prossimo capitolo, l'analisi dei mezzi di tutela (anche con specifico riguardo al settore dell'accesso ai beni e servizi, di cui al comma primo, lettera *i* dell'art. 3 D.Lgs. 215/03), ci si dovrà chiedere, tra l'altro, se residui uno spazio per far ricorso all'art. 2932 c.c., come rimedio generale contemplato dall'ordinamento in caso di inadempimento dell'obbligo di concludere un contratto; quest'obbligo sarebbe imposto, nel caso di specie, dal provvedimento del giudice, all'esito della procedura contro l'attività discriminatoria.

La risposta al quesito avrà inevitabilmente le proprie conseguenze con riguardo, da un lato, al principio di autonomia privata e, dall'altro, all'efficacia del sistema di tutela contro la discriminazione razziale.

⁴¹⁰ Si rimanda appunto al capitolo III del presente studio.

⁴¹¹ Si veda la Sezione prima di questo capitolo.

⁴¹² Si veda l'opinione di M. CERASE, citata sopra alla nota n. 177 .

di fornire una dimostrazione davvero *diabolica*, resta ampio lo spazio per il dubbio del giudice, che, nel caso concreto, potrebbe non disporre di argomenti sufficienti per affermare l'esistenza del comportamento discriminatorio.

D'altro canto, ove, ad esempio, facendo applicazione delle sole norme comuni, si invocasse il risarcimento del danno cagionato dall'inadempimento della controparte di un contratto, non potrebbe conseguirsi ristoro del pregiudizio, e segnatamente di quello non patrimoniale, ricollegato – non all'inadempimento in quanto tale ma – all'altrui contegno discriminatorio.

Sarà buona regola, allora, per il ricorrente, seguire fin dall'inizio entrambi i percorsi di tutela: l'uno, tendenzialmente rapido, avverso la discriminazione, ai sensi del D.Lgs. 215/03; l'altro, ordinario, contro l'inadempimento.

Tra l'altro, non sarebbero ipotizzabili interferenze, tra l'uno e l'altro ordine di rimedi, attesa la diversità dei presupposti, nonché la diversa finalità e il differente contenuto dei provvedimenti conclusivi.

Quanto sopra si è detto a proposito dei rapporti tra i rimedi specifici di cui all'art. 4 del testo normativo in esame e quelli ordinari contro l'inadempimento può sostenersi anche in relazione ad altre norme di tutela, di carattere generale: ad esempio, a proposito dell'obbligo di contrarre del monopolista (art. 2597 c.c.), ovvero dell'esercente del trasporto pubblico di linea (art. 1679 c.c.).

Anche in queste ipotesi, la tutela generica (che prescinde dalla discriminazione) concorre con quella specifica, introdotta dal legislatore con il D.Lgs. 215/03, per consentire la più diretta reazione contro il comportamento illegittimo.

Ovviamente, il più spedito *iter* processuale contemplato dall'art. 4 che si analizza sarà funzionalmente collegato a quei presupposti di tutela e ai già descritti provvedimenti conclusivi: proprio la celerità, la sostanziale informalità e l'immediata efficacia della procedura (si vedano in particolare l'art. 44, commi 3, 4 e 5 del T.U. 286/98) dovrebbero anzi incoraggiare il ricorso preferenziale a queste forme di protezione.

Un cenno particolare deve riservarsi al comma sesto dell'art. 4 D.Lgs., per il quale «*il giudice può ordinare la pubblicazione della sentenza di cui ai commi 4 e 5, a spese del convenuto, per una sola volta su un quotidiano di tiratura nazionale*».

Il primo motivo d'interesse è rappresentato dal riferimento alla «*sentenza di cui ai commi 4 e 5*».

A ben guardare, questi due commi non fanno alcun riferimento ad una sentenza, ma, più genericamente, ad un «*provvedimento*» del giudice.

Anche i commi da 1 a 6, 8 e 11 del Testo Unico, espressamente fatti salvi dal comma primo dell'articolo 4 in esame, indicano, a conclusione della procedura, non una sentenza, ma una ordinanza o (nei casi urgenti e comunque in via provvisoria) un decreto motivato.

Si intuisce, dunque, come già avveniva a proposito dell'art. 44 T.U. (in particolare, a proposito del comma nono), che la fase sommaria dell'*iter* in questione, conclusa da un'ordinanza, deve essere seguita da un giudizio di cognizione ordinario, che culminerà con la sentenza⁴¹³.

Il secondo motivo d'interesse è costituito dal potere, attribuito al giudice, di disporre la pubblicazione della sentenza che ha accertato la discriminazione.

In qualche caso i giudici, applicando il Testo Unico all'epoca vigente, avevano specificamente disposto la pubblicazione del provvedimento su un quotidiano nazionale.

In particolare, si richiama il decreto 22.2.2001 del Tribunale di Bologna, con il quale si ordinava - tra l'altro - al convenuto la pubblicazione del dispositivo dello stesso

⁴¹³ Si rimanda alle osservazioni formulate nella Sezione prima di questo capitolo e alla tesi espressa da V.E. CICCHITTI, *L'azione civile contro la discriminazione cit.*, p. 739.

decreto «*nel proprio sito web nonché, per una sola volta, in pagina di cronaca nazionale, nel quotidiano “La Repubblica”*»⁴¹⁴.

La decisione era stata motivata, in diritto, con il richiamo all'art. 44, primo e settimo comma del Testo Unico; tali norme, però, come pure le altre disposizioni contemplate dallo stesso D.Lgs. 286/98, non contemplavano espressamente la pubblicazione della decisione sui quotidiani.

Dunque, la decisione del giudice bolognese doveva intendersi, e infatti esplicitamente si proponeva, come possibile contenuto del provvedimento atipico di cui al comma 1 e (oppure) come modalità del risarcimento del danno, di cui al comma settimo dell'art. 44.

Si era osservato, criticamente, che «*la finalità perseguita dal provvedimento in esame ...pare avere carattere punitivo e perseguire finalità dissuasive; ma se così fosse verrebbe meno il riferimento normativo su cui il provvedimento stesso è stato emesso*»: il dubbio, in particolare, era che «*tale provvedimento non fosse diretto a rimuovere gli effetti della discriminazione o, almeno, che fosse sovrabbondante rispetto a tale finalità*»⁴¹⁵ e, pertanto, si ponesse al di fuori delle funzioni descritte dal comma primo del suddetto art. 44.

Queste obiezioni non apparivano esagerate, dato il tenore letterale delle norme all'epoca vigenti.

Il comma sesto dell'art. 4 D.Lgs. 215/03 supera la questione, perché prevede espressamente questo potere del giudice⁴¹⁶.

Tuttavia, si nota, non sarà possibile ordinare la pubblicazione del decreto o dell'ordinanza che chiudono la prima fase (sommatoria) del procedimento in questione: occorrerà attendere la sentenza, perché così ha puntualmente disposto il legislatore.

Si può nutrire qualche riserva sull'utilità della pubblicazione della decisione, che, necessariamente, tenendo conto dei tempi necessari per lo svolgimento dei due momenti della procedura (sommario, il primo; ordinario, il secondo), interverrà molto dopo la realizzazione del comportamento sanzionato e, si auspica, anche molto dopo la rimozione degli effetti discriminatori.

Peraltro, la funzione di tale ordine di pubblicare la sentenza non è direttamente riferibile all'eliminazione degli effetti della discriminazione né al risarcimento dei danni.

La pubblicazione della sentenza sembra corrispondere, invece, all'esigenza di punire la condotta discriminatoria con una sanzione civile che ora è tipicamente prevista.

Questa *ratio* punitivo-dissuasiva impone – correttamente – di attendere la pronuncia della sentenza, quale provvedimento adottato all'esito di un giudizio di cognizione ordinario, idoneo, dunque, a passare in giudicato⁴¹⁷.

Può anche dirsi che la pubblicazione sui quotidiani nazionali contribuirà a richiamare l'attenzione della stampa e dell'opinione pubblica sulle sanzioni adottate

⁴¹⁴ Il testo del provvedimento si legge in *Diritto Immigrazione Cittadinanza*, 1/2001, pp. 101 e ss., in particolare 103.

⁴¹⁵ Così P. MOROZZO DELLA ROCCA, op. ult. cit., p. 14.

⁴¹⁶ Tra l'altro, ove non fosse stata inserita questa disposizione, il giudice non avrebbe potuto disporre la pubblicazione della decisione, essendo ormai venuto meno, come sopra si è cercato di dimostrare, il carattere atipico del provvedimento conclusivo.

⁴¹⁷ Si richiama al proposito la differenza tra la pubblicazione della sentenza di condanna, contemplata, come pena accessoria, dall'art. 36 c.p. e quella contemplata dall'art. 186 c.p. con funzione riparatoria, «*qualora la pubblicazione costituisca un mezzo per riparare il danno*». Quest'ultima è applicabile «*solo se vi sia una immediata correlazione tra il danno (...) e la pubblicazione della sentenza, nel senso che la pubblicità data alla condanna del reo abbia in sé, nel caso concreto, la capacità di porsi come mezzo per riparare quel danno*» (Cass. Sez. Un. 21 maggio 1998, in Cass. Pen. Mass., 1989, p. 1406, m. 1190): ad es., nel caso di condanna per il reato di diffamazione).

dall'ordinamento giuridico nazionale contro la discriminazione razziale, così consentendo la progressiva evoluzione della coscienza comune nel senso della piena integrazione tra le diverse etnie.

Da ultimo, si osserva che, per quanto la norma preveda la «*pubblicazione del provvedimento*»⁴¹⁸, le finalità in questione possano essere completamente soddisfatte, di norma, dalla pubblicazione di un estratto del provvedimento medesimo.

L'art. 5 D.Lgs. 215/03 è dedicato alla legittimazione ad agire delle associazioni e degli enti «*inseriti in un apposito elenco approvato con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali e del Ministro per le pari opportunità ed individuati sulla base delle finalità programmatiche e della continuità dell'azione*».

Da un lato, tali enti possono intervenire in forza di delega loro rilasciata dal soggetto passivo della discriminazione, per rappresentarlo (quindi, in nome e per conto della vittima) ovvero per sostenerlo nella sua azione⁴¹⁹.

Inoltre, ai sensi del comma terzo, quando si tratti di una «*discriminazione collettiva*» e «*non siano individuabili in modo diretto e immediato le persone lese dalla discriminazione*», le associazioni o enti sopra indicati sono legittimati ad agire direttamente (e non per delega).

Può dirsi, dunque, che nel caso di cui al comma primo le associazioni operano, nel procedimento di tutela, a favore di un interesse del singolo, che infatti dovrà rilasciare, allo scopo, apposita delega (con le forme dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata); nel caso descritto dal terzo comma, invece, quelle associazioni tutelano un interesse collettivo, del quale si fanno direttamente portatrici.

In effetti, il carattere multiforme della discriminazione razziale può determinare, in concreto, l'impossibilità di individuare le singole vittime di quei comportamenti, che pur sono idonei a colpire molte persone.

In questi casi, forse addirittura più preoccupanti, almeno sotto il profilo dell'impatto sociale, era importante assicurare comunque l'opportunità di attivare la tutela giurisdizionale, individuando un ente che si proponesse come portatore dell'interesse a ricorrere⁴²⁰.

CAPITOLO III **TUTELE CIVILISTICHE**

1. L'ambito della tutela.

1.1) Premessa.

Al fine di individuare correttamente la fattispecie discriminatoria (in relazione all'oggetto della ricerca) e di trattare poi dei meccanismi di tutela predisposti dalle disposizioni in vigore, è necessario riferirsi, come si è detto, al D. Lgs. 215/03 nonché alle norme del Testo Unico, in quanto ivi espressamente richiamate.

Il D.Lgs. 215/03 è stato emanato sulla base della Legge 1 marzo 2002, n. 39, recante «*Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia*

⁴¹⁸ Sul punto si da atto della modifica apportata dal D.lgs. 256 del 2004 già citato, il quale prevede la modifica dell'art. 4 del D.lgs. 215 del 2003, disponendo la sostituzione delle parole «*della sentenza*» con le parole «*del provvedimento*».

⁴¹⁹ In questo senso, l'art. 5 comma 1 in esame attua la previsione contenuta nel comma secondo, art. 7 della direttiva 2000/43/CE.

⁴²⁰ A proposito dell'istituendo Registro delle associazioni e degli enti che svolgono attività nel campo della lotta alle discriminazioni (art. 6 del D.Lgs. in esame), cfr. M. GENTILE, op. cit., p. 29.

alle Comunità europee – Legge comunitaria 2001”, che, all’articolo 1, delegava il Governo in vista dell’attuazione della direttiva 2000/43 CE (tra altre); in particolare, l’articolo 29 della citata L. 39/02 ha stabilito i “*principi e criteri direttivi*” cui il Governo si è dovuto attenere nell’esercizio di quella delega (art. 76 Cost.).

Non è inutile tener presente, nel prosieguo della trattazione, questo complesso di norme che, promanando da fonti diverse e, conseguentemente, avendo diversa efficacia, si sono succedute, nel tempo, sul medesimo tema della discriminazione razziale: da un lato, per la ricostruzione del quadro teorico può giovare il raffronto tra queste disposizioni (e gli intenti a ciascuna sottesi); d’altro canto, tale confronto può contribuire a orientare l’interprete, nella fase pratico-applicativa.

Si è visto come, in larga misura, il D.Lgs. 215/03 riproponga il dettato della direttiva 2000/43 e della L. 39/02; come anzi, per molti aspetti, vi si adegui letteralmente.

Ma questa coincidenza, si è detto, non è assoluta.

Per esempio, considerando le c.d. Disposizioni Finali della citata direttiva, può notarsi, che nel decreto delegato non ha avuto seguito l’art. 14, lett. a), per il quale «*Tutte le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative contrarie al principio della parità di trattamento siano abrogate*». Sono agevolmente intuibili le difficoltà cui l’interprete è chiamato a far fronte, in assenza di una clausola di “chiusura” del sistema, che abroghi esplicitamente le norme contrarie al principio così statuito e tutelato.

Neppure trova riscontro nelle fonti interne la disposizione contenuta all’articolo 14, lett. b) della direttiva: «*Tutte le disposizioni contrarie al principio della parità di trattamento contenute nei contratti collettivi, nei contratti di lavoro individuali, nei regolamenti interni delle aziende, nelle regole che disciplinano le associazioni con o senza fini di lucro e in quelle che disciplinano il lavoro autonomo e le organizzazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro siano o possano essere dichiarate nulle e prive di effetto*». Tale omissione delle norme interne d’attuazione è stata considerata «*particolarmente importante*», rimarcandosi, per contro, che il D. Lgs. 216/03 «*invece ha dato piena attuazione all’analogo principio della direttiva 78/03*»⁴²¹.

1.2) L’area dell’accesso ai beni e servizi.

Conviene ora guardare, più nel dettaglio, all’area dell’ «*accesso ai beni e servizi, incluso l’alloggio*», in quanto settore di preminente interesse civilistico: il principio della parità di trattamento è ora espressamente contemplato, in quest’area, dal D.Lgs. 215/03, *sub* art. 3, comma 1, lettera i); del resto, già la direttiva 2000/43 CE, all’art. 3, comma 1 lettera h, estendeva la tutela antidiscriminatoria al settore dell’ «*accesso a beni e servizi*» e della «*loro fornitura, incluso l’alloggio*».

Si ritiene che (in questo caso specifico) la norma nazionale sia - sostanzialmente - conforme alla disposizione comunitaria e che, dunque, non vi siano al riguardo sensibili difformità tra le due fonti, nella definizione dell’area applicativa.

Il confronto testuale, tuttavia, evidenzia l’omissione, nel D.Lgs. 215/03, del richiamo alla «*fornitura*» dei beni e dei servizi, cui, invece, la direttiva faceva esplicito riferimento.

Ma questo rilievo non sembra sufficiente per revocare in dubbio la conclusione appena formulata.

⁴²¹ Vedasi M. RIZZO, *Il recepimento italiano delle direttive comunitarie N. 43 del 29/6/2000 e N. 78 del 27/11/2000*, in Riv. Crit. Dir. Lav., 2004, II, p. 222.

Infatti, può ritenersi senza difficoltà che la «fornitura» del bene o del servizio sia una specificazione dell'«accesso» allo stesso bene o servizio: se questo è vero, essa è senz'altro ricompresa nell'ampio riferimento di cui alla lettera *i*, comma 1 della norma interna d'attuazione.

La formulazione letterale della norma comunitaria poteva anche rivestire un altro significato: poiché essa si riferiva “*all'accesso a beni e servizi e alla loro fornitura*”, si poteva considerare che, con riguardo al medesimo oggetto (i beni e i servizi), la disposizione volesse tutelare tanto l' “*accesso*”, da intendere come possibilità di ottenere da terzi quei beni e quei servizi, che la “*fornitura*”, intesa come capacità di offrirli a terzi.

Si tenterà di comprendere quali conseguenze abbia avuto il riferimento al solo “*accesso*” ai beni e servizi, nella norma interna sopra citata.

