



**LA TUTELA CIVILE CONTRO LE DISCRIMINAZIONI  
ETNICO-RAZZIALI E RELIGIOSE.  
Guida alla normativa e alla giurisprudenza**

Scheda pratica a cura di Walter Citti e Paolo Bonetti

Aggiornata al dicembre 2012

**SOMMARIO**

1. Premessa.
2. Le disposizioni costituzionali sul principio di eguaglianza ed il trattamento dello straniero.
  - 2.1. Gli articoli 2 e 3 della Costituzione. Il principio di eguaglianza e la titolarità dei diritti umani fondamentali.
  - 2.2. Il diritto alla parità di trattamento nella cornice dei diritti fondamentali nella giurisprudenza costituzionale riferita all'accesso degli stranieri alle prestazioni di assistenza sociale.
  - 2.3. Il divieto assoluto di discriminazioni razziali (art. 3 Cost.) e il divieto di discriminazioni religiose connesso alla diversità di rapporti tra lo Stato e le confessioni religiose (artt. 3, 7, 8, 19 Cost.)
  - 2.4. Il criterio di ragionevolezza nell'interpretazione del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione come limite all'azione del legislatore.
3. Il principio di parità di trattamento ed il divieto di discriminazioni nel diritto dell'Unione europea e normativa nazionale di recepimento.
  - 3.1. La tutela dalle discriminazioni offerta dal diritto UE nei confronti dei cittadini di altri Stati membri dell'Unione europea.
  - 3.2. La tutela dalle discriminazioni offerta dal diritto UE nei confronti dei familiari dei cittadini dell'Unione europea ed il divieto di "discriminazioni alla rovescia".
  - 3.3. La tutela dalle discriminazioni offerta dal diritto UE nei confronti di altre categorie di cittadini di Paesi terzi non membri dell'UE.
    - 3.3.1. Le clausole di non discriminazione contenute negli Accordi di Associazione, cooperazione e partenariato.
      - 3.3.1.1. Le clausole di non discriminazione in materia di accesso ai rapporti di lavoro e condizioni di lavoro.
      - 3.3.1.2. Le clausole di parità di trattamento in materia di sicurezza sociale.
        - 3.1.1.2.1. Il principio di non discriminazione nell'Accordo di associazione Turchia – Comunità economica europea.
    - 3.3.2. Le clausole di non discriminazione a favore dei cittadini di Paesi terzi lungo soggiornanti (direttiva n. 2003/109/CE)
    - 3.3.3. Le clausole di non discriminazione a favore dei rifugiati e dei titolari di protezione sussidiaria (direttiva n. 2004/83/CE)
4. Le direttive europee anti-discriminatorie di nuova generazione. La direttiva n. 2000/743 in materia di divieto di discriminazioni etnico-razziali e la direttiva n. 2000/778 sul divieto, tra l'altro, di discriminazioni fondate sulle convinzioni personali e il credo religioso.

- 4.1. Le fattispecie discriminatorie: discriminazione diretta, discriminazione indiretta, molestia e ordine di discriminare.
- 4.2. L'ambito di applicazione delle direttive "ratione personae".
- 4.3. Le azioni positive.
- 4.4. I mezzi di ricorso ed esecuzione.
  - 4.4.1. Il bilanciamento dell'onere della prova nei procedimenti di tutela antidiscriminatoria.
    - 4.4.1.1. I 'test situazionali' quali strumenti per la prova della discriminazione.
- 4.5. Gli organismi nazionali e regionali di promozione della parità di trattamento.
5. La normativa interna in materia di divieto di discriminazioni dallo Statuto dei Lavoratori al Testo Unico immigrazione.
  - 5.1. Le norme dello "Statuto dei Lavoratori".
    - 5.1.1. Il divieto di licenziamento 'discriminatorio' del lavoratore per motivi razziali, etnici o religiosi e la disciplina particolare per le 'organizzazioni di tendenza'.
  - 5.2. La normativa anti-discriminatoria nel T.U. Immigrazione.
    - 5.2.1. La prima definizione di discriminazione razziale nel diritto interno: l'art. 43 del T.U. immigrazione.
    - 5.2.2. I destinatari della tutela antidiscriminatoria prevista dagli artt. 43 e 44 del T.U. immigrazione: stranieri extracomunitari, comunitari e cittadini italiani.
6. L'azione civile antidiscriminatoria
  - 6.1. Legittimazione ad agire in giudizio dei sindacati e delle ONG contro misure o comportamenti discriminatori.
  - 6.2. L'atipicità dei poteri dispositivi del giudice e il risarcimento del danno a seguito dell'accoglimento dell'azione giudiziaria anti-discriminazione.
    - 6.2.1. Le sanzioni accessorie
7. Una rassegna della principale casistica giurisprudenziale.
  - 7.1. Cittadinanza e lavoro pubblico.
  - 7.2. Discriminazioni nell'accesso all'alloggio.
  - 7.3. Discriminazioni nell'accesso a beni e servizi offerti al pubblico.

\*\*\*

## 1. Premessa.

Nell'ordinamento italiano, il principio di eguaglianza dei cittadini è previsto dall'articolo 3 Cost. come principio fondamentale, che in quanto tale assurge a metro generale di giudizio della legittimità costituzionale delle leggi. Per quanto riguarda gli stranieri, il principio costituzionale di eguaglianza trova piena applicazione quando siano in questione i diritti inviolabili della persona umana garantiti dall'art. 2 Cost.. Tuttavia l'articolo 3 Cost. pone anche un limite di carattere generale che consente di censurare la previsione di trattamenti differenziati rispetto ai cittadini, quando tali trattamenti siano in astratto consentiti dalla diversità oggettiva delle situazioni regolate, allorchè la discriminazione legale risulti “manifestamente irragionevole” e comunque non giustificata da esigenze di protezione di valori di pari rango costituzionale.

Lo sviluppo di una normativa civile specifica anti-discriminazione è antecedente, nel sistema giuridico italiano, al recepimento delle direttive comunitarie in materia, ed è riconducibile – a partire dalle previsioni contenute nello Statuto dei Lavoratori del 1970, a due ambiti ben precisi: il diritto del lavoro e la normativa sulle pari opportunità uomo-donna. E' in questo contesto che vengono via via elaborate nozioni come discriminazione diretta e indiretta, inversione dell'onere della prova, legittimazione ad agire degli enti esponenziali, prova statistica, ecc.

Al *corpus* di questa legislazione si è sovrapposta nel 1998, nell'ambito della riforma del diritto dell'immigrazione e della condizione dello straniero, una previsione più ampia, non settoriale, del divieto di discriminazione, accompagnata dall'istituzione di una specifica azione civile contro la discriminazione.

Il recepimento nel diritto interno delle direttive comunitarie 2000/43 e 2000/78, avvenuto nel 2003 mediante emanazione di due specifici decreti legislativi (rispettivamente, n. 215/03 e n. 216/03), si è sovrapposto così alla legislazione preesistente senza eliminarla o sostituirla, creando talvolta problemi di coordinamento e interpretazione.

Di seguito si illustrerà il quadro delle disposizioni del diritto europeo, costituzionali e civili in materia di parità di trattamento e di divieto di discriminazioni su base nazionale, etnico-razziali, e religiose, prima e dopo il recepimento delle direttive comunitarie. Poi si analizzeranno gli strumenti di recepimento ed infine si approfondirà da un lato in quale misura il recepimento è avvenuto in modo più o meno soddisfacente, dall'altro in quale misura le direttive comunitarie hanno costituito un impulso allo sviluppo della normativa anti-discriminazione in Italia.

La disamina della normativa viene accompagnata ed aggiornata dal riferimento alle più significative pronunce giurisprudenziali in materia di discriminazione razziale in ambito civile, a cui si dedica anche l'ultima parte.

La parte finale si occupa specificatamente della tutela giudiziaria, così come prevista dalla normativa civile contro le discriminazioni, con una disamina dei principali aspetti dell'azione civile contro la discriminazione.

## **2. Le disposizioni costituzionali sul principio di eguaglianza ed il trattamento dello straniero**

### **2.1. Gli articoli 2 e 3 della Costituzione. Principio di eguaglianza e titolarità dei diritti umani fondamentali.**

Nell'ordinamento italiano, il principio di non-discriminazione trova innanzitutto il suo fondamento nei principi personalista e di eguaglianza sanciti rispettivamente dagli artt. 2 e 3 della Costituzione del 1948. Il principio personalista ha un'intrinseca apertura universalista, sicché se la persona in quanto tale è titolare di diritti e libertà fondamentali, si prescinde dal legame di cittadinanza ai fini del loro riconoscimento. Il principio di uguaglianza che deve intendersi in senso sia *formale* che *sostanziale*.