A questo punto, interessa verificare se l'estensione della tutela antidiscriminatoria all'area in questione costituisca o meno una novità rispetto al Testo Unico.

In particolare, per rispondere al quesito appena formulato, occorre riconsiderare e interpretare i primi due commi dell'art. 43 Testo Unico: il comma 1, definiva in generale la discriminazione per motivi di razza e il comma 2 ne contemplava alcune ipotesi tipiche, ove il carattere discriminatorio della condotta è presunto *iuris et de iure*.

In generale, si qualificava come discriminazione «*ogni comportamento che, direttamente o indirettamente, comporti una distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica, le convinzioni e le pratiche religiose, e che abbia lo scopo o l'effetto di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e culturale e in ogni altro settore della vita pubblica*».

La prima impressione che è dato ricavare dalla lettura di questa norma può far ritenere «*estremamente ampia*»⁴²², quasi onnicomprensiva la definizione ivi espressa.

Eppure, è possibile evidenziare due limiti:

1) la condotta doveva avere lo scopo, o doveva aver prodotto l'effetto, di pregiudicare i diritti umani e le libertà fondamentali.

Questa precisazione può apparire addirittura inutile, in quanto la condotta che discrimina per motivi di razza viola – sempre e comunque – almeno il diritto fondamentale alla parità di trattamento⁴²³. In altre parole, il comportamento discriminatorio in ogni caso, per la sua stessa essenza, viola il principio d'uguaglianza.

Da questo punto di vista, si ottiene di estendere il più possibile l'area della discriminazione razziale rilevante per il diritto, rimuovendo - attraverso l'esegesi - il primo limite stabilito dalla norma in esame.

Al proposito, si è infatti sottolineato criticamente lo «*scarso rigore linguistico*» dimostrato dal legislatore «*già in questa prima fase di definizione dell'atto discriminatorio*»; si dovrebbe quindi ritenere che la norma in esame «*nel limitare formalmente l'ambito di applicazione di detta clausola, al settore “dei diritti e delle libertà fondamentali”, abbia espresso delle mere enunciazioni di stile, ricorrendo a termini della tradizione costituzionalistica occidentale, forse al fine di promuovere, con “formule magiche” ed enfatiche il consenso generale attorno al divieto di*

⁴²² Cfr. N. DURANTE, *La tutela contro la discriminazione razziale (articoli 43 e 44 del T.U. sull'immigrazione) – Applicazioni giurisprudenziali*, cit., il quale come si è detto (c.f.r. cap. II), sottolinea che essa «*in qualche modo riprende l'art. 1 della Convenzione delle Nazioni Unite del 1966 per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale, ratificata dall'Italia con L. 1 maggio 1975, n. 654, cit.*, p. 20.

⁴²³ M.G. GAROFALO e M. MCBRITTON, op. loc. cit., p. 505.

discriminazione. Ma è evidente che l'atto discriminatorio, in qualunque ambito si realizzi, conculcando la sfera di realizzazione personale del soggetto discriminato in ragione della sua identità culturale o della sua appartenenza collettiva, costituisce inevitabilmente una lesione di quei "valori fondamentali" cui la norma fa testuale riferimento»⁴²⁴.

Eppure è difficile condividere un'interpretazione che giunge a elidere una parte della norma, come se essa fosse sovrabbondante, pleonastica, e perciò priva di significato.

Quando, per esempio, si è trattato di «*stabilire se l'azione civile contro le discriminazioni ai danni di cittadini stranieri potesse essere esperita anche contro provvedimenti limitativi o impeditivi della facoltà di svolgere, in ambito dilettantistico, una pratica sportiva*», si è concluso che «*la normativa antidiscriminatoria*» - in quanto «*di stretta interpretazione*» - dev'essere «*applicata nei soli casi da essa espressamente previsti; non, quindi, in qualunque caso di discriminazione ma solo quando sia compromesso il godimento, a parità di condizioni, di un diritto fondamentale*»⁴²⁵.

Il problema è allora quello di chiarire quali posizioni giuridiche soggettive si configurino come "diritti umani e libertà fondamentali", dal momento che di esse non esiste un elenco giuridicamente vincolante⁴²⁶.

A taluno è parso più agevole indicare, in negativo, ciò che sicuramente non rileva in vista della tutela antidiscriminatoria: in particolare, gli interessi di mero fatto previsti dalle regole sociali, mentre resterebbe incerta la collocazione degli interessi legittimi⁴²⁷. Da questo punto di vista, merita di essere qui segnalata una pronuncia del Tribunale di Milano⁴²⁸, chiamato a valutare se integrasse o meno gli estremi del comportamento discriminatorio sanzionato dall'art. 43 citato l'attribuzione, nell'ambito delle graduatorie per l'assegnazione di edilizia residenziale pubblica, di un punteggio aggiuntivo in ragione esclusivamente della cittadinanza italiana del richiedente, con conseguente trattamento deteriore per gli stranieri, pur regolarmente soggiornanti in Italia. In questa ipotesi, sembrerebbe, dunque, che i ricorrenti lamentassero una violazione dell'interesse legittimo (pretensivo⁴²⁹) alla corretta compilazione della graduatoria cui si è fatto riferimento. Il Giudice, tuttavia, osservava che «*la posizione giuridica fatta valere dai ricorrenti è senza dubbio qualificabile come diritto soggettivo: ciò che essi lamentano è infatti la violazione, da parte del Comune di Milano, di un diritto fondamentale della persona, quale quello al riconoscimento della pari dignità sociale e alla non discriminazione ... Il diritto alla non discriminazione è infatti un diritto fondamentale, di rilievo costituzionale, primario e assoluto*

⁴²⁴ Vedasi P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gli atti discriminatori e lo straniero nel diritto civile*, in AA.VV., *Principio di eguaglianza e divieto di compiere atti discriminatori*, a cura di P. Morozzo della Rocca, Napoli, 2002, p. 34.

⁴²⁵ P. MOROZZO DELLA ROCCA, op. cit., p. 35, che richiama Ord. Trib. Pescara, 14.12.2001, in Corr. Giur. 2/2002, pp. 223 e ss., con nota di E. CALO', *Sport e diritti fondamentali*, pp. 225 e ss.

⁴²⁶ Cfr. ad esempio V.E. CICCHITTI, *L'azione civile*, cit., p. 732; in generale, sul concetto di diritti umani e di libertà fondamentali, si vedano S. CASSESE, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Bari, 1988, p. 213; G. PECES, B. MARTINEZ, voce "Diritti e doveri fondamentali", in Dig. Disc. Pubbl., vol. V, Torino, 1990, pp. 139 e ss.

⁴²⁷ Così in particolare G. SCARSELLI, op. loc. cit., p. 808 (in particolare, la nota numero 6).

⁴²⁸ Tribunale di Milano, sentenza 21 marzo 2002, Cesil e altri contro Comune di Milano, in Foro It., 2003, 3175 e ss.: con nota di D. PIOMBO, il quale tra l'altro sottolinea come tale decisione sia stata «*impropriamente emessa in forma di sentenza, giacchè l'art. 44, 4° comma d.leg. 286/98 prevede che il giudice si pronunzi con ordinanza*», ivi, 3175.

⁴²⁹ Sulla nozione di interesse legittimo pretensivo, in opposizione all'interesse legittimo oppositivo, vedasi F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 2003, pp. 391 e ss.

dell'individuo, come tale incomprimibile dall'amministrazione: al pari del diritto alla salute...»⁴³⁰.

La linea argomentativa che ora si considera non affronta dunque il problema in termini positivi e può così evitare d'impegnarsi nell'indicazione delle posizioni giuridiche che rientrano nella categoria dei "diritti umani" e delle "libertà fondamentali".

Sarebbe allora necessario verificare, caso per caso, se il comportamento discriminatorio, in materia di accesso ai beni e servizi, abbia - o non abbia - lo scopo o l'effetto di compromettere quelle posizioni giuridiche soggettive essenziali.

Così, per esempio, se si ammette che il "diritto alla casa" rientri tra quelli richiamati dall'art. 43 comma primo T.U., potrebbe essere considerato giuridicamente rilevante il rifiuto di locare un appartamento a un soggetto, solo perché appartenente a una determinata razza o etnia.

2) Però, secondo l'ulteriore limite ricavabile dalla norma in esame, la compromissione del diritto o della libertà dovrebbe intervenire «*in campo politico, economico, sociale e culturale e in ogni altro settore della vita pubblica*».

Si è ormai in condizione di concludere che la condotta discriminante nel settore dell'accesso ai beni e servizi rientrava già nella previsione dell'art. 43 comma primo T.U., purchè fossero integrati i presupposti ivi descritti: **A**) il pregiudizio (attuale o potenziale, cioè quale effetto o quale scopo del comportamento) per i diritti umani e per le libertà fondamentali, **B**) in uno dei campi appena indicati.

Lo stesso art. 43 del Testo Unico, al comma secondo, contemplava poi alcune ipotesi tipiche di discriminazione, senza tuttavia riferirsi, in generale, all'area dell'accesso ai beni e servizi. Infatti, ai sensi di tale norma, era ravvisabile un atto di discriminazione quando: a) il pubblico ufficiale, la persona incaricata di un pubblico servizio o esercente un servizio di pubblica necessità che, nell'esercizio delle sue funzioni, compia od ometta atti nei riguardi di un cittadino straniero che lo discriminino ingiustamente, soltanto a causa della sua condizione di straniero o appartenente a determinate razze, etnie, religioni o nazionalità; b) chiunque imponga condizioni di maggiore svantaggio o rifiuti di fornire beni o servizi offerti al pubblico a uno straniero soltanto a causa della sua condizione di straniero (o di appartenente a determinate razze, etnie, religioni o nazionalità); c) chiunque illegittimamente imponga condizioni deteriori o rifiuti l'accesso all'occupazione, all'alloggio, all'istruzione, alla formazione, ai servizi sociali e socio assistenziali allo straniero regolarmente soggiornante in Italia, solo in ragione delle considerazioni sopra indicate; d) chiunque impedisca l'esercizio di un'attività economica legittimamente intrapresa a uno straniero regolarmente soggiornante in Italia, sulla sola base delle citate considerazioni; e) il datore di lavoro o i soggetti da lui preposti, che, con atti o comportamenti dagli effetti pregiudizievoli, discriminino anche indirettamente i lavoratori, per gli stessi motivi sopra richiamati.

Anche nel caso descritto alla lettera b) della norma in esame, dunque, l'imposizione di condizioni più svantaggiose o il rifiuto di fornire il bene o il servizio doveva avere ad oggetto beni o servizi «*offerti al pubblico*».

Del resto, come altri ha correttamente notato⁴³¹, il «*il rifiuto di fornire beni o servizi già offerti al pubblico configura sicuramente un atto illecito anche se privo di contenuti razziali*», perché, in base alle norme generali (art. 1336 c.c.), «*l'offerta al pubblico è ... incompatibile con la possibilità di un lecito rifiuto del bene offerto, poiché ... il rifiuto ... costituisce inadempimento contrattuale, e quindi sempre atto illecito*».

⁴³⁰ Trib. Milano, sentenza cit., loc. cit., p. 3180. La motivazione del provvedimento che si esamina sembra quindi avvicinarsi alla tesi sopra esposta e commentata, che ravvisa, come si è visto, una violazione del diritto fondamentale alla parità di trattamento in presenza di qualsiasi comportamento discriminatorio.

⁴³¹ G. SCARSELLI, op. loc. cit., p. 818.

L'elemento più specifico della previsione di cui alla lettera b), comma 2, dell'art. 43 T.U., nonché la stessa ragion d'essere di questa norma, consistono allora nel motivo ispiratore (l'altrui razza o appartenenza etnica) del rifiuto di dar seguito all'offerta pubblica; in presenza di questa particolare connotazione della condotta discriminatoria, si legittimava il ricorso (oltre che ai rimedi ordinari, anche) agli specifici mezzi di tutela offerti dall'art. 44 T.U.

La lettera c) del medesimo comma secondo, art. 43 T.U. è poi riferita, come si è detto, al caso di chi imponga «*illegittimamente*» condizioni più svantaggiose o rifiuti l'accesso (tra l'altro) all'alloggio, in danno dello «*straniero regolarmente soggiornante in Italia*».

Anche in questo caso, la definizione della fattispecie fa leva, da un lato, sulla limitazione del novero delle vittime (gli stranieri che si trovino nel nostro Paese in condizione di regolarità), e, dall'altro, soprattutto, sul riferimento all'«*illegittimità*» del comportamento.

La norma prevede infatti che l'imposizione di condizioni più svantaggiose o il rifiuto all'accesso all'alloggio siano già *contra legem*, a prescindere dalla loro portata discriminatoria.

Anche in questa ipotesi, quindi, se vuol farsi luogo alla specifica tutela della quale si sta trattando la condotta deve essere illegittima e discriminatoria, non diversamente da quanto si è detto poco sopra a proposito della lettera b) di questa norma.

Invece, la condotta che, anche per motivi di discriminazione etnica o razziale o religiosa, neghi l'accesso all'alloggio ad uno straniero regolarmente soggiornante in Italia, senza violare altre norme dell'ordinamento, dovrebbe rimanere estranea alla disposizione di cui alla lettera c) in esame.

Per giungere a un diverso risultato interpretativo, si potrebbe ritenere che la qualifica di illegittimità (attraverso l'avverbio «*illegittimamente*») sia riferita esclusivamente alla condotta discriminatoria per motivi di razza, quando appunto essa si traduca nell'imposizione di condizioni più svantaggiose o nel rifiutare di fornire l'accesso all'alloggio.

Quell'espressione esprimerebbe il giudizio (sintetico) dell'ordinamento sul fatto ivi tipizzato, senza rinviare al contrasto tra quel comportamento e altre disposizioni.

Di certo questa lettura non è preclusa dal dato testuale.

Però essa deve essere soppesata con cautela, perché toglie ogni rilievo all'illegittimità della condotta. Sarebbe come se, nell'incriminazione dell'omicidio, si fosse sentito il bisogno di rimarcare, pleonasticamente, nel contesto della stessa norma determinativa del precetto, l'illegittimità dell'uccisione di un uomo.

Nel diritto penale, anzi, nei casi di «*illiceità speciale*», ove è espressamente richiesto, ai fini della sussistenza del reato, che la condotta avvenga illegittimamente, se ne pretende il contrasto con altre norme.

Se il dato letterale è ambiguo, la logica avvalora piuttosto la prima opzione interpretativa.

Le altre ipotesi tipiche descritte al comma secondo dell'art. 43 T.U., sopra in sintesi richiamate, non rimandano esplicitamente all'area dell'accesso ai beni e servizi, come già si è visto.

Pertanto, può conclusivamente escludersi che il T.U. facesse rientrare per intero l'area dell'accesso ai beni e servizi nell'ambito della tutela contro la discriminazione razziale. Piuttosto, l'art. 43, citato, stabiliva limiti precisi per la nozione di comportamento discriminatorio giuridicamente sanzionabile: solo entro questi limiti, non era escluso, come si è detto, che potesse trovare protezione anche la materia dell'accesso ai beni e servizi.

E' chiaro, ormai, che la fonte comunitaria e quella interna d'attuazione hanno operato scelte diverse rispetto al T.U., poiché è stata fissata la nozione generale della discriminazione razziale e si è estesa specificamente la tutela a tutta l'area dei beni e dei servizi.

Si è così ottenuto un indubbio ampliamento della protezione contro le condotte discriminatorie, in quanto la fattispecie descritta dall'art. 43 T.U. è senz'altro più circoscritta di quella delineata dal D.Lgs. 215/03.

Non a caso, l'art. 2 D.Lgs. 215/03, dopo aver offerto la nozione generale di discriminazione (diretta e indiretta), fa salvo il disposto dell'art. 43 commi 1 e 2 T.U.

E' facile intuire che la contemporanea presenza delle due definizioni (quella del 2003 e quella del 1998) può ammettersi solo se quella anteriore ha confini più ridotti e, comunque, presupposti diversi rispetto alla nuova, che espressamente, allora, può salvarla.

Pertanto, la *fattispecie* discriminatoria, nell'area *de qua*, è in realtà la risultante delle previsioni contenute all'art. 2 D.Lgs. 215/03 e all'art. 43, primo e secondo comma del T.U., in quanto espressamente richiamate.

1.3) L'ambito di tutela ex art. 3 lettera i) del D.Lgs. 215/03.

Il riferimento ai "beni", nella sua genericità, è in grado di ricomprendere ogni aspetto (materiale o immateriale) della vita, dotato di valore o utilità, anche non patrimoniale. In questa accezione lata, anche la salubrità dell'aria costituisce un bene per la collettività.

Però, se accettassimo di intendere quel riferimento ai beni alla luce di questo significato tanto ampio, si dovrebbe ammettere che ricadono nell'ambito della tutela predisposta dalla norma tutte le ipotesi di discriminazione razziale, secondo la fattispecie descritta dall'art. 2 D.Lgs. 215/03.