Il principio di uguaglianza si applica in modo pieno nei confronti dei *cittadini italiani* e, per estensione in base all'art. 18 TFUE (già art. 12 TCE), ai cittadini di Paesi membri dell'Unione europea.

Per quanto riguarda la condizione degli *stranieri*, l'affermazione del principio di eguaglianza va letta in stretto rapporto con quanto sancito dall'articolo 2 Cost., che riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e con la previsione dell'articolo 10, comma 2, che introduce una cosiddetta «riserva di legge rinforzata» in tema di disciplina della condizione giuridica dello straniero («La condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali»).

Perciò, secondo il consolidato orientamento della Corte Costituzionale, allo straniero deve applicarsi il *principio di eguaglianza* col cittadino previsto dall'art. 3 Cost. per quanto riguarda la titolarità dei *diritti inviolabili dell'uomo* riconosciuti e garantiti dall'art. 2 Cost., i quali devono ritenersi comunque assicurati allo straniero anche sulla base degli strumenti internazionali di tutela dei diritti umani, per effetto dell'art. 10 c. 2 Cost. (Cort. Cost., sent. 19-26 giugno 1969, n. 104) e dell'art. 117 c. 1 Cost.. Conformandosi a tale orientamento, in effetti, il Testo Unico sull'immigrazione, emanato con il d.lgs. n. 286/98 ha riconosciuto a tutti gli stranieri presenti in Italia, anche irregolarmente, un complesso di diritti sostanziali e processuali, nel campo della tutela giurisdizionale e degli interessi legittimi, dei rapporti con la pubblica amministrazione, nell'accesso ai pubblici servizi e alle prestazioni della pubblica amministrazione, come ad es. alle cure sanitarie urgenti ed essenziali, ancorché continuative (sul nucleo irriducibile del diritto alla salute, cfr. Corte Cost., sent. 225/2001, 252/2001, 509/2000, 309/99, 267/98).

Tra le più recenti pronunce del giudice costituzionale e di quello di legittimità in materia di rapporto tra principio di uguaglianza, diritti inviolabili della persona e condizione giuridica dello straniero in condizione di irregolarità di soggiorno, si possono citare: Corte Cost., sent. n. 78/2007 sul diritto di accesso dello straniero irregolare alle finalità rieducative della pena e conseguentemente alle misure alternative alla detenzione; Corte Cost., sent. n. 245/2011 sull'illegittimità dell'impedimento assoluto al matrimonio dello straniero in condizioni di irregolarità di soggiorno; Corte Cost., sent. n. 26/2010 sull'illegittimità costituzionale della presenza «irregolare» dello straniero come circostanza aggravante del reato; Cass, sent. n. 450 del 11 gennaio 2011 e n. 1453 del 02 febbraio 2012 sul diritto al risarcimento del danno patrimoniale e non (biologico e morale) derivante dalla lesione di diritti inviolabili della persona (diritto alla salute e ai

rapporti familiari e personali), anche a favore dello straniero irregolarmente presente ovvero dei suoi familiari.

## ***2.2. Il diritto alla parità di trattamento nella cornice dei diritti fondamentali nella giurisprudenza costituzionale riferita all'accesso degli stranieri alle prestazioni di assistenza sociale.***

Circa il rapporto tra principio costituzionale di uguaglianza, diritti fondamentali e condizione giuridica dello straniero, importanti chiavi di lettura sono state fornite dalla Corte Costituzionale con le sentenze riferite all'accesso degli stranieri alle prestazioni di assistenza sociale previste dalla legislazione nazionale vigente e dalle quali gli stranieri regolarmente soggiornanti, ma privi della carta di soggiorno o permesso di soggiorno CE per lungo soggiornanti ne erano stati esclusi per effetto dell'art. 80 c. 19 della legge n. 388/2000. Trattasi in particolar modo delle sentenze n. 306/2008, n. 11/2009, dell'ordinanza n. 285/2009, delle sentenze n. 187/2010 e 329/2011.

La prima ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della disposizione che subordinava l'attribuzione dell'indennità di accompagnamento – i cui presupposti sono la totale disabilità al lavoro, l'incapacità di deambulazione autonoma o il compimento in autonomia degli atti quotidiani della vita – al possesso della carta di soggiorno o permesso CE lungo soggiornanti che richiede per il suo rilascio, tra l'altro, la titolarità di un reddito. Con la sentenza n. 306/2008, la Corte Costituzionale ha rilevato la violazione del diritto alla salute inteso come diritto ai rimedi possibili alle menomazioni prodotte dalla disabilità; diritto alla salute che, in quanto diritto fondamentale, deve spettare a tutti, senza distinzioni fondate sulla nazionalità, con questo vietandosi ogni forma di discriminazione nei confronti degli stranieri legittimamente soggiornanti nel territorio dello Stato. Tale divieto di discriminazione viene ricondotto dunque nell'alveo del diritto internazionale consuetudinario generalmente riconosciuto di cui all'art. 10 c. 1 Cost. Con l'ordinanza n. 285/2009, riferita all'indennità di frequenza prevista per i minori disabili, la Corte costituzionale ha affermato che la disparità di trattamento a danno degli stranieri disabili legittimamente soggiornanti è compatibile con l'avvenuta ratifica ed entrata in vigore nel nostro paese della Convenzione ONU sui diritti delle persone disabili, che fa espressamente riferimento al principio di non discriminazione. Ugualmente, con le sentenze n. 187/2010 e 329/2011, la Corte Costituzionale ha specificato che non possono ammettersi discriminazioni fondate sulla nazionalità o sull'anzianità di residenza nell'ambito di benefici sociali che coinvolgono beni e valori di primario risalto nel quadro dei diritti fondamentali della persona: dalla tutela dell'infanzia e della salute, alla salvaguardia delle condizioni accettabili di vita, di sostentamento economico, ma non solo, alle esigenze di agevolare la futura inclusione sociale e lavorativa del minore disabile,. Questo anche in ossequio agli obblighi internazionali scaturenti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo e al principio di non –discriminazione da essa sancito all'art. 14.

### **2.3. Il divieto assoluto di discriminazioni razziali (art. 3 Cost.) e il divieto di discriminazioni religiose connesso alla diversità di rapporti tra lo Stato e le confessioni religiose (artt. 3, 7, 8, 19 Cost.)**

La Corte Costituzionale (sent. n. 54/1979) ha precisato che il principio di eguaglianza nell'ambito dei diritti inviolabili dell'uomo riguarda anche il rapporto tra stranieri: il trattamento giuridico dovrebbe essere uguale per tutti gli stranieri, salvo che una migliore posizione sia accordata ad alcuni stranieri da norme costituzionali (stranieri che godono del diritto d'asilo) o quando sia necessario per dare esecuzione ad obblighi internazionali (come quelli derivanti dai trattati dell'Unione europea). In ogni caso, una disciplina differente del trattamento degli stranieri è legittima soltanto quando sia motivata da un rapporto di cittadinanza con Stati diversi e non già dall'appartenenza di una persona ad una determinata etnia.

La libertà di professare il proprio credo religioso è riconosciuta dall'art. 19 Cost., con l'unico limite dei riti contrari al buon costume e degli altri limiti previsti dalla legge che costituiscano misure necessarie per la sicurezza pubblica, per la difesa dell'ordine e per la protezione della salute o della morale o per la protezione dei diritti e delle libertà altrui (art. 9 CEDU). Nel sistema costituzionale italiano la libertà religiosa dell'individuo si collega alla libertà di organizzazione delle singole confessioni religiose e alla loro uguaglianza di fronte alla legge, salve la disciplina particolare dei loro rapporti con lo Stato assicurata dai Patti lateranensi (con la Chiesa Cattolica) e delle Intese concluse dallo Stato con le rappresentanze di altre confessioni religiose ai sensi dell'art. 8 Cost..

Così, la Corte Costituzionale (sent. n. 58/1958) ha dichiarato incostituzionale la normativa che subordinava ad un'autorizzazione governativa l'apertura di un luogo di culto di una confessione non regolata da un'Intesa (decreto reale n. 289/1930). Ugualmente, la Corte Costituzionale con la decisione n. 195/1993 ha concluso che le denominazioni religiose che non hanno sottoscritto un'Intesa con lo Stato non possono essere per tale motivo escluse dai contributi finanziari previsti dalla legislazione volti a coprire i costi di urbanizzazione in relazione alla costruzione dei luoghi di culti in quanto ciò costituirebbe una violazione del principio di uguaglianza tra le confessioni religiose (art. 8 Cost.).