Ma l'art. 3 è evidentemente ispirato dalla *ratio* di precisare l' "ambito di applicazione" della tutela, sia con riferimento ai soggetti che alle aree ivi specificamente indicate. Sarebbe quindi assurda e fuorviante quell'interpretazione che, riconoscendo tale *ratio* della norma, la vanifichi in concreto, intendendo il riferimento ai "beni" secondo la più generica - e addirittura indeterminata - accezione ricavata dal linguaggio comune.

Mutando perciò prospettiva, si ritiene che i beni ora richiamati dal legislatore siano quelli definiti dall' art. 810 c.c.: «*sono beni le cose che possono formare oggetto di diritti*»; anche l'articolo 2082 c.c., del resto, fa riferimento all'attività d'impresa come produzione o scambio di beni e servizi.

Non ci sono fratture tra il linguaggio comune e quello giuridico, invece, a proposito dell'espressione "servizi". Tra l'altro, in molti casi questa espressione si ritrova nella legge (oltre al citato art. 2082 c.c., si pensi, per esempio, all'art. 1655 c.c., recante la nozione dell'appalto, o all'art. 1679 c.c., in materia di contratto di trasporto).

E' vero, però, che anche prima della lettera *i*) il legislatore, nel contesto dello stesso art. 3 che si commenta, fa riferimento a specifici servizi, quali l'assistenza sanitaria (lettera *f*), l'istruzione (lettera *h*), la protezione e le prestazioni sociali (rispettivamente, lettere *e*, *g*).

Sembra inevitabile ritenere, allora, che i "servizi" di cui alla lettera *i*) siano tutti quelli che non rientrano tra gli altri specificamente richiamati, e che saranno offerti, almeno in prevalenza, nell'ambito di rapporti privatistici.

Secondo la prospettiva della direttiva 2000/43/CE, la norma interna ha limitato poi la protezione a quei comportamenti discriminatori penalizzanti il soggetto che aspira a

ottenere un certo bene o un certo servizio. Al contrario, non potrà invocare la norma in esame colui che invece aspira a cedere o comunque a offrire a terzi quello stesso bene o servizio.

Infatti, il legislatore tutela solo l' "accesso" a quei "beni e servizi", e dunque – soltanto – l'opportunità di conseguirli.

Se questa impostazione risulta convincente, occorre coerentemente derivarne importanti conseguenze pratiche.

Ad esempio, se il proprietario di un appartamento rifiuta, per motivi razziali, di locarlo a un soggetto che ne aveva fatto richiesta, la vittima potrà reagire secondo l'art. 4 D.Lgs. 215/03. Invece, invertendo le parti, non potrà avvalersi dei rimedi in esame il proprietario dell'appartamento che pure sia stato discriminato per ragioni attinenti alla razza o all'etnia, per le quali i potenziali conduttori non hanno voluto stipulare il contratto.

Quindi, nel caso di cui alla lettera *i* dell'art. 3), il divieto di discriminazione è attuato solo in una direzione, per assicurare a tutti le stesse opportunità di conseguire (non di cedere) quei beni e servizi.

E' giusto però interrogarsi sulla legittimità di tale scelta: se si vuole affermare la parità di trattamento, contrastando la discriminazione razziale, suscita dubbi e perplessità la scelta di confinare la protezione a un solo lato del rapporto. Infatti, non può negarsi che la condotta discriminatoria (per motivi di razza) mantenga intatto il suo disvalore, quando è perpetrata in danno dell'aspirante "acquirente" e quando è consumata nei confronti dell'aspirante "venditore" (usando in senso atecnico queste espressioni).

Probabilmente ha prevalso l'esigenza di proteggere la parte di solito più esposta e si è scelto di sanzionare i casi di discriminazione - potenzialmente - più dannosi per la vittima.

Sembra infatti subire un pregiudizio più grave colui che, non avendo un bene - e in particolare, l'alloggio - o avendo necessità di avvalersi di un servizio offerto da altri, si veda negare la possibilità di ottenerli, per motivi attinenti alla razza.

Al riguardo, prima dell'entrata in vigore del D.Lgs. 215/03 si segnalava che «*il reperimento di un alloggio e di un lavoro continua a essere ai primi posti fra i problemi che molte persone immigrate incontrano nel processo d'integrazione e, in questi due settori, sono stati registrati gravi atti discriminatori ... Le discriminazioni nel settore*» degli alloggi «*non sono limitate al solo mercato privato dell'affitto, ma anche nell'accesso alle case popolari gestite dall'IACP*» e finiscono per integrare «*vere e proprie "discriminazioni istituzionali" sia per il carattere pubblico dell'ente e del servizio coinvolti sia perché si basano formalmente sull'applicazione di "norme generali che sono uguali per tutti"*»⁴³²; inoltre, «*...molti immigrati incontrano ancora molte difficoltà nell'accesso alle case attraverso il mercato privato degli affitti. In un'indagine condotta a Verona monitorando per un anno le offerte di case in affitto pubblicate sui giornali locali, sono stati rilevati 96 annunci che riportavano in modo esplicito la dicitura "no extracomunitari"...* La pubblicazione di tale esplicita esclusione è cessata dopo che il settimanale è stato avvisato mediante lettera che tali annunci costituivano delle violazioni delle norme contro la discriminazione ...La cessazione di questi annunci nulla ci dice sulle pratiche effettive presso le agenzie immobiliari e sul comportamento reale dei proprietari. Rilevamenti effettuati in diverse città del Centro-Nord hanno evidenziato che molte agenzie immobiliari dichiarano di non poter affittare le case agli immigrati non comunitari per il volere degli stessi proprietari ...»⁴³³.

⁴³² Cfr. U. ENWEREURZOR – E. ROSI, *Discriminazione e razzismo*, in *Secondo rapporto sull'integrazione degli immigrati in Italia*, a cura di G. Zincone, Bologna, 2001, pp. 419 e ss.

⁴³³ Op. cit., p. 425.

Potrà essere invece meno disagiata la posizione di chi, disponendo già del bene e volendo cederlo o prestare un servizio, non vi riesca, per gli stessi motivi.

Queste considerazioni valgono comunque solo in generale, nè si può escludere che la parte economicamente più forte sia proprio quella del soggetto che aspira a ottenere il bene. Ad esempio, questo accade nel caso del ricco industriale, che voglia acquistare un certo immobile, senza riuscirci, a suo dire, per motivi di discriminazione razziale, realizzata, contro di lui, dal proprietario (pur non facoltoso).

Può in questa sede ulteriormente ipotizzarsi che le condotte discriminatorie siano state interpretate dal legislatore come fattori distorsivi del mercato, che si fonda sull'incontro, tendenzialmente libero, tra domanda e offerta. In questo senso, non è azzardato ritenere che la preoccupazione per la tutela della domanda voglia eliminare un ostacolo alla conclusione dell'affare e favorire, così, la circolazione dei beni.

L'incidenza di queste considerazioni "economiche", se pure vi è stata, dovrebbe immaginarsi però come secondaria, rispetto alla (sopra chiarita) volontà di tutelare la parte economicamente più debole: il carattere (ci si augura) sporadico dei casi di discriminazione razziale dovrebbe renderli, infatti, scarsamente influenti da un punto di vista generale, e poco significativi per il funzionamento del mercato.

2. Mezzi di tutela e limiti all'autonomia privata.

Conviene innanzi tutto ricordare che in Italia la lotta contro il razzismo e contro la xenofobia è stata affidata, sino al 1998, alla repressione penalistica. In particolare, erano state emanate a tal fine due leggi (L. 13.10.75, nr. 654 e L. 25.6.1993, nr. 205)⁴³⁴, che hanno avuto però scarso impatto e ben poche occasioni di concreta applicazione. Ricercando le ragioni della *«deludente prova data dal legislatore penale»*, si è considerato *«come, per un verso, di fronte a fatti non particolarmente gravi, comprensibilmente il giudice preferisca non intervenire sui loro autori – spesso giovani o giovanissimi, talvolta vittime essi stessi di una condizione di forte marginalizzazione sociale – con una pena detentiva, mentre, per altro verso, in occasione di episodi particolarmente violenti egli dispone già delle severe sanzioni previste nel codice penale»*⁴³⁵.

Dopo l'abbandono dell'approccio esclusivamente penalistico, la tutela offerta dal diritto civile contro la discriminazione razziale è oggi assicurata dagli strumenti previsti dall'art. 4 D. Lgs. 215/03: da un lato il risarcimento del danno, anche non patrimoniale; dall'altro, l'ordine del giudice (assistito da sanzione penale) di interrompere il comportamento discriminatorio e di rimuoverne gli effetti. La pubblicazione della sentenza su un quotidiano nazionale può poi rappresentare un rimedio ulteriore a disposizione della vittima, ma soprattutto sembra assolvere ad una funzione punitivo-dissuasiva.

Di fronte a questa articolazione del sistema di tutela contro la discriminazione razziale, non si potrà evitare di interrogarsi sui riflessi che potrebbero investire l'ambito dell'autonomia privata.

⁴³⁴ Non sembra voler considerare la dimensione penalistica della tutela antidiscriminatoria L. SAPORITO, *La condizione giuridica dell'immigrato extracomunitario: divieto di discriminazione e parità di trattamento*, cit., p. 1260: *«Trascorrendo dalla dimensione "comunitaria" a quella "interna" ci si avvede che, fino a tempi recenti, non v'era in Italia una legislazione generale per contrastare la discriminazione etnica e razziale. Soltanto con l'approvazione del D.Lgs. 286/98 ... è stata varata una normativa intitolata alla tutela antidiscriminatoria»*.

⁴³⁵ Così P. MOROZZO DELLA ROCCA, op. cit., pp. 22 e s.

Nel settore dell'accesso ai beni e servizi la questione appare particolarmente pregnante, perchè essi normalmente costituiscono oggetto dei negozi privatistici.

Tra l'idea di libertà e quella di uguaglianza sembra proporsi una tensione, o addirittura un conflitto⁴³⁶.

Il D.Lgs. 215/03 pone direttamente in risalto proprio questo problema, a proposito dell'area che ora interessa.

La disciplina in esame, infatti, incide sui rapporti tra privati e deve pertanto collocarsi tra due valori compresenti nell'ordinamento: il principio di non discriminazione e il principio di autonomia privata.

Se si vuole affrontare la questione dei rapporti concreti tra questi due valori nell'odierno assetto normativo, è indispensabile verificare in che cosa consista, attualmente, il principio di autonomia privata⁴³⁷, perchè finora si è trattato soltanto della parità di trattamento.

La libertà individuale può innanzi tutto esaurirsi nella sfera intima del singolo (muoversi, riposare, ecc.), ovvero può incidere nei diversi spazi della vita di relazione (dal campo della morale a quello delle relazioni sociali).

Il concetto di autonomia privata rilevante per il diritto si caratterizza appunto per la capacità e la funzione di intervenire nella vita di relazione e indica la capacità dei privati di autoregolamentare i propri interessi.

Tale autodisciplina degli interessi viene considerata dall'ordinamento come un "*fatto giuridico*", cui pertanto si ricollega la produzione di determinati "*effetti giuridici*"⁴³⁸.

Addirittura, «*connotato primario ed essenziale della persona*» è proprio questa **potestà di agire autodeterminandosi**, che si pone quale «*manifestazione del dominio (della persona, sc.) su se stessa e sulle cose che le appartengono*»⁴³⁹.

Deve subito soggiungersi, per evitare fraintendimenti, che la libertà negoziale non è solo quella **positiva** (di poter costituire, regolare, estinguere rapporti giuridici patrimoniali), ma anche quella **negativa** (di non essere costretto a eseguire prestazioni in favore di altri indipendentemente dalla propria volontà).

In altre parole, la potestà di agire autodeterminandosi comprende, prima di ogni altro profilo, la possibilità di scegliere tra l'agire, determinando un effetto giuridico, e il non agire, lasciando così immutato lo stato delle cose⁴⁴⁰.

In questi termini, l'autonomia privata sicuramente è un valore fondamentale dell'ordinamento.

Al livello della legge ordinaria, l'art. 1322 c.c., con riguardo alla materia dei contratti, espressamente si richiama al principio in esame.

Ci si chiede, però, se, mancando un esplicito riconoscimento nella Costituzione, il diritto di autodeterminarsi rientri tra quelli costituzionalmente garantiti.

Preso atto dell'assenza di una norma costituzionale che espressamente contempli il principio, può notarsi che – comunque – si tratta di un «*valore basilare*», che, ad esempio, contemporaneamente ispira e consente di realizzare il principio di libertà dell'iniziativa economica, di cui all'art. 41 Cost.

⁴³⁶ Cfr. S. VECA, *La filosofia politica*, Roma-Bari, 2005, pp. 57 e s.: «*L'idea che libertà ed uguaglianza confliggano e, secondo alcuni, debbano confliggere fra loro è un'idea ...che ha un pedigree molto importante, a partire almeno dalla questione sociale del secolo scorso ... Liberali e socialisti hanno messo a fuoco questa tensione essenziale e, in qualche senso, ricorrente, nel conflitto sociale della modernità*».

⁴³⁷ Una panoramica dei punti di vista più moderni sul tema dell'autonomia privata, vedasi A. SOMMA, *Autonomia privata*, in Riv. Dir. Civ., 2000, II, pp. 597 e ss.

⁴³⁸ Sulla nozione generale, cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, Commentario Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1970, pp. 26 e 27.

⁴³⁹ M. ESPOSITO, *Brevi annotazioni sul concetto di autonomia privata*, in Giur. Cost., 2001, I, p. 762.

⁴⁴⁰ F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in Trattato Cicu-Messineo, III, tomo I, Milano 1988, p. 44.

Si è poi osservato, però, che il principio non potrebbe avere rilievo costituzionale, perché spetta proprio alla legge – dunque, a una fonte subordinata rispetto alla Costituzione – definire i limiti dell'autonomia privata⁴⁴¹.

Ma può replicarsi che - come accade per altri valori costituzionali - anche quello in esame attende di essere opportunamente limitato, anche grazie all'intervento della legge, quale fonte sotto ordinata, per armonizzarsi, con l'opportuno bilanciamento, nel più ampio quadro degli interessi garantiti⁴⁴².

Ma proprio questo è il punto: quando si discute dell'autonomia privata, come quando si tratta del più ampio concetto di libertà (del quale il primo sembra costituire un'articolazione specifica), il problema è quello dei limiti tra le aree, gli spazi e i valori coinvolti.

Sembra anzi legittimo concludere che l'idea stessa di autonomia - nel quadro delle relazioni sociali e per come è considerata dall'ordinamento giuridico - evoca quella dei confini entro i quali può esprimersi e merita di essere salvaguardata.

Questi limiti discendono innanzi tutto dal rispetto che si deve alla libertà degli altri (si pensi al principio della relatività degli effetti del contratto) o, comunque, ad altri beni-interessi (si pensi all'invalidità del contratto con causa illecita, art. 1343 c.c.: anche le norme imperative, l'ordine pubblico e il buon costume possono essere intesi come limiti all'autonomia dei privati). Ancora, i confini imposti all'autonomia privata sono imposti dalla necessità di assicurare un contenuto concreto, sostanziale alla libertà negoziale. In dottrina si è insistito sulle differenze (di contenuto e anche di natura) tra questi limiti, potendo essi consistere *«tanto nell'obbligo quanto nel divieto di contrarre, tanto nella necessità di conformarsi ad un regolamento predeterminato, tanto nell'obbligo di rispettare la parità di trattamento; nella sostituzione automatica di clausole e nella modificazione del regolamento contrattuale...»*⁴⁴³.

Al di là di queste considerazioni più specifiche, ai fini del discorso che qui si svolge è utile rimarcare, comunque, che *«la disparità di potere contrattuale contraddice il principio della libertà contrattuale. Quando due contraenti si trovano in condizioni economico-sociali profondamente diverse, il principio normativo della libertà contrattuale, affermata in astratto, rischia di essere negato nella realtà, tende a divenire una mera formula»*⁴⁴⁴.

Pertanto, *«il problema vero è di riconoscere i limiti e l'ambito entro cui è oggi riconosciuta la libertà di contratto»*⁴⁴⁵.

In sintesi e senza alcuna pretesa di esaustività, può dirsi che l'evoluzione normativa avutasi, sul tema, in Italia, evidenzia negli anni '60 – '70 un pressante intervento pubblico *«per dirigere le scelte degli imprenditori verso fini prestabiliti dal potere politico»*⁴⁴⁶.

Negli anni '80, l'orientamento appare bruscamente invertito, anche in seguito all'adesione al Mercato Comune Europeo; la legge si limitava quindi a garantire la correttezza e l'efficienza dell'iniziativa economica, evitando tuttavia di interferire nel libero svolgimento di quest'ultima. Dagli anni '90 in poi, il legislatore ha nuovamente mutato indirizzo, ponendo mano a una serie di significativi interventi che hanno

⁴⁴¹ Vedasi C.M. BIANCA, *Il contratto*, Milano, 1987, p. 31, e Autori ivi citati.

⁴⁴² Vedasi C.M. BIANCA, *op. cit.*, pp. 32 e s.; cfr. R. SACCO, *Il contratto*, Torino, 1995, pp. 17 e ss.

⁴⁴³ S. RODOTA', *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, pp. 15 e ss.