### **2.4. Il criterio di ragionevolezza nell'interpretazione del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione come limite all'azione discriminatoria del legislatore.**

Il principio assoluto di uguaglianza tra cittadino e straniero riguarda l'ambito dei diritti inviolabili della personalità, che pur sempre "rappresentano un *minus* rispetto alla somma dei diritti di libertà riconosciuti al cittadino" (Cort. Cost. sent. nn 104/69, 144/70, 109/74 e 244/74). La differenza ontologica tra cittadino e straniero, il primo avente un rapporto originario e permanente con lo Stato, il secondo uno acquisito e generalmente temporaneo, può dunque essere apprezzata dal legislatore nelle sue scelte – sempre entro i limiti delle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute e dei trattati internazionali – per definire trattamenti differenziati, i quali, comunque debbono soddisfare il canone della ragionevolezza.

Il criterio della ragionevolezza, sul quale vi è stata negli anni un'ampia interpretazione giurisprudenziale, è stato utilizzato dalla Corte Costituzionale non solo per valutare la legittimità costituzionale di previsioni di legge almeno apparentemente in contrasto con il principio dell'uguaglianza formale *fra cittadini* di cui all'art.

3, ma anche – nei confronti dei *non-cittadini* – per valutare la legittimità di restrizioni e trattamenti differenziati imposti agli stranieri nell'esercizio di diritti costituzionalmente garantiti (tra questi, in particolare: il diritto alla famiglia; il diritto al lavoro; il diritto alla salute, ecc.). Se infatti, come ha più volte ribadito la Corte Cost., nei confronti del cittadino straniero il legislatore gode di un'ampia discrezionalità (nel rispetto comunque dei limiti all'esercizio della potestà legislativa imposti dall'art. 10, co. 2, Cost.), tale discrezionalità trova comunque un limite nella “non manifesta irragionevolezza” delle sue scelte, ovvero nella necessità che i trattamenti differenziati siano giustificati dall'esigenza effettiva di tutelare valori di pari rango rispetto a quelli che vengono compressi o sacrificati.

Per meglio comprendere come il criterio della “ragionevolezza” riferito all'art. 3 Cost. possa tutelare i non-cittadini nei confronti di trattamenti discriminatori imposti dal legislatore anche al di là del novero dei diritti inviolabili dell'uomo, può essere utile citare la sentenza della Corte Cost., con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale della legge della Regione Lombardia sul trasporto pubblico regionale e locale perché, nello stabilire il diritto alla circolazione gratuita sui mezzi pubblici delle persone totalmente invalide per cause civili, riservava tale diritto ai cittadini italiani e comunitari residenti nella Regione (Corte Costituzionale, sentenza 2 dicembre 2005, n. 432).

In quel caso, il principio di ragionevolezza è stato utilizzato dalla Corte Costituzionale per impedire che alla condizione degli invalidi civili residenti siano inseriti elementi di distinzione soggettiva del tutto arbitrari, non sussistendo alcun ragionevole collegamento tra lo status di cittadino italiano, quale condizione di ammissibilità al beneficio del trasporto gratuito stabilito dalla norma regionale, e le altre condizioni logicamente collegate alla sua fruizione (la totale invalidità e la residenza nella Regione lombarda). In altri termini, se appare ovvio che la condizione di grave invalidità, così come il requisito della residenza, è il logico presupposto per poter usufruire gratuitamente dei trasporti pubblici locali, così non è per il requisito della cittadinanza italiana, che con il beneficio in parola non ha alcuna correlazione.

Un'ulteriore applicazione di tale principio di ragionevolezza si può riscontrare nella sentenza n. 40/2011 con la quale la Corte Cost. ha dichiarato incostituzionale una normativa regionale del FVG che escludeva tout court dal sistema integrato dei servizi sociali regionali tutti i cittadini extracomunitari così come quelli italiani e comunitari residenti da meno di 36 mesi nel territorio regionale. Secondo la Corte una siffatta esclusione di intere categorie di persone fondata sul mancato possesso della cittadinanza europea ovvero sulla mancanza del requisito di anzianità di residenza contrasta con la funzione e la *ratio* della normativa sui servizi sociali, finalizzata all'inclusione sociale delle persone più esposte alle condizioni di disagio e di bisogno, in quanto proprio quest'ultime sarebbero più penalizzate dal provvedimento.

Il principio di ragionevolezza assurge in tal modo al ruolo di criterio interpretativo della legittimità di ogni norma legislativa o regolamentare che preveda una disparità di trattamento (anche in ambiti non necessariamente correlati ai diritti fondamentali), divenendo ulteriore metro in base al quale misurare l'ammissibilità o meno di ogni provvedimento normativo.

La giurisprudenza costituzionale sul principio di uguaglianza e sul criterio di ragionevolezza è stata più volte richiamata nella giurisprudenza civile maturata a seguito delle azioni giudiziarie anti-discriminazione. Ad es.

Tribunale di Bologna, ord. 23 dicembre 2006, ha condannato come discriminatoria la pratica dell'Università privata Bocconi di Milano, che prevedeva per l'immatricolazione degli studenti extracomunitari l'applicazione automatica della retta annuale di costo più alto, indipendentemente dal reddito. Anche in tutte le ordinanze riferite a discriminazioni operate da enti locali nei confronti dei cittadini stranieri nell'erogazione di assegni di natalità o "bonus bebè", i giudici hanno ravvisato l'assenza di una ragionevole correlazione tra il requisito di cittadinanza e lo scopo perseguito dal beneficio ovvero il sostegno alla natalità e/o alla funzione genitoriale (cfr. Tribunale di Milano, ord. 29 settembre 2010).

### **3. Il principio di parità di trattamento ed il divieto di discriminazioni nel diritto dell'Unione europea e normativa nazionale di recepimento.**

L'ordinamento comunitario prevede da sempre norme sulla parità di trattamento e la non discriminazione. Già il trattato costitutivo della CEE prevedeva il divieto di discriminazione per motivi di nazionalità e di sesso. I divieti erano peraltro funzionali all'obiettivo economico dell'integrazione dei fattori economici dei mercati, ma con il passare del tempo e sotto la spinta della giurisprudenza della Corte di Giustizia europea, il principio di non discriminazione ha acquisito una valenza anche sociale.

L'art. 13 del TCE, introdotto dal Trattato di Amsterdam, ha dato base legale per l'adozione da parte del Consiglio europeo di due direttive per combattere le discriminazioni rispettivamente per motivi di razza e origine etnica (direttiva n. 2000/43/CE) e per motivi di credo religioso e convinzioni personali, età, disabilità e orientamento sessuale (direttiva n. 2000/78/CE).

Infine, il Trattato di Lisbona prevede il principio di uguaglianza e di non discriminazione come valore fondamentale dell'Unione europea, che è affermato sia nel Trattato sull'Unione europea, sia nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, sia nella Carta europea dei diritti fondamentali.

#### **3.1. La tutela dalle discriminazioni offerta dal diritto UE nei confronti dei cittadini di altri Stati membri dell'Unione europea.**

Nei confronti dei cittadini di Stati membri dell'Unione europea, vige il principio di non discriminazione di cui all'art. 18 c. 1 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (ex art. 12 del Trattato sulla Comunità Europea), il quale sancisce che *"nel campo di applicazione dei trattati, e senza pregiudizio delle disposizioni particolari dagli stessi previste, è vietata ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità"*. Tale principio rappresenta la più chiara ed esplicita manifestazione del contenuto di quella "cittadinanza dell'Unione", riconosciuta a chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro ed istituita dall'art. 20 c. 2 TFUE (ex art. 17 TCE), secondo cui tutti i cittadini dell'Unione godono dei diritti e sono soggetti ai doveri previsti nei trattati.

Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il 1 dicembre 2009, è entrata parimenti in vigore la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea che, all'art. 21, prevede il diritto alla non-discriminazione, ribadendo *"il divieto di qualsiasi discriminazione fondata sulla cittadinanza nell'ambito di applicazione del"*



*trattato sull'Unione Europea e di quello sul funzionamento dell'Unione europea*". Il principio di non discriminazione ha, dunque, valore e rango di diritto fondamentale.

L'art. 45 del TFUE (già art. 39 TCE) *“assicura la libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione europea”* ed afferma l'esigenza che a tal fine sia assicurata *“l'abolizione di qualsiasi discriminazione, fondata sulla nazionalità, tra i lavoratori degli Stati membri, per quanto riguarda l'impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro”*.

L'art. 49 del TFUE (ex art. 43 del TCE), che tutela il diritto di stabilimento all'interno dell'Unione, vieta *“le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro”*.

Al fine di attuare i principi di libertà di circolazione e di stabilimento dei lavoratori all'interno della Comunità europea, fu approvato il Regolamento comunitario n. 1612/1968 (ora sostituito dal Regolamento UE n. 492/2011 dd. 5 aprile 2011) che, all'art. 7 c. 2, ha previsto il principio di parità di trattamento tra lavoratori nazionali e lavoratori di altri Stati membri in materia di vantaggi sociali e fiscali.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea ha poi progressivamente esteso l'ambito di applicazione degli artt. 12, 39 e 43 del TCE (ora rispettivamente artt. 18, 45 e 49 TFUE), e delle norme derivate di cui sono attuazione, riconoscendo che la parità di trattamento deve applicarsi anche a quei diritti e vantaggi sociali e fiscali non direttamente connessi all'impiego del lavoratore comunitario che ha esercitato il diritto alla libera circolazione, ogniqualvolta la prestazione sociale o fiscale erogata sia in grado di facilitare la mobilità dei cittadini comunitari all'interno dello spazio comune europeo (CGE, *Even*, sentenza 31 maggio 1979).

Il medesimo Regolamento n. 1612/68/CEE, all'art. 9, prevede anche la parità di trattamento del lavoratore comunitario migrante e dei suoi familiari con i lavoratori nazionali per quanto concerne i diritti e i vantaggi accordati in materia di abitazione, in quanto funzionali alla piena realizzazione della libertà di circolazione dei lavoratori: *“1. Il lavoratore cittadino di uno Stato membro occupato sul territorio di un altro Stato membro gode di tutti i diritti e vantaggi accordati ai lavoratori nazionali per quanto riguarda l'alloggio, ivi compreso l'accesso alla proprietà dell'alloggio di cui necessita. 2. Detto lavoratore può iscriversi, nella Regione in cui è occupato, allo stesso titolo dei nazionali, negli elenchi dei richiedenti alloggio nelle località ove tali elenchi esistono, e gode dei vantaggi e precedenza che ne derivano.”* (testo rimasto invariato anche nel nuovo Regolamento UE n. 492/2011).

Il Reg. CEE n. 1408/1971 (ora sostituito dal Regolamento (CE) n. 883/2004, entrato in vigore il 1 maggio 2010) relativo ai regimi di sicurezza sociale per i lavoratori subordinati, autonomi e i loro familiari che si spostano all'interno della Comunità, e che si applica, in base all' art. 2, *“ai cittadini di uno Stato membro, agli apolidi e ai rifugiati residenti in uno Stato membro, che sono o sono stati soggetti alla legislazione di uno o più Stati membri, nonché ai loro familiari e ai loro superstiti”* dispone, all'art. 4, che *“Salvo quanto diversamente previsto dal presente regolamento, le persone alle quali si applica il presente regolamento*

*godono delle stesse prestazioni e sono soggette agli stessi obblighi di cui alla legislazione di ciascuno Stato membro, alle stesse condizioni dei cittadini di tale Stato”.*

L'art. 3 , c. 1, lett. j) prevede che il principio di parità di trattamento si applichi a tutte le legislazioni relative ai settori della “sicurezza sociale”, tra cui sono incluse “le prestazioni familiari” che l' art. 1 lett. z) definisce come le prestazioni in natura o in denaro destinate a compensare i carichi familiari, con la sola eccezione degli assegni speciali di nascita o di adozione che gli Stati membri abbiano esplicitamente escluso dall'applicazione del regolamento e siano indicati nell'allegato I.

L'Italia non ha escluso alcun beneficio dall'applicazione del Regolamento, sicché, anche in materia di assegni di natalità, è garantita piena parità di trattamento tra cittadini comunitari e cittadini nazionali.

Nelle prestazioni di sicurezza sociale coperte dal principio di parità di trattamento di cui al Regolamento CEE n. 1408/71 sono state incluse, per effetto dell'evoluzione della giurisprudenza della CGE, anche quelle prestazioni ora definite dall'art. 70 del Regolamento n. 883/2004 come “miste”, perché aventi carattere assistenziale da un lato in quanto non sorrette da meccanismi contributivi e finanziate dalla fiscalità generale, ma che dall'altro lato costituiscono diritti soggettivi, in quanto criteri e condizioni per l'accesso sono regolati dalla normativa interna senza margini di discrezionalità lasciati alle Pubbliche Amministrazioni, con l'ulteriore requisito della loro inclusione nell'allegato II bis (ora allegato X inserito nel regolamento applicativo (CE) n. 988/2009). Tale allegato, per quanto concerne l'Italia, menziona espressamente quelle prestazioni che costituiscono diritti soggettivi in base alla legislazione vigente in materia di assistenza sociale cioè la pensione sociale, le pensioni e le indennità ai mutilati ed invalidi civili, ai sordomuti, ai ciechi civili, gli assegni per assistenza ai pensionati per inabilità.

**L'art. 24 della Direttiva n. 2004/38**, che disciplina il diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, recepita in Italia con il d.lgs. n. 30/2007 successivamente modificato dal d.lgs. n. 32/2008 e dalla legge n. 129/2011, ribadisce il principio di parità di trattamento, a favore dei cittadini comunitari e dei loro familiari, con espreso riferimento anche alla materia dell'assistenza sociale, con le uniche deroghe previste in questo ambito per i primi tre mesi di soggiorno e, per i periodi anche immediatamente successivi, quando il diritto al soggiorno venga esercitato per la ricerca di un'attività occupazionale.

Nel diritto dell'Unione europea, il principio di parità di trattamento ed il divieto di discriminazioni tra i cittadini di Stati membri dell'Unione, comportano non soltanto il divieto di **discriminazioni dirette**, che si realizzano quando un cittadino di altro Stato membro è trattato meno favorevolmente del cittadino nazionale in ragione proprio dell'elemento della cittadinanza, ma anche il divieto di **discriminazioni indirette**, che si producono quando una disposizione o un criterio o una prassi apparentemente neutra dello Stato membro pongono i cittadini di altri Stati membri in una posizione di particolare e sproporzionato svantaggio rispetto ai cittadini nazionali e tale misura non possa essere giustificata da “ragioni oggettive”, indipendenti dalla nazionalità ed adeguatamente commisurate allo scopo perseguito, in ossequio ai consolidati principi di necessità e proporzionalità.

Tale nozione di discriminazione indiretta è ricavabile dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia europea (ad es. CGE, sentenza 23 febbraio 1994, causa *Scholz* C- 419/92; CGE, sentenza 12 febbraio 1974, causa *Sotgiu*, n. 152/73).

La Corte di Giustizia europea ha in tal senso evidenziato che anche il ricorso al criterio della residenza o di anzianità di residenza può determinare una discriminazione indiretta o dissimulata vietata dall'ordinamento europeo. Esso, infatti se previsto quale requisito ai fini dell'accesso ad un beneficio può integrare una forma di illecita discriminazione "dissimulata" in quanto può essere più facilmente soddisfatto dai cittadini nazionali piuttosto che dai lavoratori comunitari, finendo dunque per privilegiare in misura sproporzionata i primi a danno dei secondi (ad es. CGE, *Meints*, causa 57/96, sentenza 27 novembre 1997; CGE, *Meussen*, causa 337/97, sentenza 8 giugno 1999; CGE, *Commissione c. Lussemburgo*, causa 299/01, sentenza 20 giugno 2002; CGE, *Commissione c. Repubblica italiana*, causa C-388/01, sentenza 16 gennaio 2003; per un'applicazione nella giurisprudenza italiana del divieto di discriminazioni indirette fondate sull'anzianità di residenza, con riferimento a normative regionali del FVG che subordinavano l'accesso al fondo di sostegno alle locazioni ad un requisito di anzianità di residenza decennale in Italia ovvero l'accesso ad un assegno di natalità ad un requisito di anzianità di residenza decennale in Italia e quinquennale nella Regione, si vedano: Tribunale di Trieste, ordinanza n. 479/2011 05 agosto 2011; Tribunale di Trieste, ordinanza 24.11.2012; Tribunale di Udine, ordinanza n. 530/2010 30 giugno 2010, poi confermata in sede di reclamo con ordinanza dd. 15 novembre 2011; Tribunale di Udine, ordinanza n. 615/2010 17 novembre 2011, poi confermata in sede di reclamo con ordinanza n. 6344/2010 07 marzo 2011; Tribunale di Gorizia, ordinanza n. 271/2011 30 giugno 2011; Tribunale di Gorizia, ordinanza n. 212/2011 26 maggio 2011.

Costituendo il principio di parità di trattamento ed il divieto di discriminazioni su base di nazionalità tra cittadini di Stati membri dell'Unione europea un principio fondamentale e norma imperativa del diritto dell'Unione europea, la giurisprudenza della Corte di Giustizia europea ha ritenuto che possa essere fatto valere dal singolo non solo in senso verticale, ossia nei confronti di qualsiasi organo o autorità di uno Stato membro, ma anche in senso orizzontale, ossia nei confronti di un privato, persona fisica o giuridica (ad es. CGE, sentenza 12.12.1974, *Walrave*, causa 36/74; CGE, sentenza 6 giugno 2000, *Angonese c. Cassa di Risparmio di Bolzano spa*, causa C-281/98; CGE, sentenza 19 gennaio 2010, *Seda Kucukdeveci c. Swedex gmbh &Co. Kg.*, causa C-555/07).