⁴⁴⁴ P. BARCELLONA, *Libertà contrattuale*, in Enc. del Dir., vol. XXIV, Milano, pp. 487. L'espressione "libertà contrattuale" è spesso usata come sinonimo dell'altra, "libertà negoziale", della quale, più esattamente, sarebbe una *species*.

⁴⁴⁵ G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in Riv. Dir. Priv., I, 2000, p. 34.

⁴⁴⁶ Così L. MENGONI, *Persona ed iniziativa economica privata nella costituzione*, in Persona e Mercato, Padova, 1996, pp. 36 e ss.

modificato il quadro normativo preesistente (ad esempio, con la disciplina dei contratti dei consumatori o del contratto usurario)⁴⁴⁷.

Per contro, le norme comunitarie e quelle interne attuative manterrebbero un'ispirazione liberista, tanto che può al riguardo individuarsi una linea di possibile frizione tra ordinamento interno (“*solidarista*”) e internazionale-comunitario⁴⁴⁸ (“*liberista*”).

Definito, con questi cenni, il quadro di riferimento, può riproporsi la domanda che era stata provvisoriamente accantonata: come si deve valutare l'incidenza delle norme (di cui al D. Lgs. 215/03) sul divieto di discriminazione per motivi di razza sul principio di autonomia privata?

Il problema non rappresenta una novità, in quanto è stato già sollevato a proposito degli artt. 43 e 44 del Testo Unico⁴⁴⁹. Date le più ampie potenzialità applicative del D. Lgs. 215/03, esso deve essere oggi *a fortiori* riproposto.

Posto che l'autonomia privata è, innanzi tutto, libertà di scelta (in vista della regolamentazione dei propri interessi) e che, a sua volta, la discriminazione, per qualunque motivo sia realizzata, è appunto un modo di esercitare la selezione (la scelta), come possono coesistere i due principi (di autonomia privata, da un lato, e del divieto di discriminazione, dall'altro)?

Innanzitutto, il principio della parità di trattamento può intendersi come uno dei limiti della libertà negoziale. Essa - si è detto - non esiste in assoluto, ma solo dentro i confini che la vita di relazione e l'ordinamento giuridico le assegnano.

Così, i privati sono liberi di regolare come credono i loro interessi, sotto la condizione (tra le altre) che non venga violato il principio di eguaglianza tra le razze e le componenti etniche.

Potrebbe dirsi, insomma, che il proprietario di un appartamento è libero di scegliere se concederlo in locazione ed eventualmente a quali condizioni; a parità di tutti gli altri elementi, però, la sua decisione - per esempio di non concludere il contratto di locazione con Tizio - non potrà essere legittimamente fondata su intenti o scopi di discriminazione razziale, perché, in questo caso, l'ordinamento considererebbe travalicato l'ambito dell'autonomia privata e permetterebbe alla vittima di reagire con gli strumenti di cui all'art. 44 del D.Lgs. 215/03.

Si propone, dunque, di ridimensionare il problema della relazione astratta tra i due principi (divieto di discriminazione razziale - autonomia privata), in quanto l'uno è limite dell'altro⁴⁵⁰.

Infatti, il D.L. 122/93, convertito nella L. 25 giugno 1993, nr. 205, sanziona penalmente (tra l'altro) il comportamento di chi commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, la fine di proteggere la personalità e la dignità umana, che rappresentano l'oggetto giuridico di quelle norme incriminatrici.

⁴⁴⁷ G. VETTORI, *op. cit.*, p. 25.

⁴⁴⁸ A. SOMMA, *Il diritto privato liberista a proposito di un recente contributo in tema di autonomia contrattuale*, in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., Milano, I, 2001, p. 304.

⁴⁴⁹ Vedasi G. SCARSELLI, *op. loc. cit.*, pp. 811 e ss.

⁴⁵⁰ Non diversa, nella sostanza, l'opinione espressa da P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Responsabilità e danno negli atti discriminatori contro gli stranieri e le altre minoranze*, in Riv. Amm.va della Regione Lombardia, I, 2000, pp. 834, a proposito della normativa che ha preceduto il D.Lgs. 215/03; lo stesso Autore, nell'opera più recente *Gli atti discriminatori e lo straniero nel diritto civile*, cit., p. 28, così si esprime: «*In linea generale, quindi, l'operatore economico ed il negoziatore sul mercato sono liberi di contrarre o meno, così come sono liberi di realizzare disparità di trattamento, pur con importanti eccezioni e nei limiti, ..., del rispetto del divieto di compiere atti discriminatori ... E' stato osservato, in questa prospettiva, come le possibili limitazioni alla libertà contrattuale ... non debbano necessariamente tradursi in meri limiti negativi, vale a dire in comandi di non fare, ma possano esprimersi in una molteplicità di situazioni e, in sostanza, dar luogo anche a obblighi positivi di fare (ad es. di contrarre), senza il tramite di una norma ordinaria*».

Il D.Lgs. 215/03 si è quindi limitato ad apprestare la tutela civilistica avverso gli atti discriminatori (anzi, ha innovato le disposizioni che, in materia, già esistevano nel Testo Unico).

Altri percorsi argomentativi appaiono meno convincenti, rispetto a quello che si è proposto.

A proposito del Testo Unico, in particolare, si era tentato di dimostrare che le fattispecie ivi descritte all'art. 43 sarebbero già illecite per il diritto civile, a prescindere dallo scopo o dall'effetto discriminatorio. Quindi, l'unico elemento nuovo, introdotto dallo stesso T.U., sarebbe il meccanismo di tutela contro la discriminazione razziale⁴⁵¹.

A proposito del disposto dell'art. 43, comma 2, lettera *b*) T.U., si evidenziava che il rifiuto di fornire beni o servizi offerti al pubblico sarebbe comunque contrario alle disposizioni degli artt. 1336 e ss. del c.c., in quanto l'offerta al pubblico vale normalmente come proposta contrattuale. Nell'altra ipotesi tipica di cui allo stesso art. 43, comma 2, lettera *c*) T.U., il tenore letterale della norma - e in particolare l'avverbio "illegittimamente" - dimostrerebbe che il comportamento deve essere *contra ius* a prescindere dalla sua valenza discriminatoria.

La portata della fattispecie generale descritta dall'art. 43 comma primo T.U. viene poi modulata escludendo che la discriminazione razziale possa acquisire rilievo: a) nei negozi *intuitu personae*, allorché, quindi, «*la stipulazione o il perfezionamento di un negozio giuridico dipenda dalle caratteristiche personali della parte*»; b) nei negozi aventi spirito di liberalità, perché «*la gratuità, e le ragioni che la giustificano, non possono che rimanere libere da ogni vincolo e limite, se non si vuole stravolgere lo spirito e la ratio di questi negozi*»; c) per i comportamenti meramente passivi od omissivi «*se il corrispondente comportamento non è previsto dalla legge come obbligatorio*»: prima di tutto, dunque, verrebbe in considerazione la libertà di non porre in essere il negozio giuridico, ove esso non sia altrimenti dovuto (ad esempio, è dovuto nel caso dell'obbligo legale di contrarre, gravante sul monopolista, ovvero nel caso di obbligo assunto convenzionalmente, mediante un contratto preliminare)⁴⁵².

Questa tesi – pur autorevolmente sostenuta ed efficacemente motivata – non appare del tutto persuasiva.

In primo luogo, tutte le affermazioni sopra riportate sono espressione della stessa idea di fondo, che mette sullo stesso piano – come fossero valori di uguale natura e di "forza" equivalente – la discriminazione razziale e ogni altra ipotesi di scelta tra le persone.

Se si parte (consapevolmente o meno) da questo assunto, certo non potrebbe ammettersi che la scelta del privato (in uno qualunque dei campi predetti) possa essere secondo i casi del tutto legittima (ad esempio, quando il mandante sceglie il soggetto che dovrà agire per suo conto, preferendo una persona di sua fiducia) ovvero immeritevole di tutela, dal punto di vista della coscienza sociale, dell'etica o, come nel caso che ci interessa, anche per il diritto.

A proposito della libertà di "non negoziare", per esempio, al di fuori delle specifiche ipotesi di obbligo di contrarre, il soggetto certamente può scegliere di non concludere il negozio; tuttavia, se la decisione di non stipulare – in uno degli ambiti attualmente indicati dall'art. 3 D.Lgs. 215/03 – è mirata su una certa persona (o su una certa categoria di persone) e dipende dalla sua (dalla loro) razza o dall'appartenenza a una particolare etnia, l'ordinamento considera integrata un'ipotesi illegittima di discriminazione.

⁴⁵¹ Vedasi G. SCARSELLI, op. loc. cit. pp. 815 e ss.; in particolare p. 822.

⁴⁵² ID., op. cit., pp. 822, 823, e 824.

Nel settore dell'accesso alla casa, merita di essere al riguardo segnalata un'ordinanza del Tribunale di Milano, in data 30 dicembre 2000⁴⁵³. Si censurava, in quel caso, il comportamento di una società immobiliare «che aveva manifestato l'indisponibilità a concludere contratti di locazione con extracomunitari di colore», per indicazioni ricevute in tal senso dai proprietari dell'appartamento; il Giudice adito accertava la condotta discriminatoria con prove testimoniali, ordinava, ai sensi dell'art. 44 D.Lgs. 286/98, la cessazione di quel comportamento e “*tenuto conto del disagio sopportato*” dal ricorrente, provvedeva altresì alla liquidazione del danno non patrimoniale.

La tesi che si critica, del resto, doveva pur riconoscere l'esistenza di comportamenti «*legittimi ma discriminatori*», quali comportamenti che sarebbero cioè indifferenti per le altre norme e illeciti solo in quanto contrari al principio di uguaglianza (e, perciò, sanzionati).

L'esempio proposto era quello di un «*licenziamento legittimo ma inflitto a un extracomunitario solo in ragione della sua diversità*»⁴⁵⁴.

Sembra intrinsecamente debole, allora, la teoria in questione, che, fondandosi sul presupposto della preesistente illiceità del comportamento discriminatorio, è costretta poi ad ammettere che, al contrario, almeno in un certo numero di casi, tale “preesistente illiceità” non sussisterebbe.

Inoltre, il D.Lgs. 215/03 ha ampliato – come si è cercato di dimostrare attraverso il confronto testuale e il ricorso all'argomento logico – l'ambito applicativo del principio di uguaglianza; quindi, sono destinati ad aumentare i casi in cui il fatto discriminatorio sarebbe assolutamente neutro per le altre norme civilistiche.

Si pensi proprio al comportamento discriminante tenuto con riguardo all'accesso ai beni e servizi, ove, in generale, al di là della violazione dello specifico principio che si esamina, non sarebbe verificabile alcun altro motivo di illegittimità (ad esempio, nel caso del proprietario dell'immobile che rifiuti di venderlo ad un soggetto, solo perché appartenente a una determinata razza o etnia).

In conclusione, la diversa “*qualità*” del principio di uguaglianza, rispetto al principio di autonomia negoziale, impone di riconoscere il primo come (sovraordinato e quindi come) limite del secondo, risolvendo così, in radice, il problema dei loro reciproci rapporti.

Inoltre, si è riconosciuta come *ratio* dell'art. 3 D.Lgs. 215/03 anche l'esigenza di proteggere la parte economicamente e socialmente più debole, non solo quella di vietare la discriminazione razziale.

Questo rilievo poteva giustificare, ad esempio, il riferimento della lettera *i*) al solo “*accesso*” ai beni e servizi e al lato - normalmente - più debole del rapporto.

Se è vero che, in generale, il principio di non discriminazione non interferisce con la posizione sostanziale delle parti, perché la vittima della discriminazione può anche essere il soggetto con maggiori risorse economiche, è altrettanto vero che lo stesso comportamento può arrecare più grave danno, se posto in essere contro il lavoratore (lettere *a*, *b*, *c*, *d*) o contro chi aspira al conseguimento di un bene o di un servizio (lettera *i*).

Pertanto l'esigenza solidaristica sarebbe comunque sufficiente a giustificare il sacrificio dell'autonomia privata.

⁴⁵³ Si legge in Foro It., 2000, I, 2040, nonché in QDPE, 2001/III, pp. 878 e s., ove è preceduta dalla nota di Ilia Pasquali Cerioli, *Il divieto di discriminazione dello straniero: brevi osservazioni a Trib. Milano, ord. 30 marzo 2000*, ivi, pp. 874 e ss.

⁴⁵⁴ ID., op. cit., p. 825, ove peraltro non sembra considerarsi che, come detto, l'atto discriminatorio integra comunque un illecito penale.

E anzi, in questo caso, proprio il legislatore comunitario, che di solito si uniforma (come rilevato) a una prassi liberista, ha preteso dagli Stati membri, con l'emanazione della direttiva 2000/43/CE, la più efficace attuazione del principio di uguaglianza.

Risolto il problema del rapporto astratto tra i due principi cui si è fatto riferimento, resta da comprendere in quale modo la normativa del D.Lgs. 215/03 abbia limitato l'autonomia privata.

A tal fine occorre però esaminare l'apparato di tutela offerto dall'art. 4 (risarcimento del danno, ordine del giudice di interrompere il comportamento e di rimuoverne gli effetti), per verificare come essi – da un lato – assicurino la protezione del principio di uguaglianza e – dall'altro – limitino l'autonomia negoziale.

3. Analisi critica del sistema di tutela attuale contro la discriminazione razziale.

Il culmine della tutela giurisdizionale offerta dall'art. 44 D.Lgs. 215/03 è rappresentato dal provvedimento con il quale il Giudice provvede («*se richiesto*») al risarcimento del danno anche non patrimoniale e ordina di cessare il comportamento discriminatorio (ove esso sia ancora sussistente) e di rimuoverne gli effetti.

Questi contenuti del provvedimento debbono ora essere analizzati più approfonditamente, per inquadrarli dogmaticamente, coglierne i presupposti e definire il loro reciproco rapporto.

All'esito di questo percorso potrà valutarsi l'adeguatezza – o l'inadeguatezza – del sistema di protezione rispetto agli obiettivi proposti dal legislatore comunitario, con la direttiva 2000/43/CE, e ormai recepiti dal legislatore nazionale.

3.1) La tutela risarcitoria.

A proposito del risarcimento del danno, cui rimanda l'art. 44 comma 3 D.Lgs. 215/03, ci si chiede se sia limitato alla riparazione per equivalente monetario o se possa estendersi anche alla reintegrazione in forma specifica.

Secondo l'ordinamento vigente, la vittima di un danno risarcibile può scegliere – in linea di principio – fra due forme di tutela: potrà pretendere la corresponsione di una somma di denaro che compensi il pregiudizio subito, al fine di creare una situazione *economicamente* equivalente a quella che si sarebbe data in assenza del fatto illecito; oppure, secondo la previsione generale dell'art. 2058 c.c., potrà sollecitare la reintegrazione in forma specifica, affinché si ricostituisca una situazione (non economicamente ma) *materialmente* corrispondente a quella che precedeva il fatto ingiusto⁴⁵⁵.

La tutela specifica è prevista in generale dall'art. 2058 c.c. e da altre disposizioni particolari, riconducibili alla medesima categoria: così, l'art. 872 comma secondo c.c., in caso di violazione delle norme sulle distanze nelle costruzioni, prevede la possibilità della riduzione in pristino; l'art. 2599 c.c. in caso di concorrenza sleale, prevede sia l'inibitoria alla continuazione del comportamento che la determinazione dei provvedimenti per eliminare gli effetti dello stesso; l'art. 185 comma primo c.p., per il quale ogni reato obbliga alle restituzioni, a norma delle leggi civili⁴⁵⁶.

Naturalmente, in virtù del principio *factum infectum fieri nequit*, la riparazione in forma specifica non potrebbe certo eliminare il fatto produttivo del danno.

⁴⁵⁵ In generale, sul tema, si vedano: F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1992, p. 611; A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 1995, p. 643.

⁴⁵⁶ Si veda I. CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale*, Padova, 1998, pp. 791 e ss.

Semmai, essa potrà dar luogo a condizioni *analoghe* a quelle che sussistevano prima di quell'episodio e dovrebbe rappresentare, pertanto, l'opportunità di tutela elettiva, in quanto astrattamente preferibile per il danneggiato: per esempio, egli potrà, con questa reintegrazione, ottenere la sostituzione del vetro rotto con un altro analogo, oppure che un oggetto sia rimesso dove già si trovava, ovvero ancora che sia ricostruito un muro che non si sarebbe dovuto distruggere (o danneggiare).

Secondo la dottrina classica, l'ambito e i (molti possibili) contenuti della riparazione specifica possono essere descritti "*in negativo*", ricomprendendo «*tutti quei modi di riparazione del danno che non costituiscono risarcimento*»⁴⁵⁷ (per equivalente monetario).

L'art. 2058 c.c. concede in generale al danneggiato la facoltà di scegliere tra le due alternative riparatorie.

Tuttavia, la sola tutela concretamente praticabile può essere il risarcimento monetario, quando risulti impossibile la reintegrazione specifica (ad esempio, quando sia stato distrutto un quadro attribuito a un celebre pittore del passato) oppure quando essa risulti, secondo l'apprezzamento del giudice, eccessivamente onerosa per il debitore (art. 2058 c.c., commi primo e secondo).