### **3.2. La tutela dalle discriminazioni offerta dal diritto UE nei confronti dei familiari dei cittadini dell'Unione europea ed il divieto di "discriminazioni alla rovescia".**

I familiari del cittadino dell'Unione europea che esercita la libertà di circolazione godono del principio di parità di trattamento e del divieto di discriminazioni in quanto diritti "ancillari" o funzionali al pieno esercizio della cittadinanza europea del cittadino dell'Unione medesimo. L'art. 23 della direttiva n. 2004/38/CE sulla libertà di circolazione e soggiorno dei cittadini di Paesi membri dell'Unione europea e dei loro familiari prevede: "*I familiari del cittadino dell'Unione, qualunque sia la loro cittadinanza, titolari*

*del diritto di soggiorno o del diritto di soggiorno permanente in uno Stato membro, hanno diritto di esercitare un'attività economica come lavoratori subordinati o autonomi". L'art. 24 sancisce il principio di parità di trattamento a favore dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari: "Fatte salve le disposizioni specifiche espressamente previste dal trattato e dal diritto derivato, ogni cittadino dell'Unione che risiede, in base alla presente direttiva, nel territorio dello Stato membro ospitante gode di pari trattamento rispetto ai cittadini di tale Stato nel campo di applicazione del trattato. Il beneficio di tale diritto si estende ai familiari non aventi la cittadinanza di uno Stato membro che siano titolari del diritto di soggiorno o del diritto di soggiorno permanente" ( Per un'applicazione nella giurisprudenza della CGE del principio di parità di trattamento nell'ambito del pubblico impiego si veda la sentenza *Emir Güel contro Germania* dd. 7 maggio 1986, Causa n. 131/85).*

L'art. 23 del d.lgs. n. 30/2007 prevede l'estensione delle norme previste dal decreto attuativo della direttiva europea in materia di libera circolazione dei cittadini comunitari e loro familiari anche ai familiari di cittadini italiani non aventi la cittadinanza italiana: "*Le disposizioni del presente decreto legislativo, se più favorevoli, si applicano ai familiari di cittadini italiani non aventi la cittadinanza italiana*".

Dal significato letterale della norma deriva l'equiparazione della condizione dei familiari dei cittadini italiani a quella dei familiari di cittadini comunitari estensibile a tutte le disposizioni contenute nel decreto e non solo a quelle in materia di soggiorno, includendovi dunque anche la materia del pubblico impiego (in proposito Tribunale di Venezia, ordinanza 8 ottobre 2010, favorevole all'ammissione di una cittadina albanese coniugata con un cittadino italiano ad un concorso pubblico per operatore di strada indetto dal Comune di Venezia). Del resto, la norma dell'art. 23 del d.lgs. n. 30/2007 deve intendersi quale espressione del divieto di "discriminazioni a rovescio" per cui, in caso di deteriore trattamento della situazione puramente interna riferita al cittadino italiano rispetto a quella applicabile all'omologa situazione disciplinata dal diritto comunitario, alla luce del principio costituzionale di eguaglianza, la posizione soggettiva garantita dal diritto comunitario è l'elemento su cui misurare anche la disciplina riservata alla situazione nazionale (Corte Costituzionale, sent. 16 giugno 1995, n. 249; Corte Cost., sent. 30 dicembre 1997, n. 443). Il divieto di discriminazioni a rovescio è stato di recente riaffermato con l'art. 14 bis della legge 7.7.2009, n. 88 (Legge comunitaria 2008): "*1. Le norme italiane di recepimento e di attuazione di norme e principi della Comunità europea e dell'Unione europea assicurano la parità di trattamento dei cittadini italiani rispetto ai cittadini degli altri Stati membri dell'UE residenti o stabiliti nel territorio nazionale e non possono in ogni caso comportare un trattamento sfavorevole dei cittadini italiani.*

*2. Nei confronti dei cittadini italiani non trovano applicazione norme dell'ordinamento giuridico italiano o prassi interne che producano effetti discriminatori rispetto alla condizione e al trattamento dei cittadini comunitari residenti o stabiliti nel territorio nazionale*".

### **3.3. La tutela dalle discriminazioni offerta dal diritto UE nei confronti di altre categorie di cittadini di Paesi terzi non membri dell'UE.**

L'evoluzione del diritto comunitario (ora del diritto dell'Unione europea) riguardo alla posizione giuridica dei cittadini di Paesi terzi si è contraddistinta per la creazione di una pluralità di statuti giuridici differenziati, ciascuno dei quali contiene, in forme e con ampiezze diverse, clausole di parità di trattamento. Occorre aggiungere le norme del diritto dell'Unione europea volte a favorire l'ingresso dei ricercatori di Paesi terzi (direttiva n. 2005/71/CE), quelle relative ai lavoratori altamente qualificati, per i quali la direttiva n. 2009/50/CE ha istituito una "Carta blu UE" quale titolo di soggiorno uniforme utilizzabile dagli Stati membri in tali situazioni, quelle relative ai lavoratori "distaccati" nell'ambito della libera prestazione dei servizi, di cui alla direttiva n. 96/71. Tale situazione di frammentarietà e pluralità di situazioni giuridiche è peraltro destinata a perdurare anche dopo l'approvazione della direttiva sul procedimento unico per il rilascio di un permesso di soggiorno di lavoro per i cittadini di Paesi terzi che risiedono e lavorano nel territorio di uno Stato membro e per un paniere comune di diritti per i lavoratori di Paesi terzi regolarmente residenti in un Paese membro (Direttiva 2011/98/UE del 13.12.2011 pubblicata in G.U.U.E. dd. 23.12.2011 L 343/1). La direttiva sul procedimento unico e il paniere comune di diritti a favore dei lavoratori di Paesi terzi regolarmente soggiornanti in uno Stato membro fa salve le disposizioni europee specifiche già in vigore per i lavoratori "distaccati" nell'ambito della prestazione dei servizi, così come quelle relative ai lavoratori di Paesi terzi lungo soggiornanti (direttiva n. 109/2003/CE), che continueranno a godere di uno status più favorevole. La direttiva lascia impregiudicate le norme più favorevoli previste dagli accordi conclusi dalla Commissione europea con Paesi terzi, come ad esempio quelli con i Paesi dell'Area Economica Europea (EEA) e con la Svizzera, gli accordi di Associazione con la Turchia e quelli sottoscritti nell'ambito della cooperazione euro-mediterranea, ovvero in accordi di partenariato e cooperazione, ovvero nel processo di Associazione finalizzato all'allargamento dell'Unione.

Conformemente a quanto stabilito nel Piano sulle Politiche Migratorie dell'Unione europea del dicembre 2005, infatti, la direttiva sui lavoratori di Paesi terzi, che intende porre le basi giuridiche per un approccio equo e orientato verso la loro tutela, si affiancherà ad altre quattro direttive destinate ciascuna a trattare le condizioni di ingresso e di soggiorno di casi particolari di lavoratori (i lavoratori altamente qualificati, la cui direttiva è stata già approvata, come abbiamo visto, i lavoratori stagionali, i lavoratori qualificati di Paesi terzi nell'ambito di trasferimenti temporanei all'interno di società multinazionali, i lavoratori che svolgono stage formativi (*remunerated trainees*)).

La direttiva n. 2011/98/UE del 13 dicembre 2011 prevede per i lavoratori di Paesi terzi la parità di trattamento con i cittadini nazionali, tra l'altro, nelle seguenti aree (capo III art. 12) :

- a) Condizioni di lavoro, tra cui retribuzione e licenziamento, inclusa salute e sicurezza sul luogo di lavoro;

- b) Istruzione e formazione professionale;
- c) Riconoscimento dei diplomi e qualifiche professionali;
- d) Agevolazioni fiscali;
- e) Sicurezza sociale, così come definita nel Regolamento (CE) n. 883/2004, estendendo la parità di trattamento attualmente prevista dal Regolamento (UE) n. 1231/2010 (già regolamento CE n. 859/2003) a favore dei cittadini di Paesi terzi che si sono mossi da un Paese UE all'altro, anche a quelli che arrivano direttamente da un Paese terzo;
- f) accesso ai beni e servizi offerti al pubblico, incluso l'accesso all'abitazione.

La stessa direttiva contiene, peraltro, alcune possibilità per gli Stati membri di derogare o restringere la portata del principio di parità di trattamento: ad es. escludendone l'applicazione all'ambito delle borse di studio, dei prestiti concessi a fini di studio, ovvero riguardo all'accesso alle prestazioni di sicurezza sociale nei confronti dei lavoratori che non abbiano svolto un'attività lavorativa per un periodo minimo di almeno sei mesi e non siano registrati come disoccupati ovvero riguardo alle politiche sociali abitative, ovvero restringendone l'applicazione per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi a disposizione del pubblico ai soli stranieri di Paesi terzi che svolgano attività lavorativa (art. 12 c. 2).

Gli Stati membri dovranno recepire nei loro ordinamenti le disposizioni della direttiva entro il 25 dicembre 2013 (art. 16).

### *3.3.1. Le clausole di non discriminazione contenute negli Accordi di Associazione, cooperazione e partenariato.*

#### 3.3.1.1. Le clausole di non discriminazione in materia di accesso ai rapporti di lavoro e condizioni di lavoro.

Il primo accordo è quello più risalente nel tempo, cioè l'Accordo che crea un'associazione tra la Comunità economica europea e la Turchia, firmato ad Ankara il 12 settembre 1963, e concluso, approvato e confermato a nome della CEE con decisione del Consiglio 23 dicembre 1963, 64/732/CEE (GU 1964, n. 217, pag. 3685). Il 19 settembre 1980 il consiglio di associazione, istituito dall'accordo di associazione e composto, da un lato, da membri dei governi degli Stati membri, del Consiglio nonché della Commissione delle Comunità europee e, dall'altro, da membri del governo turco, emanava la decisione n. 1/80.

L'art. 6 di tale decisione è contenuto nel capitolo II delle medesima, intitolato «Disposizioni sociali», sezione 1, riguardante i «Problemi relativi all'occupazione e alla libera circolazione dei lavoratori». Il n. 1 di tale articolo prevede che : *«Fatte salve le disposizioni dell'articolo 7, relativo al libero accesso dei familiari all'occupazione, il lavoratore turco inserito nel regolare mercato del lavoro di uno Stato membro gode del*

*“libero accesso, in tale Stato membro, a qualsiasi attività salariata di suo gradimento, dopo quattro anni di regolare impiego».*

L'art. 7 della decisione n. 1/80 dispone che:

*«I familiari che sono stati autorizzati a raggiungere un lavoratore turco inserito nel regolare mercato del lavoro di uno Stato membro (...) beneficiano del libero accesso a qualsiasi attività dipendente di loro scelta se vi risiedono regolarmente da almeno cinque anni.*

*I figli dei lavoratori turchi che hanno conseguito una formazione professionale nel paese ospitante potranno, indipendentemente dal periodo di residenza in tale Stato membro e purché uno dei genitori abbia legalmente esercitato un'attività nello Stato membro interessato da almeno tre anni, rispondere a qualsiasi offerta d'impiego in tale Stato membro».* (Sull'applicazione ed interpretazione di tale norma da parte della Corte di Giustizia europea, si vedano le sentenze dd. 19 novembre 1998, causa *Akman c. Germania*, C-210/97 e del 21 gennaio 2010, causa *Bekleyen c. Germania*, C-462/08, secondo le quali non impedisce il godimento del diritto assoluto di soggiorno per motivi di lavoro nel Paese membro derivante dall'art. 7 secondo comma della decisione n. 1/80 il fatto che il genitore che ha svolto un'attività di lavoro subordinato per almeno tre anni nello stesso Stato membro, abbia già fatto ritorno in Turchia quando il figlio ha concluso l'attività formativa e anche quando detto ritorno sia avvenuto prima che il figlio iniziasse l'attività formativa medesima e dunque non sia giunto nel Paese membro a seguito di riunificazione familiare).

Il successivo art. 10, contenuto nella stessa sezione 1 del capitolo II della decisione medesima, dispone, al n. 1, quanto segue:

*«Gli Stati membri della Comunità concedono ai lavoratori turchi appartenenti al loro regolare mercato del lavoro un regime caratterizzato dalla mancanza di qualsiasi discriminazione di nazionalità rispetto ai lavoratori comunitari, con riferimento alla retribuzione e alle altre condizioni di lavoro».* Al riguardo, la giurisprudenza della Corte di Giustizia europea ha ripetutamente affermato che le norme della decisione n. 1/80 producono un effetto precettivo, quindi diretto ed immediato negli ordinamenti interni degli Stati membri, sicché la maturazione dei periodi di residenza enunciati in tali disposizione e la condizione di parità di trattamento in materia di condizioni di lavoro richiedono il riconoscimento di un correlato diritto di soggiorno, a prescindere dalle condizioni poste al riguardo sul soggiorno e trattamento dei cittadini stranieri dal diritto interno (CGUE, sentenza 29 marzo 2012, CGUE, sentenza 22 dicembre 2010, causa C-303/08, par. 31 e 36; sentenza 25 settembre 2008, causa C-453/07, par. 25-26; sentenza 18 dicembre 2008, causa C-337/07, par. 20-21; sentenza 18 luglio 2007, causa C-325/05, par. 56; Tale interpretazione è stata fatta propria dalla Corte di Giustizia europea nelle recenti sentenze 17 settembre 2009, causa C-242/06 e 29 aprile 2010, causa C-92/07, nelle quali la Corte ha concluso per l'illegittimità dell'applicazione nei confronti dei lavoratori turchi e loro familiari della normativa olandese sull'immigrazione che impone una tassa amministrativa di importo pari a 169 euro per il rinnovo del permesso di soggiorno dei cittadini extracomunitari, essendo tale importo sproporzionato rispetto ai diritti di natura amministrativa richiesti per la registrazione del soggiorno dei cittadini dell'Unione europea).

Anche negli altri accordi di associazione sottoscritti nell'ambito dell'«Unione mediterranea» (EUROMED), già “processo di Barcellona”, così come in quelli sottoscritti nell'ambito del processo di allargamento dell'Unione europea, è presente una clausola di parità di trattamento in materia di condizioni di lavoro, insieme con una clausola di salvaguardia della legislazione interna dello Stato membro in materia di immigrazione e condizioni per il rilascio ed il rinnovo del permesso di soggiorno dello straniero. Tale principio di parità di trattamento non consente, in linea generale, di applicare un'automatica estensione della sua portata applicativa ad un correlato diritto al soggiorno, così come invece interpretato in sede di accordo di associazione con la Turchia. A titolo di esempio si può citare la dichiarazione comune relativa all'art. 64 par. 1 dell'Accordo euromediterraneo di associazione CE-Tunisia: “*Non si potrà invocare l'art. 61 par. 1 per quanto riguarda l'assenza di discriminazioni in materia di licenziamenti, per ottenere il rinnovo del permesso di soggiorno. Il rilascio, il rinnovo o il rifiuto del permesso di soggiorno è disciplinato unicamente dalla legislazione di ciascuno Stato membro, nonché dagli accordi e dalle convenzioni bilaterali*”. Ugualmente, l'art. 45 dell'Accordo di Associazione tra CE e Croazia prevede il principio di parità di trattamento e di non discriminazione in materia di condizioni di lavoro, retribuzione e licenziamento per i cittadini croati regolarmente impiegati in uno Stato membro, ma questo va letto e reso compatibile con la disposizione di cui al successivo art. 63 che fa salva la possibilità per le Parti di applicare le rispettive leggi e disposizioni in materia di ingresso e soggiorno, lavoro, condizioni di lavoro e stabilimento delle persone fisiche, nonché di prestazione dei servizi.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia europea ha fornito tuttavia alcuni criteri interpretativi essenziali riguardo alla conciliazione tra la clausola di parità di trattamento in materia di condizioni di lavoro e quella di salvaguardia delle normative interne sull'immigrazione.

Con riguardo, alle norme contenute negli accordi di associazione con Bulgaria, Slovacchia e Polonia, preliminari all'ingresso di tali Paesi nell'UE, la Corte di Giustizia ha concluso che le restrizioni applicate al diritto di stabilimento dalle norme dello Stato membro in materia di immigrazione devono essere idonee a realizzare l'obiettivo previsto e non costituire, rispetto al medesimo, un intervento che possa pregiudicare la sostanza dei diritti alla parità di trattamento riconosciuti ai cittadini bulgari, slovacchi e polacchi (sentenza 16 novembre 2004, *Panayotova e altri c. Paesi Bassi*, causa C-327/02; CGE, sentenza 27 settembre 2001, *Kondova*, causa C-235/99; CGE, sentenza 27 settembre 2001, *Barkoci e Malik*, causa C-257/99; CGE, sentenza 27 settembre 2001, *Gloszczuk*, causa C-63/99 (riguardanti gli accordi di associazione CE-Bulgaria, CE-Polonia, CE-Slovacchia).