L'art. 2933 c.c., d'altro canto, a proposito dell'esecuzione forzata in forma specifica, in caso di inadempimento dell'obbligo di non fare, esclude la possibilità di conseguire la distruzione della cosa ove ciò risulti di pregiudizio per l'interesse nazionale.

Nel concreto può darsi - anziché l'alternativa - il concorso dei due rimedi; in particolare, quando la riparazione in forma specifica possa essere solo parziale (art. 2058 comma primo c.c.), tanto che residui, ovvero resti "scoperta", una porzione di danno da risarcire per equivalente.

Nonostante quanto sin qui rilevato, a proposito della preferenza che (in astratto) il danneggiato dovrebbe accordare alla riparazione in forma specifica, che potrebbe offrirgli immediata soddisfazione, nel nostro ordinamento (e in altri sistemi giuridici continentali), fino a poco tempo fa, si è fatto ricorso, in prevalenza, al risarcimento monetario⁴⁵⁸.

I motivi di tale preferenza consisterebbero nella considerazione del denaro come idoneo a ristorare il pregiudizio arrecato a tutti gli interessi protetti⁴⁵⁹, nonchè nella maggiore praticità - anche in fase di esecuzione - della condanna al pagamento di una somma di denaro⁴⁶⁰.

Però, da qualche anno a questa parte, la dottrina evidenzia l'inadeguatezza della compensazione pecuniaria in caso di danno a beni - quali i diritti della personalità - che non hanno un contenuto patrimoniale. Si tenta quindi di ampliare i casi di tutela specifica, grazie all'art. 2058 c.c., estendendone l'applicazione oltre i confini derivati dall'impostazione tradizionale⁴⁶¹.

Riferendosi al quadro appena descritto, potrà riconoscersi che, nel caso in esame, il risarcimento del danno, anche non patrimoniale, ai sensi dell'art. 44 comma 4 D.Lgs. 215/03, è quello realizzato per equivalente monetario.

⁴⁵⁷ Così A. DE CUPIS, *Fatti illeciti*, in Comm. Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1971, p. 139; si soggiunge che lo stesso Autore, poco prima (loc. cit.) aveva indicato il risarcimento (*tout court*) e la reintegrazione in forma specifica come *species* del genere "*riparazione del danno*".

⁴⁵⁸ Cfr. C. SALVI, *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, Napoli, 1985, pp. 36 e ss.; ID., *Risarcimento del danno*, in Enc. Dir., Milano, 1988, p. 1085.

⁴⁵⁹ Vedasi in proposito D. MESSINETTI, *Danno giuridico*, in Enc. Dir., Milano, 1997, p. 470.

⁴⁶⁰ Cfr. A. DE CUPIS, *Fatti illeciti*, cit., p. 144; lo stesso Autore non nasconde, peraltro, che la maggiore difficoltà pratica della condanna al risarcimento monetario consiste nella liquidazione del danno: cfr. op. cit., p. 145.

⁴⁶¹ Cfr. A. D'ADDA, *Il risarcimento in forma specifica. Oggetto e funzioni*, Padova, 2002, in particolare, pp. 10 e ss.

La ricostruzione di una situazione *materialmente* corrispondente a quella che si sarebbe data in assenza del comportamento discriminatorio è poi ottenuta mediante l'ordine del giudice di porre termine alla condotta ingiusta e di eliminarne gli effetti, secondo l'espressa previsione della stessa norma appena citata⁴⁶².

Il legislatore, nella stessa disposizione, ha dunque richiamato e reso praticabili entrambi i meccanismi riparatori: il "risarcimento" del danno è realizzato mediante la corresponsione di una somma di denaro con funzione compensativa; la reintegrazione in forma specifica è attuata attraverso il suddetto ordine del giudice⁴⁶³.

Secondo le regole generali, perché possa accordarsi il risarcimento del danno deve essere accertata una corrispondente responsabilità. Per coglierne la natura e i presupposti, e poi per individuare i criteri per la liquidazione del danno, si consideri che la condotta discriminatoria non presuppone né implica necessariamente l'esistenza di un contratto. Anzi, più spesso la vittima del comportamento discriminatorio ne sopporta gli effetti prima della conclusione di un contratto, o comunque a prescindere. Al proposito, si ricorda che (come sopra si è detto), quando era in vigore il T.U., la giurisprudenza si era occupata del caso di alcuni cittadini extracomunitari, che invocavano la cessazione della discriminazione realizzata, in loro danno, attraverso il rifiuto - opposto dal mediatore - di avviare le trattative per la successiva stipulazione di contratti di locazione di immobili⁴⁶⁴.

Tali ipotesi ora rientrerebbero nel caso considerato dalla lettera *i*), comma 1, art. 43 D.Lgs. 215/03 e chiariscono che la condotta dannosa può precedere addirittura l'avvio delle trattative. Nei casi suddetti, i giudici avevano accordato comunque il risarcimento del danno (non patrimoniale), ravvisando, evidentemente, una responsabilità in capo ai convenuti.

Il risarcimento per equivalente, di cui all'art. 44 D.Lgs. 215/03, si ritiene conseguenza dell'accertamento di una responsabilità *ex delicto*, con riferimento al diritto di non subire discriminazioni per motivi di razza od origine etnica, integrante un interesse fondamentale della persona.

In dottrina, si è poi chiarito che «qualora l'atto o la condotta si inseriscano in un rapporto contrattuale (ad esempio in un rapporto di lavoro subordinato), costituendo certamente inadempimenti dell'obbligo di adempiere esattamente all'obbligazione e secondo parametri di buona fede, la responsabilità del soggetto agente sarà di tipo contrattuale, e la persona discriminata potrà avvalersi della presunzione di colpa della controparte, la quale sarà onerata della prova contraria ... Ovviamente, nel caso del rapporto contrattuale potranno coesistere le due azioni di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, secondo le regole del diritto comune»⁴⁶⁵.

Con riguardo, però, all'altra ipotesi, ritenuta più frequente e problematica, l'interprete, nel silenzio normativo, sarà chiamato a determinare gli elementi che debbono concorrere per l'esistenza di questa specifica ipotesi di responsabilità da fatto illecito.

In particolare, il *delictum* dovrà essere costituito dal fatto (intendendo per tale l'elemento obiettivo, cioè la vicenda che ha originato il danno ingiusto e che è riferibile a uno o più soggetti) e dall'elemento psicologico, nelle varianti del dolo e della colpa⁴⁶⁶.

⁴⁶² Su tale forma di riparazione in forma specifica, vedasi più diffusamente di seguito, il paragrafo 3.2).

⁴⁶³ La terminologia dunque corrisponderebbe alle osservazioni di A. DE CUPIS, *Fatti illeciti*, op. loc. cit. alla nota 263.

⁴⁶⁴ Cfr. Tribunale di Milano, 30 marzo 2000, in *Quest. Giust.*, 2000, nr. 3, pp. 596-97; Trib. Bologna, 22 febbraio 2001, in *Dir. Immigrazione Cittadinanza*, I, 2001, pp. 101-02.

⁴⁶⁵ Vedasi M. RIZZO, *Il recepimento italiano delle direttive comunitarie n. 43 del 29/6/2000 e n. 78 del 27/11/2000*, cit., p. 235.

⁴⁶⁶ In generale, v. C.M. BIANCA, *Diritto civile - Vol. V - La responsabilità*, Milano, 1994, pp. 573 e ss.

Nell'ipotesi che si considera, infatti, non è dato ravvisare un caso di responsabilità oggettiva; dato che le norme non offrono indicazioni in tal senso, dovrebbe valere la regola generale d'imputazione soggettiva del fatto. E' stato d'altronde osservato che «*a parte le ipotesi di responsabilità per fatto altrui, le varie figure di responsabilità speciale presentano un dato comune, quello di riguardare attività o cose pericolose, cioè dotate di un'intrinseca potenzialità dannosa*»⁴⁶⁷; ma nessuna di queste particolarità potrebbe essere riscontrata nel caso *de quo*.

Pertanto, la condanna al risarcimento del danno non può conseguire automaticamente all'individuazione - e all'affermazione di esistenza - del comportamento discriminatorio, che integra (solo) l'elemento materiale dell'illecito civile. Occorrerà poi verificare (caso per caso) se quel fatto obiettivamente discriminatorio (e perciò *contra ius*) sia stato realizzato con dolo o con colpa⁴⁶⁸.

Nel difetto della prova dell'elemento psicologico, il giudice non può disporre la riparazione per equivalente monetario; per questo, il risarcimento del danno non costituisce certamente la forma di tutela automatica e indefettibile in caso di comportamento discriminatorio.

Questa precisazione ha anche un rilievo pratico.

Infatti, nel caso concreto quei coefficienti psicologici (dolo, colpa) potrebbero mancare, o comunque non essere dimostrati.

Ciò è più probabile nei casi di discriminazione indiretta, di cui all'art. 2, comma primo, lettera **b**) del D.Lgs. 215/03, allorchè un comportamento apparentemente neutro può mettere la persona di una determinata razza od origine etnica in una condizione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone. Proprio l'apparente neutralità del comportamento in sé considerato, unita alla semplice potenzialità del pregiudizio, potrebbero indurre, nel caso concreto, a escludere il dolo o la colpa in capo all'agente.

Già il Testo Unico escludeva qualunque automatismo tra il fatto discriminatorio e la condanna al risarcimento del danno; all'art. 44, comma 7, si leggeva infatti che «*con la decisione che definisce il giudizio il giudice può altresì condannare il convenuto al risarcimento del danno, anche non patrimoniale*». Quel "potere" (potestà) del giudice conseguiva, com'è ovvio, al positivo riscontro di tutti gli elementi costitutivi (oggettivo e soggettivo) della responsabilità *ex delicto*.

L'art. 4, comma quarto del D.Lgs. 215/03 afferma al riguardo che «*il giudice, oltre a provvedere, se richiesto, al risarcimento del danno, anche non patrimoniale, ordina la cessazione del comportamento ...*». In base al dato letterale, potrebbe pensarsi che la condanna al risarcimento monetario immancabilmente consegua all'accertamento del fatto discriminatorio, sol che ne sia fatta richiesta. Ma questa interpretazione sarebbe completamente estranea al sistema, per le ragioni appena esposte; allora, si intende che il giudice, di fronte a una domanda di risarcimento, dovrà comunque verificare la sussistenza di tutti gli elementi essenziali dell'illecito produttivo di un danno risarcibile⁴⁶⁹.

Quanto alla risarcibilità del danno (anche) non patrimoniale, secondo la previsione dello stesso comma quarto, art. 4 D.Lgs. 215/03, può poi notarsi che tale "danno non

⁴⁶⁷ Così C.M. BIANCA, op. cit., p. 686.

⁴⁶⁸ Nello stesso senso, M. RIZZO, op. cit., loc. cit.: «*...mentre per aversi condotta discriminatoria passibile di tutela inibitoria e volta alla rimozione degli effetti dell'atto o condotta illegittimi non occorre che il soggetto discriminante abbia agito con dolo o colpa, rilevando ... la portata oggettivamente svantaggiosa della stessa, qualora il lesso voglia ottenere il risarcimento del danno, necessariamente verranno in rilievo gli elementi costitutivi della responsabilità civile, la quale normalmente richiede l'imputabilità dell'evento dannoso almeno a titolo di colpa (...) in questo caso il lesso sarà tenuto a dare la prova dell'elemento soggettivo della colpa o del dolo dell'offensore*».

⁴⁶⁹ Già si era sottolineata l'infelice formulazione di questa disposizione, arrivando alle medesime conclusioni: cfr. capitolo II, sezione terza, nota 211.

patrimoniale” è costituito dalla lesione di interessi che, secondo la coscienza sociale, non hanno un contenuto economico⁴⁷⁰. Esso è infatti inteso anche quale danno “*morale*”, e il relativo risarcimento si configura quale *pecunia doloris*⁴⁷¹.

Il danno non patrimoniale, ai sensi dell’art. 2059 c.c., «*deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge*» e l’art. 185, comma secondo c.p. impone l’obbligo di risarcire il danno «*patrimoniale o non patrimoniale*» cagionato dal reato.

Per il combinato disposto di queste due norme, «*i danni non patrimoniali sono di massima irrisarcibili se non ricorre una fattispecie penale*»⁴⁷².

Ma il diritto privato, dapprima fondato in misura largamente prevalente sui valori della proprietà e dell’impresa, si evolve nel senso della tutela della persona e riconosce interessi che non hanno natura né contenuto patrimoniale, in armonia con le previsioni dell’art. 2 Cost.⁴⁷³.

La tendenza sarebbe allora quella di espandere l’area di risarcibilità dei danni non patrimoniali, oltre le ipotesi di pregiudizio derivante da reato e – comunque – in virtù di espresse previsioni di legge.

Non mancano al proposito le riserve, anche efficacemente motivate. Si rileva, da un lato, il possibile snaturamento del rimedio risarcitorio, che finirebbe per proporsi come sanzione privata. Si nota, poi, che l’area dei diritti fondamentali della persona confina con quella degli analoghi interessi fondamentali di altri consociati, cosicché la minaccia di una condanna al risarcimento del danno non patrimoniale rischierebbe di comprimere la libera esplicitazione delle posizioni soggettive essenziali. In questi casi di riparazione pecuniaria del pregiudizio non patrimoniale, il legislatore dovrebbe limitare la responsabilità ai soli casi di comportamento doloso, individuando preventivamente (nella norma) l’entità del risarcimento⁴⁷⁴.

A proposito del comma settimo dell’art. 44 T.U., che ammetteva la possibilità di ottenere il risarcimento del danno non patrimoniale, come oggi prevede il comma quarto dell’art. 44 D.Lgs. 215/03, la dottrina ravvisava una «*grande novità per il nostro ordinamento*», in quanto, appunto, la riparazione monetaria del pregiudizio non patrimoniale sarebbe «*sganciata dalla sussistenza di una figura di reato*»⁴⁷⁵.

⁴⁷⁰ In generale, vedasi R. SCOGNAMIGLIO, *Danno morale*, in Nss. Dig. It., vol. V, Torino, 1968, p. 146.

⁴⁷¹ Vedasi A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 1995, p. 641.

⁴⁷² C.M. BIANCA, op. ult. cit., p. 169. Cfr. però, più recentemente, M. RIZZO, op. cit., loc. cit.: «...una tutela risarcitoria, che espressamente comprende anche il “danno non patrimoniale”, cioè il danno che deriva da ogni ingiusta lesione di un valore inerente la persona, costituzionalmente garantito, consistente in pregiudizi non suscettibili di valutazione economica, senza soggezione al limite derivante dall’art. 185 c.p. (cfr. Cass. 31/5/03 n. 8827 e Cass. 31/5/03 n. 8828, entrambe in Corr. Giur. 2003, 1017 e sgg.), documento che comunemente viene conosciuto come danno esistenziale». Infatti, secondo Cass., Sez. 3, 31.5.03, nr. 8827: «Il danno non patrimoniale conseguente alla ingiusta lesione di un interesse inerente alla persona, **costituzionalmente garantito, non** è soggetto, ai fini della risarcibilità, al limite derivante dalla riserva di legge correlata all’art. 185 cod. pen., e **non** presuppone, pertanto, la qualificabilità del fatto illecito come reato, giacché il rinvio ai casi in cui la legge consente la riparazione del danno non patrimoniale ben può essere riferito, dopo l’entrata in vigore della Costituzione, **anche alle previsioni della Legge fondamentale**, ove si consideri che il riconoscimento, nella Costituzione, dei diritti inviolabili inerenti alla persona non aventi natura economica implicitamente, ma necessariamente, ne esige la tutela, ed in tal modo configura un caso determinato dalla legge, al massimo livello, di riparazione del danno non patrimoniale».

⁴⁷³ In generale, P. GALLO, *Pene private e responsabilità e responsabilità civile*, Milano, 1996; più specificamente, V. LA BROCCA, *L’azione civile* cit., p. 1265.

⁴⁷⁴ Cfr. A. PROTO PISANI, *La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità: strumenti e tecniche di tutela*, in Foro It., 1990, V, p. 2.

⁴⁷⁵ Testualmente, V. LA BROCCA, op. ult. cit., p. 1263; sostanzialmente nello stesso senso, A. CALLAIOLI – M. CERASE, *Il testo unico delle disposizioni sull’immigrazione*, cit., p. 294.

Ci si chiede, però, se davvero la riparazione pecuniaria del danno morale, ammessa dall'art. 4 comma quarto D.Lgs. 215/03, sia - sempre - "sganciata" da un reato corrispondente.

Convorrà ricordare che l'art. 3, comma primo, in particolare lett. A), della L. 13 ottobre 1975, n. 654, come modificata dalla L. 25 giugno 1993, n. 205 punisce con la reclusione (anche) chi «*commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi*»: l'ampia formulazione incriminatrice sembra dunque poter coincidere con quella civilistica, ex art. 2 D.Lgs. 215/03.