Ancor più significativa, la sentenza *Gattoussi c. Germania* dd. 14 dicembre 2005 (causa C-97/05), nella quale la Corte di Giustizia ha affermato che la norma sulla parità di trattamento in materia di condizioni di lavoro e di licenziamento di cui all'Accordo euromediterraneo CE-Tunisia deve essere interpretata nel senso che essa è idonea a produrre effetti sul diritto di soggiorno di un cittadino tunisino nello Stato membro, qualora il detto cittadino sia stato autorizzato da tale Stato ad esercitare un'attività lavorativa per un periodo eccedente alla durata della sua autorizzazione al soggiorno.



La giurisprudenza della Corte di Giustizia UE ha riguardato anche l'applicazione della clausola di parità di trattamento in materia di condizioni di lavoro, di retribuzione e di licenziamento di taluni accordi di Associazione o di partenariato alle norme di diritto sportivo contenenti limitazioni alla partecipazione di sportivi professionisti di Paesi terzi alle competizioni nazionali. Nel caso *Kolpak c. la Federazione tedesca di pallamano*, la Corte di Giustizia ha giudicato incompatibili con la clausola di parità di trattamento in materia di condizioni di lavoro, contenuta nell'Accordo di Associazione CE-Slovacchia, le norme della federazione tedesca di pallamano (DHB) che impedivano l'impiego negli incontri di campionato e di coppa di più di due giocatori di Paesi terzi non membri dell'UE (Art. 38, n. 1 dell'Accordo europeo che istituisce un'associazione tra le Comunità europee e i loro Stati membri, da una parte, e la Repubblica Slovacca, dall'altra (G.U. L 359, pag. 1)

Facendo riferimento al precedente caso *Pokrzeptowicz-Meyer* (causa C-162/00), la Corte ha ritenuto che non vi era ragione di interpretare la portata della clausola di parità di trattamento in materia di condizioni di lavoro contenuta nell'Accordo di associazione CE-Slovacchia secondo modalità diverse dalla parità di trattamento prevista per i cittadini dell'Unione europea e i loro familiari e fondata sul diritto alla libera circolazione di cui al TCE. Poiché, con la precedente sentenza *Bosman* (dd. 15 dicembre 1995, causa C-415/93), la Corte di Giustizia aveva affermato l'incompatibilità con il divieto di discriminazioni tra lavoratori di Paesi membri delle norme emanate da associazioni sportive aventi portata restrittiva sulle condizioni di impiego degli sportivi professionisti non nazionali appartenenti ad altri Stati membri, non vi era dunque ragione per non trasporre il medesimo ragionamento e la medesima portata applicativa all'analogha clausola di parità di trattamento prevista dall'Accordo di Associazione con riferimento agli sportivi di nazionalità slovacca impiegati in uno Stato membro.

Ad analoghe conclusioni sono giunti i giudici di Lussemburgo con riferimento alla clausola di parità di trattamento contenuta nell'Accordo di partenariato Comunità europea - Russia (Art. 23 n. 1 dell'Accordo di partenariato Comunità-Federazione Russa, entrato in vigore il 1 dicembre 1997 (G.U. L 327 pag. 1). Ci si riferisce alla sentenza dd. 12 aprile 2005, nella causa C-265/03 (*Simutenkov c. Ministero educazione e cultura del Regno di Spagna e Federazione spagnola gioco calcio*). In sostanza, la Corte non ha dato importanza al fatto che, contrariamente all'accordo di associazione Comunità - Slovacchia, l'accordo di partenariato Comunità - Russia non ha l'obiettivo di creare un'associazione al fine della progressiva integrazione dello Stato terzo in questione nelle Comunità europee con conseguente affermazione del diritto alla libera circolazione, ma solo quello più modesto della realizzazione della «progressiva integrazione tra la Russia e una più vasta zona di cooperazione in Europa». Infatti, «la lettera dell'art. 23 n. 1 dell'Accordo esprime, in termini chiari, precisi ed incondizionati, il divieto di discriminazione fondato sulla nazionalità (sottolineatura nostra)», così dunque da legittimare un'interpretazione analoga a quella adottata nella sentenza *Deutscher Handballbund*.

### 3.3.1.2. Le clausole di parità di trattamento in materia di sicurezza sociale.

Rientrano nel campo di applicazione del diritto comunitario anche le clausole di "non discriminazione" in materia di sicurezza sociale contenute negli *Accordi di Associazione euromediterranei* stipulati tra la Comunità Europea e i relativi Stati terzi. Si tratta, nello specifico, degli Accordi euromediterranei che istituiscono un'Associazione tra le Comunità Europee e i loro Stati membri, da un lato, e rispettivamente la Repubblica Tunisina, il Regno del Marocco e l'Algeria, dall'altro, tutti ratificati con legge e vincolanti per l'Italia in quanto membro della CE (ora UE).

Tali accordi, infatti, contengono espressamente una clausola di parità di trattamento nella materia della "sicurezza sociale".

A titolo di esempio, l'art. 68 dell'Accordo euromediterraneo con l'Algeria firmato il 22 aprile 2002 ed entrato in vigore il 10 ottobre 2005 (e clausole del tutto analoghe sono contenute negli accordi con Marocco firmato il 26.02.1996 ed entrato in vigore il 01.03.2000 e Tunisia firmato il 17.07.1995 ed entrato in vigore il 01.03.1998, ma non invece in quelli sottoscritti con Egitto, Israele, Regno di Giordania, Palestina) prevede che "1...i lavoratori di cittadinanza algerina e i loro familiari conviventi godono, in materia di sicurezza sociale, di un regime caratterizzato dall'assenza di ogni discriminazione basata sulla cittadinanza rispetto ai cittadini degli Stati membri nei quali essi sono occupati. 2. Il termine "sicurezza sociale" include i settori della sicurezza sociale che concernono le prestazioni relative alla malattia e alla maternità, all'invalidità, le prestazioni di vecchiaia e per i superstiti, i benefici relativi agli infortuni sul lavoro, alle malattie professionali, al decesso, le prestazioni relative alla disoccupazione e quelle familiari". Il successivo art. 69 specifica quali sono i destinatari della previsione sulla parità di trattamento ovvero "i cittadini delle parti contraenti residenti o legalmente impiegati nel territorio dei rispettivi paesi ospiti", fissando dunque l'unico requisito della residenza o dell'attività lavorativa legale svolta nel territorio della parte contraente. (Informazioni e riferimenti sulla pubblicazione dei testi degli Accordi di associazione euro-mediterranei negli organi ufficiali dell'Unione europea possono essere reperite al link: [http://europa.eu/legislation\\_summaries/external\\_relations/relations\\_with\\_third\\_countries/mediterranean\\_partner\\_countries/r14104\\_it.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/external_relations/relations_with_third_countries/mediterranean_partner_countries/r14104_it.htm)).

A riguardo, l'orientamento ormai consolidato della giurisprudenza della Corte di Giustizia europea, è quello secondo il quale tali disposizioni concernenti il divieto di discriminazioni fondate sulla nazionalità nella materia della sicurezza sociale sono di immediata e diretta applicabilità nell'ordinamento degli Stati membri e hanno il rango di norme di diritto derivato del diritto comunitario, fonte dunque di obblighi e diritti, imponendo dunque la disapplicazione delle norme interne eventualmente confliggenti o incompatibili (in tal senso la causa di riferimento è *Kziber c. Germania*, sentenza CGE 31 gennaio 1991, causa C-18/90).

La seconda importante questione interpretativa risolta dalla Corte di Giustizia europea è stata quella riguardante la nozione di "sicurezza sociale" contenuta nei citati Accordi euromediterranei - ed ancor prima

negli accordi di cooperazione che li hanno preceduti-, che deve essere intesa allo stesso modo dell'identica nozione contenuta nel regolamento CEE n. 1408/71 (ora Regolamento CE n. 883/2004). Tale regolamento, dopo le modifiche apportate dal Regolamento del Consiglio 30/4/1992 n. 1247, include nella nozione di "sicurezza sociale" oltre alle "prestazioni familiari" ovvero quelle "prestazioni in natura o in denaro destinate a compensare i carichi familiari" (ora art. 1 lett. z) Reg. CE n. 883/2004), anche le "prestazioni speciali a carattere non contributivo", definite ora prestazioni "miste" ai sensi dell'art. 70 del Regolamento n. 883/2004/CE, [incluse quelle] destinate alla tutela specifica delle persone con disabilità, [...] ed elencate nell'allegato II bis (ora allegato X)". Per quanto concerne l'Italia, questo allegato menziona espressamente quelle prestazioni che costituiscono diritti soggettivi in base alla legislazione vigente in materia di assistenza sociale cioè la pensione sociale, le pensioni e le indennità ai mutilati ed invalidi civili, ai sordomuti, ai ciechi civili, gli assegni per assistenza ai pensionati per inabilità. Al riguardo, si vedano a solo titolo di esempio le conclusioni tratte dalla Corte di Giustizia Europea nella sentenza sul caso *Henia Babahenini c. Belgio* (dd. 15 gennaio 1998, causa C-113/97), ove la Corte era stata interpellata dal giudice nazionale belga in merito all'applicabilità della clausola di non-discriminazione in materia di "sicurezza sociale" prevista dal precedente accordo di cooperazione tra Comunità Europee e Algeria, firmato nel 1976 e poi sostituito dall'Accordo euromediterraneo di Associazione, in riferimento ad una prestazione sociale non contributiva per disabilità, oppure la sentenza della Corte di Giustizia Europea, ord. 17 aprile 2007 nel caso *Mamate El Youssfi c. Office National des Pensions* con riferimento alla normativa belga sul reddito minimo garantito per le persone anziane, l'equivalente dell'assegno sociale italiano).