In particolare, la discriminazione diretta (art. 2, comma primo lettera *a*) D. Lgs. 215/03) e quella realizzata mediante molestie o comportamenti indesiderati (art. 2, comma 3 D.Lgs. 215/03) può al contempo rilevare in sede civile e in sede penale (con riferimento alla predetta ipotesi delittuosa).

Nei casi di discriminazione indiretta (art. 2, comma primo, lettera *b*) D.Lgs. 215/03) può invece dubitarsi della - piena - sovrapposibilità della fattispecie delittuosa e di quella civilistica, in quanto la norma incriminatrice fa riferimento al compimento di atti di discriminazione, senza indicare in che cosa essa dovrebbe consistere. Potrebbero allora rientrarvi anche i casi di comportamenti "apparentemente neutri", descritti dal D.Lgs. 215/03. Nella pratica, i casi più frequenti possono anzi essere proprio quelli di discriminazione indiretta, contro i quali dovrebbe essere quindi più efficace la reazione dell'ordinamento, con il concorso della tutela civile e penale. Tuttavia, nell'interpretazione-applicazione della suddetta norma incriminatrice, si può propendere per la soluzione restrittiva, secondo il canone della legalità-tassatività, facendovi rientrare solo gli atti e i comportamenti immediatamente discriminatori.

Le tesi, sopra richiamate, che ravvisano, nel caso *de quo*, un'ipotesi di risarcibilità del danno morale priva di una corrispondente figura criminosa debbono quindi essere prudentemente valutate.

Potrebbe obiettarsi che gli Autori citati intendessero - soltanto - sottolineare che il risarcimento del danno non patrimoniale è autonomo rispetto alla sussistenza del reato, perchè il primo potrebbe essere conseguito pur se, per esempio, difetti nel caso concreto il dolo, necessario elemento psicologico del delitto; in questo caso, comunque, non sarebbe appropriata la considerazione del comma quarto dell'art. 4 D.Lgs. 215/03 come una «*grande novità per il nostro ordinamento*».

Per la tesi prevalente, il giudice potrebbe condannare il convenuto a risarcire il danno morale dopo aver verificato la sussistenza della sola «*fattispecie materiale del reato*»⁴⁷⁶.

Nei casi concreti cui in precedenza si è fatto riferimento, si lamentava l'indisponibilità, da parte del mediatore immobiliare, ad iniziare le trattative per la locazione di alloggi a extracomunitari. I Giudici condannavano i soggetti responsabili del comportamento discriminatorio al risarcimento del solo danno morale, in favore delle vittime, non essendo stata provata la sussistenza di ulteriori danni patrimoniali. Però, il Tribunale di Milano quantificava la somma dovuta a tale titolo nell'importo di un milione di lire, mentre il Tribunale di Bologna decideva di liquidare dieci milioni di lire. L'evidente differenza tra gli importi del risarcimento sembra essere derivata sia dal numero dei ricorrenti (cinque persone avevano adito il Tribunale di Bologna, laddove unica era la

⁴⁷⁶ C.M. BIANCA, op. ult. cit., pp. 171-72; cfr. Cass. 20-11-90, n. 11198, rv. 469823: "La risarcibilità del danno non patrimoniale, a norma dell'art. 2059 c.c., in relazione all'art. 185 c.p., non richiede che il fatto illecito integri un reato punibile per il concorso di tutti gli elementi a tal fine rilevanti per la legge penale, essendo sufficiente che il fatto stesso sia astrattamente preveduto come reato e sia, pertanto, idoneo a ledere l'interesse tutelato dalla norma penale..."; nello stesso senso, Cass. 18-6-85, n. 3664; Cass. 28-4-77, n. 1623, tutte citate in Codice Civile annotato con la giurisprudenza, a cura di F. CARINGELLA, G. DE MARZO e F. IZZO, Napoli, 2001, p. 2215.

vittima nel caso del ricorso al Tribunale di Milano) sia dal fatto che i danni sono stati liquidati in via equitativa in entrambe le occasioni (ai sensi dell'art. 1226 c.c., richiamato dall'art. 2056 comma primo c.c., per i casi di impossibilità di provare il "preciso ammontare" del danno).

Tuttavia, al fine di scongiurare il rischio di ingiustificate disparità di trattamento e di realizzare in tutti i casi un'effettiva riparazione del danno lamentato, è auspicabile che la giurisprudenza giunga a elaborare univoci criteri per la liquidazione di questo particolare danno morale⁴⁷⁷, uniformandovisi anche in caso di liquidazione equitativa.

Del resto, la dottrina non ha mancato di criticare la decisione del Tribunale di Milano, rilevando l'esiguità della somma nell'occasione liquidata, che appariva (prevalentemente) simbolica e non poteva effettivamente ristorare il pregiudizio⁴⁷⁸.

A questo proposito, deve ricordarsi che, secondo l'art. 4, comma 5 D.Lgs. 215/03, all'atto della liquidazione, il giudice dovrà anche considerare se «l'atto o il comportamento discriminatorio costituiscono ritorsione ad una precedente azione giudiziale ovvero ingiusta reazione ad una precedente attività del soggetto leso volta a ottenere il rispetto del principio della parità di trattamento».

Il legislatore ha così inteso eliminare le possibili remore che potrebbero trattenere le vittime al momento di invocare la protezione contro i fatti discriminatori, tutelando ulteriormente coloro che, essendosi attivati per l'attuazione del principio di non discriminazione, si ritrovino penalizzati da ulteriori comportamenti discriminatori, tenuti in loro danno (anche o solo) a titolo di ritorsione per le precedenti iniziative. Questo criterio di liquidazione del danno sembra pertanto corrispondere ad una funzione dissuasiva e sanzionatoria, nei confronti dell'autore dei comportamenti, piuttosto che a quella propriamente riparatoria, a vantaggio della vittima⁴⁷⁹.

A proposito della norma che si esamina, si è comunque escluso, in generale, che «il risarcimento del danno possa qualificarsi come sanzione, atteso che lo stesso non consegue automaticamente dall'accertamento del comportamento o atto discriminatorio, ma solo in caso di espressa domanda del soggetto leso»⁴⁸⁰.

3.2) La tutela positiva: riparazione in forma specifica e attuazione coercitiva del contratto.

Il procedimento in esame può anche concludersi con la riparazione in forma specifica. Infatti, il giudice può ordinare di: **A)** cessare il comportamento, la condotta, l'atto discriminatorio e di **B)** rimuoverne gli effetti.

Prima di trattare distintamente dei due possibili contenuti dell'ordine del giudice, converrà ricordare che la violazione di questi provvedimenti è penalmente sanzionata (art. 388 c.p.).

A) Come può facilmente intuirsi, il giudice potrà ordinare la cessazione del fatto discriminatorio solo ove esso abbia carattere continuativo o, comunque, ripetibile. Non avrebbe senso, infatti, la disposizione che imponesse la cessazione di una condotta già interamente esaurita e che, per la sua natura e i suoi contenuti, non è destinata a

⁴⁷⁷ In questo senso, già L. MUGHINI, *Prime riflessioni a margine dell'ordinanza del tribunale di Firenze in materia di azione contro la discriminazione razziale*, in Dir. Imm. e Citt., I, 2000, p. 85.

⁴⁷⁸ Vedasi P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Responsabilità e danno*, cit., pp. 834-35, ove esplicitamente si ipotizza che il giudice, nel caso in questione, abbia voluto quasi compensare con l'esiguità del risarcimento il fatto di aver riconosciuto sussistente il comportamento discriminatorio pur in assenza di prove decisive.

⁴⁷⁹ Del resto, secondo la dottrina più moderna, la responsabilità civile avrebbe insieme funzione compensatoria, sanzionatoria e preventiva: cfr. P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in Tratt. Dir. Civ. (cur. SACCO), Torino, 1999, p. 19.

⁴⁸⁰ Così M. RIZZO, op. cit., p. 236.

riproporsi in futuro. Ad esempio, se il proprietario di un appartamento ha preferito vendere l'immobile a un aspirante acquirente, anziché a un altro, per motivi etnici o razziali; naturalmente, in questa ipotesi e in quelle consimili che possono essere formulate, il giudice, riconoscendo il carattere discriminatorio del comportamento del venditore (pronuncia dichiarativa), ben potrà condannarlo al risarcimento del danno, ove ne ravvisi la responsabilità⁴⁸¹.

Quindi, per una precisa esigenza logica, l'ordine di cessare il comportamento discriminatorio potrà essere pronunciato solo quando il fatto non si sia esaurito *uno actu* o sia ripetibile in futuro.

Nel caso dei precedenti giurisprudenziali sopra citati, ad esempio, gli agenti immobiliari che già avevano rifiutato di avviare le trattative per la locazione di appartamenti con le persone di nazionalità extracomunitaria, sono stati condannati – tra l'altro – alla cessazione del comportamento pregiudizievole.

Ma, a questo punto, è necessario distinguere la natura attiva od omissiva del comportamento ingiusto.

Nel primo caso, la vittima otterrà piena soddisfazione dalla cessazione del comportamento discriminatorio, imposta dal giudice. Per esempio, se un certo servizio è offerto ai cittadini extracomunitari a condizioni più svantaggiose o a prezzi più elevati (in ragione della loro razza), la vittima, conseguita la cessazione di quel comportamento, per il futuro effettivamente disporrà di quel servizio in condizioni di parità rispetto agli altri.

Come si è detto, la violazione di quell'ordine del giudice potrà integrare il delitto previsto e punito dall'art. 388 comma primo c.p.

Invece, l'esecuzione forzata in forma specifica sarà praticabile, secondo le regole generali (art. 2933 c.c.), solo quando si voglia ottenere la distruzione di ciò che è stato eseguito in violazione dell'obbligo di non fare.

Quando la discriminazione sia stata realizzata mediante un'omissione, il provvedimento del quale si tratta può lasciare insoddisfatta l'aspirazione sostanziale del ricorrente. Per esempio, nel caso delle agenzie immobiliari che si rifiutino di trattare per la locazione di appartamenti agli extracomunitari, l'ordine del giudice di cessare il comportamento discriminatorio non impone certo ai convenuti di concludere quei contratti; perciò, l'accesso al bene-casa da parte delle vittime della discriminazione non è (in queste ipotesi) direttamente garantito.

A tale riguardo, si nota che *«non sembra sostenibile un obbligo a contrarre oltre le ipotesi tipiche (artt. 1679 e 2597 c.c.): l'obbligo di contrarre del monopolista è infatti disposizione assolutamente eccezionale che non ammette analogia. Al divieto di discriminare lo straniero in ragione della sua condizione non corrisponde uno speculare obbligo di stipulare un contratto in suo favore ... la giurisprudenza che verrà formandosi potrà meglio precisare i contorni e le caratteristiche del potere prescrittivo riconosciuto al giudice ...»*⁴⁸².

Le norme contro la discriminazione razziale non risultano aver introdotto l'obbligo legale di concludere i contratti (in specie, di accesso ai beni e servizi, incluso l'alloggio), ma precludono che nella conclusione e nell'esecuzione dei negozi giuridici

⁴⁸¹ Si dovrà tornare su queste ipotesi, per chiarire, in particolare, se l'ordine di rimuovere gli effetti della discriminazione possa giungere fino a travolgere le posizioni soggettive ormai acquisite da terzi: si pensi al caso di chi sia stato preferito ad altri, nella conclusione di un contratto di compravendita o di locazione di un appartamento, a causa della razza o dell'origine etnica degli esclusi.

⁴⁸² Così M. BOUCHARD, *Discriminazione a Milano: il rifiuto di stipulare contratti di locazione con extracomunitari di colore*, in Quest. Giust., III, 2000, p. 596.

(nei settori contemplati dall'art. 2 D.Lgs. 215/03) i soggetti siano penalizzati in base alla razza o all'origine etnica⁴⁸³.

Di conseguenza, il contenuto e l'efficacia satisfattiva della tutela specifica dipenderanno dal contesto concreto. Tornando all'esempio proposto, le agenzie di mediazione immobiliare dovranno avviare le trattative per la locazione di appartamenti anche con cittadini extracomunitari, ma nulla si potrebbe dire circa l'esito di queste trattative, né il proprietario dell'immobile può essere costretto a concludere il contratto. L'autonomia negoziale deve sopportare l'unico limite dell'illegittimità della scelta del contraente in base alla sua origine razziale o etnica, mentre tutte le altre valutazioni restano libere; innanzi tutto, il proprietario potrà considerare l'opportunità (o l'inopportunità) di concedere il proprio bene in locazione e, nel caso, a quali condizioni (canone, durata, facoltà di recesso, spese, ecc.).

E' indubbio che l'accesso a determinati beni e servizi (e, prima di tutto, la possibilità di fruire di un alloggio decente) da parte delle minoranze etniche costituisca un problema sociale pressante e non eludibile⁴⁸⁴; però, esso non appare risolvibile sulla base della (sola) normativa in esame.

Infatti, queste norme non prevedono misure socio-assistenziali o finalizzate comunque a rimuovere i fattori di sostanziale disparità, anche se, come detto, considerano la maggior debolezza che normalmente sopporta l'esponente di tali minoranze⁴⁸⁵.

In altri termini, il D.Lgs. 215/03 vuol tutelare l'eguaglianza formale, salvaguardando le pari opportunità ai "punti di partenza"⁴⁸⁶, non anche l'effettiva fruizione del bene o del servizio da parte dei soggetti svantaggiati.

Alla luce di queste premesse si ridimensiona il problema costituito dalla possibilità di pervenire a una pronuncia del giudice, che tenga luogo del contratto non concluso, secondo l'art. 2932 c.c.⁴⁸⁷.

Tale norma, come è noto, assicura l'esecuzione in forma specifica di un obbligo di contrarre già esistente, derivato solo dalla volontà delle parti⁴⁸⁸ ovvero, secondo altra interpretazione⁴⁸⁹, anche dalla legge (si pensi agli obblighi legali di contrarre).

Le disposizioni contro la discriminazione, come si è visto, non impongono l'obbligo di concludere il contratto con i soggetti penalizzati. Né potrebbe essere il giudice, con il provvedimento che conclude l'iter di tutela, a stabilire tale obbligo di contrarre, in quanto una simile eventualità non è in alcun modo contemplata dall'ordinamento⁴⁹⁰.

⁴⁸³ Vedasi, però, a proposito dell'art. 44 T.U., P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gli atti discriminatori e lo straniero nel diritto civile*, cit., p. 45: «Riterrei che all'interno dell'ampia formulazione legislativa sui possibili rimedi giudiziali sia anche ricompresa la possibilità di una pronuncia costitutiva che tenga luogo del contratto non stipulato per ragioni discriminatorie, purchè ve ne siano i presupposti sostanziali, tra i quali, in primo luogo, la determinazione dell'oggetto e l'effettivo interesse del soggetto discriminato ad instaurare coattivamente il rapporto».

⁴⁸⁴ Cfr. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Responsabilità e danno*, cit., p. 835; M. BOUCHARD, op. ult. cit., p. 596: «Dobbiamo mettere fin d'ora in conto una sicura espansione degli ostacoli che verranno frapposti agli stranieri nella ricerca del bene-casa...».

⁴⁸⁵ Cfr. in questo capitolo, par. 1.

⁴⁸⁶ Si fa riferimento alla tesi di A. CERRI, citata al capitolo primo, paragrafo 1, nota 12, quando mette a confronto l'eguaglianza formale come parità dei punti di partenza e l'eguaglianza sostanziale come parità dei punti d'arrivo.

⁴⁸⁷ La questione era stata sollevata e temporaneamente accantonata nel capitolo II, sezione terza, a proposito dell'art. 4 D.Lgs. 215/03.

⁴⁸⁸ Cfr. L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, pp. 163 e ss.

⁴⁸⁹ V. per tutti C.M. BIANCA, *Diritto civile, III, Il contratto*, cit., p. 127

⁴⁹⁰ A proposito dell'obbligo a contrarre, si veda L. MONTESANO, *Voce Obbligo a contrarre*, in Enc. Dir., vol. XXIX, Milano, 1979, pp. 508 e ss., ove peraltro, a proposito degli obblighi *ex lege*, si parla più precisamente di obblighi di contrattare (cfr. loc. cit., pp. 524 e ss.), per sottolineare la differenza rispetto all'ipotesi del contratto preliminare, recante già una – tendenzialmente piena – regolamentazione negoziale.

Residuano quindi due alternative:

a) se esiste un obbligo di contrarre, derivante dalla legge (artt. 1679, 2597 c.c.), ovvero dalla volontà della/e parte/i, e tale obbligo è stato disatteso per motivi di razza, la vittima potrà agire con i mezzi ordinari e ottenere una sentenza che, a norma dell'art. 2932 c.c., tenga luogo del contratto rifiutato; oppure, farà ricorso alla procedura contemplata dal D.Lgs. 215/03, per conseguire (oltre che nella riparazione monetaria, subordinata all'accertamento della responsabilità) l'ordine del giudice di interrompere la discriminazione e di rimuoverne gli effetti. In questi casi, spetterà comunque alle parti concludere il contratto rifiutato, salvo incorrere nella responsabilità penale *ex* art. 388, comma primo c.p.

Secondo l'art. 44 T.U., il giudice poteva invece riversare, nel provvedimento atipico conclusivo, ogni contenuto direttamente idoneo a rimuovere gli effetti della discriminazione; tale provvedimento poteva quindi anche tener luogo del contratto non concluso⁴⁹¹.

Da questo punto di vista, l'art. 4 D.Lgs. 215/03 ha reso meno immediata la tutela della vittima, rimettendo all'iniziativa delle parti, e particolarmente alla collaborazione (pur coattiva) del soccombente, l'attuazione del *decisum*;

b) se non esiste, a priori, un obbligo di contrarre, il giudice non potrà allora crearlo e si limiterà a riscontrare e dichiarare il carattere discriminatorio del comportamento, ordinando che esso s'interrompa.

Tali conclusioni sono imposte dalla natura stessa del comportamento omissivo. Infatti, se, nel caso di specie, è stato omesso quanto era dovuto (per legge o per volontà delle parti), l'ordine di far cessare la discriminazione comporta anche l'obbligo di eseguire ciò che (illegittimamente) era stato trascurato (la conclusione del contratto; l'avvio delle trattative, ecc.). Per contro, quando il comportamento omesso non era dovuto, ma solo "facoltativo", e non fu realizzato a motivo della discriminazione razziale, la vittima non potrà comunque pretendere che l'obbligo di agire sia costituito dal giudice, a seguito del riconoscimento della condotta discriminatoria. In questi casi, l'ordinanza che impone la cessazione della condotta discriminatoria precluderà che (ove quella facoltà venga effettivamente esercitata) le scelte si fondino sulle ingiuste valutazioni della razza o dell'appartenenza etnica. Per esempio, Tizio, proprietario di un appartamento, potrà liberamente decidere se cederlo in locazione a terzi, ma, se davvero avvierà trattative in tal senso, non potrà escluderne alcun soggetto, sulla base della razza o dell'origine etnica dell'aspirante conduttore.

B) Il giudice ordinerà la rimozione degli effetti discriminatori già prodottisi. In questo modo possono combinarsi e completarsi le due forme di riparazione specifica, l'una rivolta al futuro (con l'inibitoria) e l'altra al passato (con l'ordine di *restitutio in integrum*), assicurando una tutela effettiva alla vittima del trattamento discriminatorio⁴⁹².

Rispetto a quanto rilevato, in proposito, dalla dottrina,⁴⁹³ possono qui proporsi alcune riflessioni e valutazioni.

L'ordine di rimozione imporrà al soccombente un'attività diversa, secondo la natura dell'effetto che deve essere rimosso: sarà infatti a tal fine necessaria un'attività solo materiale oppure (o in aggiunta) un'attività più propriamente giuridica. Anzi,

⁴⁹¹ Si veda al proposito il capitolo II, sezione terza e, in particolare, le opinioni di P. MOROZZO DELLA ROCCA e di G. SCARSELLI, delle quali si è dato conto (cfr. in particolare le note 213, 214, 215).

⁴⁹² Cfr. V. LA BROCCA, *L'azione civile contro la discriminazione*, cit., p. 1269.

⁴⁹³ Si vedano, ad esempio, le sintetiche osservazioni dedicate al tema della rimozione degli effetti da G. SCARSELLI, *Appunti sulla discriminazione razziale*, cit. p. 832, in fine, e p. 833.

quest'ultima eventualità sembra destinata a verificarsi con maggiore frequenza nel settore dell'accesso ai beni e servizi.

Inoltre (prescindendo dalla natura omissiva o commissiva del comportamento discriminatorio), tale rimozione degli effetti richiederà al soccombente (ed eventualmente anche al soggetto tutelato, quando egli debba collaborare in vista della *restituito in integrum*) una condotta positiva (azione),.

Ad esempio, se il locatore ha preteso dal conduttore un canone più elevato, in considerazione della razza od origine etnica di quest'ultimo, la rimozione degli effetti esige che le parti modifichino il contenuto del contratto.

E' tuttavia evidente che non tutti gli effetti della discriminazione possono essere rimossi, perché, a tutela della sicurezza e stabilità dei traffici, devono essere comunque fatti salvi i diritti acquisiti in buona fede, *medio tempore*, dai terzi.

Qualora, per esempio, Tizio, vendendo il suo appartamento, preferisca cederlo a Caio, escludendo invece Sempronio dal negozio per motivi razziali, il giudice non potrà ordinare lo scioglimento del vincolo contrattuale ormai perfezionatosi nei confronti dell'acquirente.

L'intangibilità della sfera giuridica del terzo non potrebbe per contro essere invocata se, in base ad altre norme, si riscontri la nullità del contratto che questi ha concluso. Potrebbe per esempio dimostrarsi che Tizio e Caio avevano stipulato il contratto di locazione al solo fine di discriminare Sempronio, per la sua razza od origine etnica. Ai sensi degli artt. 1345 c.c. e 1418 comma 2 c.c., in questo caso ricorre un motivo illecito comune a entrambi i contraenti e quel contratto di locazione, che determina la nullità (rilevabile d'ufficio e su richiesta di ogni soggetto interessato).

3.3) La natura della riparazione in forma specifica; rapporti con il risarcimento per equivalente monetario.

Come sopra si è dimostrato, la condanna al risarcimento monetario – di cui all'art. 4 D.Lgs. 215/03 – presuppone un giudizio di responsabilità *ex delicto* e, quindi, la verifica di tutti gli elementi che integrano tale responsabilità (prima di tutto, l'elemento materiale e l'elemento psicologico).

Invece, la riparazione in forma specifica esige, secondo il dato letterale e in base alla logica delle norme che qui rilevano, soltanto l'accertamento del fatto materiale, cioè della fattispecie discriminatoria delineata dall'art. 2 D.Lgs. 215/03.

Sarebbe infatti insensato affermare da un lato (e soprattutto con l'ampia nozione di discriminazione indiretta) che la condotta può essere obiettivamente discriminatoria, pur senza dolo né colpa da parte dell'agente, e, dall'altro lato, non consentire una tutela adeguata, inibendo al giudice di ordinare comunque la cessazione di quella condotta e la conseguente rimozione degli effetti ch'essa abbia prodotto⁴⁹⁴.

Certo, in questo caso, la riparazione in forma specifica non si proporrebbe come reazione contro la responsabilità da fatto illecito, ma costituirebbe la più diretta modalità di tutela del diritto alla parità di trattamento.

Quanto si è detto chiarisce la differente natura del risarcimento del danno e della riparazione specifica e illustra, di conseguenza, la diversità dei presupposti cui ciascuno

⁴⁹⁴ Benché ad altro proposito, V. LA BROCCA, *L'azione civile contro la discriminazione*, cit., pp. 1264 e s., nota 66, ha efficacemente osservato: «...attribuire un diritto senza prevedere un corrispondente mezzo di tutela giurisdizionale costituisce un'operazione incompleta, per non dire ipocrita».

dei rimedi è vincolato. Pertanto, sembra corretto sostenere che tali misure possono operare congiuntamente⁴⁹⁵, in relazione al medesimo fatto discriminatorio. Questa possibilità non si riscontra, invece, nel sistema ordinario della responsabilità civile da fatto illecito, ove il risarcimento per equivalente e la reintegrazione in forma specifica sono destinate a operare in alternativa: anche quando siano accordate in conseguenza dello stesso fatto, dovranno riparare diverse aree di danno. Così, per esempio, quando la reintegrazione in forma specifica sia solo parzialmente possibile (art. 2058 comma primo c.c.), il danneggiato, per la porzione di danno non ristorata, potrà anche ottenere il risarcimento monetario⁴⁹⁶.

3.4) Considerazioni critiche sul sistema di tutela.

La tutela civilistica contro la discriminazione razziale, assicurata dal D.Lgs. 215/03, sembra idonea, in conclusione, a garantire il rispetto del diritto fondamentale alla parità di trattamento.

La vittima potrà ottenere una compensazione adeguata, attraverso la riparazione in forma specifica - a prescindere dalla responsabilità dell'agente - e il risarcimento monetario del danno anche non patrimoniale. Da un punto di vista più generale, la prospettiva di subire una condanna che ordina, al contempo, la *restitutio in integrum*, il pagamento di una somma di denaro e la pubblicazione della decisione su un quotidiano a tiratura nazionale, dovrebbe rappresentare una sanzione adeguata e dissuadere dalla ripetizione della condotta censurata.

La dottrina⁴⁹⁷ aveva giudicato assai favorevolmente il sistema di tutela offerto dal Testo Unico.

Se tale apparato è posto a confronto con il D.Lgs. 215/03, si nota innanzi tutto che l'ambito di applicazione del principio di non discriminazione è stato addirittura ampliato, come specificamente risulta dalla lettura dell'art. 43 T.U. e degli artt. 2 e 3 del suddetto decreto. Inoltre, è stato conservato il duplice rimedio restitutorio e risarcitorio e non è stato modificato l'*iter* processuale. Però, come sopra si è osservato, nel caso del Testo Unico, il giudice - con il provvedimento di riparazione in forma specifica - poteva direttamente rimuovere gli effetti dell'accertata discriminazione; nel caso del D.Lgs. 215/03, invece, tale provvedimento potrà contenere solo un "ordine" alle parti, affinché curino tale rimozione.

Non sono decifrabili le ragioni che possono aver suggerito l'introduzione di questa novità, rispetto al T.U., ma deve temersi che la tutela specifica della vittima risulti, alla fine, meno diretta e meno pronta.

Peraltro, la possibilità di far luogo all'esecuzione forzata, secondo le regole generali, nonché il rischio di incorrere nella sanzione penale dovrebbero consigliare - innanzi tutto al soccombente - l'attuazione del *decisum*.

In ogni caso, l'efficacia della protezione contro la discriminazione razziale dipenderà in larga misura dagli atteggiamenti interpretativi che si affermeranno in giurisprudenza.

⁴⁹⁵ In questo senso, a proposito dell'art. 44 D.Lgs. 215/03, G. SCARSELLI, *Appunti sulla discriminazione razziale*, cit., 833: «...in queste fattispecie il risarcimento del danno "anche non patrimoniale" si avrà normalmente in addizione all'ordine di "rimuovere gli effetti della discriminazione"».

⁴⁹⁶ Così A. DE CUPIS, *Fatti illeciti*, cit., p. 146.

⁴⁹⁷ Cfr. G. SCARSELLI, *Appunti sulla discriminazione razziale*, cit., p. 828: «Si tratta pertanto di una tutela giurisdizionale particolarmente incisiva, sempre urgente e immediata, ripristinatoria e risarcitoria, assicurata dal processo di esecuzione forzata e da norme penali e **tale da riuscire con difficoltà a immaginarsene una ancora più effettiva**».

Per esempio, per la prova della condotta discriminatoria, il legislatore si è in sostanza rimesso «*alla prudenza del giudice*», prevedendo (art. 4, comma terzo D.Lgs. 215/03) il ricorso alle presunzioni semplici, di cui all'art. 2729 c.c. Al di là di casi eclatanti e isolati, di solito è difficile dimostrare la discriminazione razziale; quindi, il maggiore o minor rigore dei giudici, nel ricorrere alle presunzioni, potrà consentire di affermare - o condurrà a escludere - l'esistenza del fatto discriminatorio.

Analoghe considerazioni valgono la liquidazione del danno, nel risarcimento monetario, soprattutto con riguardo ai profili non patrimoniali. Se è vero che non possono mercificarsi i diritti fondamentali, deve nondimeno riconoscersi che il grado di protezione contro le condotte discriminatorie potrà dipendere (anche) dal *quantum* liquidato: risarcimenti solo simbolici non possono avere alcuna reale efficacia, né compensativa, né sanzionatoria o preventiva.

BIBLIOGRAFIA

M. ACIERNO, *La tutela delle discriminazioni nel d.lgs. 215/2003*, Dir.imm.citt., fasc. III, 2004, p. 43.

D. ACRI, *La lotta internazionale contro la discriminazione nel lavoro*, in I diritti dell'uomo. Cronache e battaglie, fasc. II, 2004, p. 80.

L. ANGELINI, *A proposito di diritti sociali e principio di uguaglianza nella Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea*, in Dir.lav.rel.ind., 2001, fasc. II, p. 633.

M. V. BALLESTRERO, *La nozione di discriminazione nella legge n. 125/91*, Riv. crit. dir. lav., 1992, II, p. 779.

M. V. BALLESTRERO, *Lavoro subordinato e discriminazione fondata sulla cittadinanza*, Gior. Dir. lav. rel. ind., 1994, III, p. 510.

M. V. BALLESTRERO, *Dalla tutela alla parità. La legislazione italiana sul lavoro delle donne*, Il Mulino, Bologna, 1979, 250.

M. V. BALLESTRERO, *Le azioni positive tra eguaglianza e diritto diseguale*, in Commentario sistematico alla l. 10 aprile 1991, n. 125. Azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro, (a cura di TREU-BALLESTRERO), Nuove leggi civ. comm., 1994, I, p. 14.

M. BARBERA, *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, in Giorn. dir. lav. rel. ind., 2003, fasc. 99-100, p. 403

M. BARBERA, *La nozione di discriminazione*, in Commentario sistematico alla l. 10 aprile 1991, n. 125. Azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro, (a cura di TREU-BALLESTRERO), p. 49.

P. BARCELLONA, *Libertà contrattuale*, in Enc. del Dir., vol. XXIV, Milano, p. 487.

S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per i diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, 2001.

G. BERNINI, *Un secolo di filosofia antitrust*, CLUEB, Bologna, 1993, p. 200.

C. BERTI e B. GRAZZINI, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, Giuffrè, Milano, 2003.

P. BERTOLOTTI, *Il contratto di subfornitura*, Padova, 1999.

C.M. BIANCA, *Diritto civile– Vol. V – La responsabilità*, Milano, 1994.

C.M. BIANCA, *Il contratto*, Milano, 1987.

F. BILOTTA, *La discriminazione nel diritto civile*, in *Persona e danno*, Giuffrè, Torino, 2004, vol. I, cap. XI, p. 941.

P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Uguaglianza (principio di)*, in Nss. Dig. It., vol. XIX, Torino, 1973.

T. BONAZZI, *La dichiarazione di indipendenza degli Stati Uniti d'America*, Marsilio, Venezia, 1999.

P. BONETTI, L. MELICA, L. CASTELVETRI, A. CASADONTE, *La tutela contro le discriminazioni razziali, etniche e religiose*, in *Diritto degli stranieri*, a cura di B. NASCINBENE, Cedam, Padova, 2005, sez. V, p. 1082.

F. BORGOGELLI, *I consiglieri di parità*, in *Commentario sistematico alla l. 10 aprile 1991, n. 125 Azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro*, (a cura di TREU-BALLESTRERO), p. 143.

R. BORTONE, Voce *Discriminazione (divieto di)*, Digesto disc. Priv. Sez. comm., Vol. V, 1990, p. 16.

M. BOUCHARD, *Discriminazione a Milano: il rifiuto di stipulare contratti di locazione con extracomunitari di colore*, in *Quest. Giust.*, III, 2000, p. 596.

C. BROWN, *The race directive : towards equality for "all" the peoples of Europe?*, Y. E. L., 2001-2002, XXI, p. 204.

A. CALLAIOLI e M. CERASE, *Il Testo Unico delle norme delle disposizioni sull'immigrazione delle norme sulla condizione dello straniero: una legge organica per la programmazione di flussi, il contrasto alla criminalità e la lotta alla discriminazione*, Leg. Pen., 1999, I, p. 261 e ss.

E. CALO', *Sport e diritti fondamentali*, p. 225, nota ad Ord. Trib. Pescara, 14.12.2001, in *Corr. Giur.*, Fasc. 2, 2002, p. 223.

A. CAPUTO, *Discriminazioni razziali e repressione penale*, in *Quest. Giust.*, 1997, nr. 2, p. 476.

I. CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale*, Padova, 1998.

F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 2003, p. 391.

A. CASSESE, Art. 10, in *Comm. della Cost.* a cura di Branca, Bologna-Roma, 1975.

S. CASSESE, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Bari, 1988.

M. CASTELLANETA, *Parità uomo donna anche nel terziario*, in *Guida al diritto-Comunitaria*, 2005, n. 22, p. XVI.

L. CASTELVETRI, *Le garanzie contro le discriminazioni sul lavoro per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi*, *Dir. rel. ind.*, 1999, III, p. 321.

A. CELOTTO, in AA. VV., *L'Europa dei diritti- Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Il Mulino, Bologna, 2001.

M. CERASE, *Il governo dell'immigrazione. La disciplina legislativa ed amministrativa tra programmazione dei flussi, tentativi d'integrazione e persistente emergenza*, *Rass.parlam.*1999, p. 967.

G. CERIDONO, *L. 18 giugno 1998. Disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, in *N.L.C.C.*, 2000, fasc. 1-2, p. 428.

A. CERRI, *Uguaglianza (principio costituzionale di)*, in *Enc. Giur.*, vol. XXXII, Roma, 1994.

- R. CHERCHI e A. DEFENU, *Le politiche comunitarie di lotta alla discriminazione*, in *Rass.dir.pubbl.eur.*, fasc. I, 2004, p. 1723.
- G. CHITI, *Il principio di non discriminazione ed il Trattato di Amsterdam*, in *Riv. ital. Dir. pubbl. com.*, 2000, p. 862.
- F. CIAMPI, *Con la relazione alla Commissione europea una verifica sull'efficacia delle norme*, in *Guida dir.*, 2003, n. 37, p. 39.
- L. CIAURRO (a cura di), *Lo Statuto albertino illustrato dai lavori preparatori*, Roma, 1996.
- V.E. CICCHITTI, *L'azione civile contro la discriminazione ex art. 44 T. U. 286/98*, *Lav. giur.*, 2000, VIII, p. 729.
- G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, Giappicchelli, Torino, 2004.
- G. COLLURA, *Cenni introduttivi sulla Carta dei diritti*, in *Carta europea e diritti fondamentali*, a cura di G.VETTORI, Cedam, Padova, 2002.
- B. CONFORTI, *Le Nazioni Unite*, Padova, 1996.
- J. CRUZ-VILLALÓN, *Lo sviluppo della tutela antidiscriminatoria nel diritto comunitario*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2003, fasc. 99-100, p. 351.
- A. D'ADDA, *Il risarcimento in forma specifica. Oggetto e funzioni*, Padova, 2002.
- A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, 2002.
- A. D'ANDREA, *Le proposte della Commissione contro la discriminazione nell'Unione Europea*, *Lav. prev. oggi*, 2000, III, p. 429.
- A. DE CUPIS, *Fatti illeciti*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1971, p. 139.
- G. DE FRANCESCO, *Commento all'art. 1 della L. 205/93*, in *Legisl. Pen.*, 1994, p. 176.
- M. DE GIORGI, *Le prospettive di evoluzione dell'ordinamento verso nuovi modelli di governance delle politiche di integrazione razziale*, in *Dir.e soc.*, 2004, fasc. III, p. 403.
- R. DE GIORGI, *Modelli giuridici dell'eguaglianza e dell'equità*, in *AA.VV., Disuguaglianze ed equità in Europa*, Laterza, Bari, 1993.
- S. DEL CORSO, *Commento all'art. 2 L. 205/93*, in *Legisl. Pen.*, 1994, p. 206.
- A. DELLI PRISCOLI, *L'abuso di dipendenza economica nella nuova legge sulla subfornitura: i rapporti con la disciplina delle clausole abusive e con la legge antitrust*, in *Giur. Comm.*, 1998, I, p. 833 ss.

- R. DEL PUNTA, *I diritti sociali come diritti fondamentali*, in *Carta europea e diritti fondamentali*, a cura di G.VETTORI, Cedam, Padova, 2002. p. 169.
- B. DENTAMARO, *Parità di trattamento uomo-donna e tutela sostanziale contro le discriminazioni nella direttiva 2002/73/CE*, in *Lav nella giur.*, 2004, fasc. I, p. 329.
- P. DE PASQUALE, *Le norme europee sulle pari opportunità vietano un trattamento differenziato*, in *Guida al dir.- Comunitario e internazionale*, 2006, n. 3, p. 56.
- G. DE SIMONE, *Dai principi alle regole. Eguaglianza e divieti di discriminazione nella disciplina dei rapporti di lavoro*, Giappichelli, Torino 2001.
- G. DE SIMONE, *Eguaglianza e nuove differenze nei lavori flessibili, tra diritto comunitario e diritto interno*, *Lav. Dir.*, 2004, fasc. III-IV, p. 527.
- G. DE SIMONE, *Le molestie di genere e le molestie sessuali dopo la direttiva 2002/73*, *Riv.it.dir.lav.*, fasc. I, 2004, p. 399.
- N. DURANTE, *La tutela contro la discriminazione razziale (art. 43 e 44 del T.U. sull'immigrazione) applicazioni giurisprudenziali*, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>
- U. ENWEREURZOR – E. ROSI, *Discriminazione e razzismo*, in *Secondo rapporto sull'integrazione degli immigrati in Italia*, a cura di G. Zincone, Bologna, 2001.
- M. ESPOSITO, *Brevi annotazioni sul concetto di autonomia privata*, in *Giur. Cost.*, 2001, I, p. 762.
- N. FIORITA, *Le direttive comunitarie in tema di lotta alla discriminazione, la loro tempestiva attuazione e l'eterogenesi dei fini*, in *Quad. dir. e pol. eccl.*, 2004, fasc. II, p. 361.
- E. FRONZA, *Osservazioni sull'attività di propaganda razzista*, in *Riv. Int. dir. Uomo*, 1997, p. 32.
- F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Trattato Cicu-Messineo*, III, tomo I, Milano 1988.
- P. GALLO, *Pene private e responsabilità e responsabilità civile*, Milano, 1996.
- M. G. GAROFALO e M. McBRITTON, *Immigrazione e lavoro: note al T. U. 25 luglio 1998, n. 286*, *Riv. giur. Lav. prev. Soc.*, 2000, III, p. 483.
- F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1992.
- M. GENTILE, *Attribuita la legittimazione ad agire in giudizio alle associazioni iscritte nell'apposito registro*, in *Guida dir.*, 2003, n. 37, p. 27.

- J. GOLDSTON, *Nuove prospettive in tema di discriminazione razziale. Considerazioni a partire dalla direttiva 43/2000*, in *Dir.imm.cit.*, 2001, fasc. II, p. 16.
- D. GOTTARDI, *Dalle discriminazioni di genere alle discriminazioni doppie o sovrapposte: le transizioni*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2003, fasc. 99-100, p. 447.
- D. GOTTARDI, *Il consigliere di parità*, in *Il diritto diseguale. La legge sulle azioni positive*, Giappichelli, Torino, 1993, p. 153.
- E. GROSSO, *Straniero (status costituzionale dello)*, *Dig. Disc. pubbl.*, XIV, 1999, p. 158.
- L. GUAGLIANONE, *Le azioni positive. Modelli e tipologie*, in L. GAETA, L. ZOPPOLI, *Il diritto diseguale. La legge sulle azioni positive*, Giappichelli, Torino, 1993.
- F. GUARRIELLO., *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2003, fasc. 99-100, p. 341.
- F. GUARRIELLO, *Le azioni in giudizio*, in GAETA, ZOPPOLI, *Il diritto diseguale. La legge sulle azioni positive*, Giappichelli, Torino, 1993, p. 192.
- D. IZZI, *Brevi osservazioni sulla direttiva comunitaria del 23 settembre 2002 n. 73, di modifica alla direttiva 76/207 sulla parità di trattamento tra uomini e donne nell'accesso al lavoro, nella formazione e promozione professionali e nelle condizioni di lavoro*, in www.cgil.it.
- D. IZZI, *Eguaglianze e differenze nei rapporti di lavoro: il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Napoli, Jovene, 2005.
- V. LA BROCCA, *L'azione civile contro la discriminazione: un nuovo modello per il futuro della tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali*, 2001, III, p. 1246.
- A. MANTELERO, *Note minime sull'attuazione delle direttive comunitarie 200/43/CE e 2000/78/CE in materia di parità di trattamento*, *Contr.impr.Eur.*, fasc. I, 2003, p. 709 s.
- A. MANTELERO, *Una parità molesta: note alla legge delega per l'attuazione della direttiva 2000/43/CE*, *Contr. impr. Eur.*, Fasc. I, 2001, p. 934.
- M. MANTELLO, *La tutela civile contro le discriminazioni*, *Riv.dir.civ.*, fasc. III, 2004, p. 439.
- F. MANTOVANI, *Diritto penale*, 1992, Padova.
- T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2002.
- R. MASTROIANNI, *Il contributo della carta europea alla tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Carta europea e diritti fondamentali*, a cura di G.VETTORI, Cedam, Padova, 2002.

- L. MENGONI, *Persona ed iniziativa economica privata nella costituzione*, in *Persona e Mercato*, Padova, 1996, p. 36.
- D. MESSINETTI, *Danno giuridico*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1997, p. 470.
- G. MODIANO, *Razza*, *Enc. del novecento*, Treccani, Roma, 1980, V, p. 1032.
- P.G. MONATERI, *La responsabilita' civile*, in *Tratt. Dir. Civ.* (cur. SACCO), Torino, 1999, p. 19.
- L. MONTESANO, *Voce Obbligo a contrarre*, in *Enc. Dir.*, vol. XXIX, Milano, 1979, p. 508.
- P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Appunti sulla questione dei cittadini extracomunitari in Italia, stranieri dell'interno e stranieri dell'esterno*, in *Riv. Crit. del dir. priv.*, 1990, p. 588.
- P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gli atti discriminatori nel diritto civile, alla luce degli artt. 43 E 44 del T.U. sull'immigrazione*, in *Dir. fam. Pers.*, I, 2002, p. 75
- P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gli atti discriminatori e lo straniero nel diritto civile*, in *AA.VV., Principio di eguaglianza e divieto di compiere atti discriminatori*, a cura di P. Morozzo della Rocca, Napoli, 2002, p. 34.
- P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Responsabilita' e danno negli atti discriminatori contro gli stranieri e le altre minoranze*, in *Riv. Amm.va della Regione Lombardia*, I, 2000, p. 834.
- L. MUGHINI, *Prime riflessioni a margine dell'ordinanza del tribunale di Firenze in materia di azione contro la discriminazione razziale*, in *Dir. Imm. e Citt.*, I, 2000, p. 85.
- B. NASCIMBENE, *Lo straniero in Italia: profili giuridici alla luce della legge n. 39 del 1990*, in *Atti della Conferenza nazionale dell'immigrazione*, Roma, 1990.
- B. NASCIMBENE, *Lo straniero nel diritto italiano*, Milano, 1988.
- B. NASCIMBENE, *Straniero nel diritto internazionale*, *Dig. Disc. Pubbl.*, p. 181.
- L. NIBI, *Il principio di parità di trattamento alla luce della direttiva n. 2002/73*, in *Diritto&Diritti*, 23 luglio 2003.
- R. NUNIN, *Recepito le direttive comunitarie in materia di lotta contro le discriminazioni*, in *Lav. nella giur.*, 2003, n. 7, p. 905.
- G. OLIVIERI, *L'abuso di posizione dominante*, in *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Giappicchelli, Torino, 2005, p. 408.
- A. PACE, *Eguaglianza e libertà*, *Pol. Dir.*, 2001, p. 155.
- L. PALADIN, *Eguaglianza (dir. cost.)*, in *Enc. Dir.*, vol. XIV, Milano, 1965.

- L. PALADIN, *Il principio costituzionale di eguaglianza*, Milano, 1965.
- A. PALLADINI, *L'attuazione delle direttive comunitarie contro le discriminazioni di razza, etnia, religione o convinzioni personali, handicap, età e orientamento sessuale*, in *Mass.giur.lav.*, 2004, fasc. I, p. 39.
- J. PASQUALI CERIOLI, *Il divieto di discriminazione dello straniero: brevi osservazioni a Trib. Milano, ord. 30 marzo 2000*, *Foro It.*, 2000, I, 2040.
- R. PASELLA, *La repression des discriminations en droit penal italien*, in *Rev. Int. dr. Pén.*, 1986, p. 55.
- G. PECES, B. MARTINEZ, voce “*DIRITTI E DOVERI FONDAMENTALI*”, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. V, Torino, 1990, p. 139.
- PEPINO, *Immigrazione, politica e diritto: note a margine della legge n. 40/98*, *Dir. imm. citt.*, I, p. 11.
- G.B. PETTI, *La Costituzione europea e la tutela civile dei diritti umani*, Maggioli editore, Repubblica di san Marino, 2006.
- C. PILIA, *Circolazione giuridica e nullità*, Giuffrè, Torino, 2002.
- V. PINTO, *L'abuso di dipendenza economica “fuori dal contratto” tra diritto civile e diritto antitrust*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2000, p. 395.
- D. PIOMBO, nota a Tribunale di Milano, sentenza 21 marzo 2002, Cesil e altri contro Comune di Milano, in *Foro It.*, 2003, p. 3175.
- A. PROTO PISANI, *La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità: strumenti e tecniche di tutela*, in *Foro It.*, 1990, V, p. 2.
- C. RAPISARDA SASSOON, *La tutela dei soggetti discriminati. Azione individuale, azione pubblica, tentativo di conciliazione*, in *Commentario sistematico alla l. 10 aprile 1991*, n. 125, pp. 79.
- C. RAPISARDA SASSOON, Commento all'articolo 15 della l. 903/77, in (Commentario a cura di T. TREU), *Legge 9 dicembre 1977 n. 903. Parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro*, Nuove leggi civ. comm., 1978, p. 837.
- Relazione governativa al decreto legislativo 145/2005*, in *Guida al diritto*, 2005, n. 36, pp. 25.
- E. RESTA, *Il diritto fraterno – Uguaglianza e differenza nel sistema del diritto*, in *AA.VV. Disuguaglianze ed equità in Europa*, Laterza, Bari, 1993.
- M. RIZZO, *Il recepimento italiano delle direttive comunitarie N. 43 del 29/6/2000 e N. 78 del 27/11/2000*, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2004, II.

- M. ROCELLA, *Manuale di diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 249.
- S. RODOTA', *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969.
- L.S. ROSSI, *La Carta dei diritti come strumento di costituzionalizzazione dell'ordinamento UE*, in *Quad.cost.*, 2002, p. 566.
- E. SACCHETTINI, *Dubbe le richieste di ristoro avanzate dagli enti esponenziali*, in *Guida dir.*, 2006, n. 38, p. 14.
- R. SACCO, *Il contratto*, Torino, 1995.
- C. SALVI, *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, Napoli, 1985.
- C. SALVI, *Risarcimento del danno*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1988, p. 1085.
- A. SALZA, *Razzismo*, in *Diz. Pol.*, diretto da Bobbio e Matteucci, Utet, Torino, 1976, p. 846.
- L. SAPORITO, *La condizione giuridica dell'immigrato extracomunitario: divieto di discriminazione e parità di trattamento*, in *Eur.dir. priv.*, fasc. 4, 2004.
- G. SCARSELLI, *Appunti sulla discriminazione razziale*, *Riv. dir. civ.* 2001, VI, p. 808.
- S. SCARPONI, *Le nozioni di discriminazione*, in GAETA, ZOPPOLI, *Il diritto diseguale. La legge sulle azioni positive*, Giappichelli, Torino, 1993.
- S. SCARPONI, *Tecniche di sostegno indiretto alle azioni positive e misure sanzionatorie*, in *Commentario sistematico alla l. 10 aprile 1991, n. 125*, p. 89.
- R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, Commentario Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1970.
- R. SCOGNAMIGLIO, *Danno morale*, in *Nss. Dig. It.*, vol. V, Torino, 1968, p. 146.
- V. F. SEATZU, *Il Protocollo n. 12 alla Convenzione europea per la protezione dei diritti dell'uomo: uno strumento efficace per la tutela dell'uguaglianza e per l'eliminazione delle discriminazioni?*, *Jus*, 2002, III, p. 509.
- S. SICARDI, *L'immigrato e la Costituzione, note sulla dottrina e la giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. It.*, 1996, p. 6.
- E. SIGNORINI, *La parità di trattamento alla luce della recente direttiva comunitaria*, in *Dir.pratica lav.*, 2002, n. 48, p. 3102.
- A. SOMMA, *Il diritto privato liberista a proposito di un recente contributo in tema di autonomia contrattuale*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, Milano, I, 2001, p. 304.
- F. SORRENTINO, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Atti del Convegno in ricordo di Livio Paladin*, Cedam, Padova, 2002.

- A. SPADARO, *Verso la Costituzione europea: il problema delle garanzie giurisdizionali dei diritti*, in dir. Pubbl.comp.eur., 2003, fasc. I, p. 312.
- D. STRAZZARI, *Nuove strategie di lotta alla discriminazione razziale nell'UE ed in Gran Bretagna: il cosiddetto principio di mainstreaming e il partenariato sociale. Verso un diverso approccio della legislazione antidiscriminatoria?*, Dir. pubbl. comp. eur., 2002, I, p. 168.
- G. TARZIA, *Manuale del processo del lavoro*, Milano, Giuffrè, 1999.
- M. TATARELLI, *Al giudice adito dai consiglieri di parità la decisione sul risarcimento dei danni*, in Guida dir. 2005, n. 36, p. 30.
- A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 1995.
- T. TREU, (Commentario a cura di), *Legge 9 dicembre 1977 n. 903. Parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro*, Nuove leggi civ. comm., 1978, p. 787.
- B. TROISI, *Profili civilistici del divieto di discriminazione*, in corso di pubblicazione.
- S. VECA, *La filosofia politica*, Roma-Bari, 2005.
- G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in Riv. Dir. Priv., I, 2000, p. 34.
- A. VISCOMI, *La legge italiana del 1998 sul lavoro immigrato extracomunitario*, in F. CAPPELLETTI, L. GAETA, *Diritto del lavoro, alterità: figure della diversità e modelli culturali*, Ed. scientifiche italiane, Napoli, 1998, p. 304.
- G. ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Eges, Torino, 1994.
- C. ZANGHI', *Istituzioni di diritto dell'Unione Europea*, Giappichelli, Torino, 2000.