Riguardo alla giurisprudenza italiana, la sentenza della Corte di Cassazione italiana, n. 17966/2011, depositata il 1 settembre 2011, ha compiuto un *revirement* rispetto ad un suo precedente orientamento giurisprudenziale (ci si riferisce a Cass., sentenza n. 24278 dd. 29 settembre 2008). Nella recente sentenza, la Suprema Corte prende finalmente atto della corretta portata applicativa della clausola di parità di trattamento in materia di sicurezza sociale contenuta negli Accordi euromediterranei. La Cassazione rigetta il ricorso dell'INPS contro la sentenza della Corte di Appello di Torino che aveva riconosciuto ad un cittadino marocchino regolarmente soggiornante in Italia ma privo della carta di soggiorno o permesso di soggiorno CE per lungo soggiornanti, il diritto alla pensione di inabilità negatagli sulla base dell'art. 80 c. 19 l. n. 388/2000. I giudici di legittimità sottolineano che la Corte di Appello di Torino aveva correttamente applicato il principio del primato della norma comunitaria contenuta negli Accordi di associazione CE-Marocco su quella interna confliggente, nonostante la pensione di inabilità costituisca una prestazione assistenziale e non previdenziale perchè "*non vi è sovrapposizione tra il concetto comunitario di sicurezza sociale e quello nazionale di previdenza sociale*". Infatti, "*il concetto comunitario di sicurezza sociale deve essere valutato alla luce della normativa e della giurisprudenza comunitaria per cui deve essere considerata previdenziale una prestazione attribuita ai beneficiari prescindendo da ogni valutazione individuale o discrezionale delle loro esigenze personali, in base ad una situazione legalmente definita e riferita ad uno dei rischi elencati nell'art. 4 c. 1 del Regolamento n. 1408/71, dove sono incluse le prestazioni di invalidità*". La Corte di Cassazione, dunque, conclude che "*la Corte di Appello di Torino aveva fatto una corretta*

*applicazione del principio di diritto secondo il quale il giudice nazionale deve disapplicare la norma dell'ordinamento interno, per incompatibilità con il diritto comunitario, sia nel caso in cui il conflitto insorga con una disciplina prodotta dagli organi comunitari mediante Regolamento, sia nel caso in cui il contrasto sia determinato da regole generali dell'ordinamento comunitario, ricavate in sede di interpretazione dell'ordinamento stesso da parte della Corte di Giustizia europea” (Cass. sentenza n. 26897/2009).*

Prima e dopo la sentenza di Cassazione dd. 1 settembre 2011, diversi tribunali di merito si sono espressi a favore dell'applicabilità diretta nell'ordinamento italiano della clausola di parità di trattamento e non discriminazione in materia di sicurezza sociale contenuta negli accordi di associazione euro-mediterranei. Si possono citare al riguardo almeno le seguenti decisioni giurisdizionali: Tribunale di Genova, ordinanza 3 giugno 2009, *Ahmed CHAWQUI c. INPS* (relativo all'assegno di invalidità); Tribunale di Verona, ordinanza 14 gennaio 2010, n. 745/09 (relativo all'indennità speciale per i ciechi); Corte di Appello di Torino, sentenza n. 1273/2007 del 14 novembre 2007 (relativa all'indennità di accompagnamento); Tribunale di Tivoli, ordinanza 15 novembre 2011 (R.G.A.C. n. 747/2011, relativa all' assegno di maternità comunale) ; Tribunale di Perugia, sez. lavoro, sentenza n. 825/2011 (*XX c. Ministero economia e finanze, INPS e Comune di Assisi*, relativa alla pensione civile d'invalidità).

Dunque, la clausola di parità di trattamento in materia di sicurezza sociale contenuta in tali accordi di associazione euromediterranei può essere usata per sostenere la tesi dell'illegittimità e della conseguente disapplicazione della clausola di cittadinanza o del requisito del permesso di soggiorno per lungosoggiornanti ai fini dell'accesso a prestazioni “familiari” di *welfare* previste dalla nostra legislazione nazionale quali l'assegno INPS per i nuclei familiari numerosi, la “carta acquisti” per minori di anni 3 e l'assegno di maternità comunale di cui all'art. 74 del d.lgs. n. 151/2001 .

### *3.3.1.2.1. Il principio di non discriminazione nell'Accordo di associazione Turchia – Comunità economica europea.*

L'art. 3, n. 1 della decisione n. 3/80 del Consiglio di Associazione Turchia - Comunità europea, intitolato «Parità di trattamento», che ricalca il tenore dell'art. 3, n. 1, del regolamento n. 1408/71, così dispone:

*«1. Le persone che risiedono nel territorio di uno degli Stati membri ed alle quali sono applicabili le disposizioni della presente decisione, sono soggette agli obblighi e sono ammesse al beneficio della legislazione di ciascuno Stato membro alle stesse condizioni dei cittadini di tale Stato, fatte salve le disposizioni particolari della presente decisione».*

In base all'art. 2 della suddetta decisione n. 3/80 l'applicazione *ratione personae* riguarda i lavoratori di cittadinanza turca assoggettati o che lo sono stati in passato alla legislazione di uno o più Stati membri, i loro familiari residenti in uno Stato membro e i loro superstiti .

L'art. 4 della decisione n. 3/80, intitolato «Campo d'applicazione *ratione materiae*», prevede l'applicazione del principio di non discriminazione a tutti i settori della sicurezza sociale riconosciuti come tali dal Regolamento comunitario n. 1408/71 (ora Regolamento n. 883/2004).

Analogamente a quanto avvenuto per le clausole di parità di trattamento contenute negli accordi di associazione euromediterranei di cui abbiamo già trattato, la giurisprudenza della Corte di Giustizia europea ha riconosciuto anche a tale clausola contenuta nella decisione n. 3/80 il carattere di un'obbligazione chiara, precisa ed incondizionata, giustificante dunque un effetto diretto ed immediato negli ordinamenti degli Stati membri.

Riguardo alla nozione di “lavoratore”, la giurisprudenza della Corte di Giustizia europea ha pure indicato che deve essere interpretata con riferimento all'art. 1 lett. a ) del Regolamento n. 1408/71, e quindi debba intendersi come «lavoratore» la persona assicurata, sia pure per un solo rischio, in forza di un'assicurazione obbligatoria o facoltativa presso un regime previdenziale generale o speciale e indipendentemente dall'esistenza attuale di un rapporto di lavoro (così CGE, *Sürül c. Germania*, 4 maggio 1999).

Di conseguenza, la Corte di Giustizia europea ha riconosciuto il diritto di una lavoratrice turca residente e legalmente soggiornante in Germania, ma con un permesso di soggiorno solo provvisorio e non convertibile, di ricevere gli assegni familiari per il proprio figlio convivente alle stesse condizioni previste per i cittadini tedeschi, disapplicando dunque la normativa tedesca sull'immigrazione che condizionava l'accesso a tale beneficio per i cittadini stranieri di Paesi terzi ad un'autorizzazione o permesso di soggiorno convertibile (Sentenza *Sürül*). In altri termini, la clausola di parità di trattamento prescinde dalla natura del titolo di soggiorno e dal diverso consolidamento del soggiorno del lavoratore turco o del suo familiare nel Paese membro e non sono ammesse distinzioni tra lavoratori regolarmente residenti con titoli di soggiorno temporanei e lavoratori con titoli di soggiorno di lunga durata o permanenti.

La prima applicazione giurisprudenziale in Italia della decisione n. 3/80 dell'Accordo di Associazione CEE-Turchia si è registrata di recente con l'ordinanza del Tribunale di Reggio Emilia 16 luglio 2012 (*O.N. c. INPS, Comune di Fabbrico e Unione dei Comuni della Pianura Reggina*). Con tale ordinanza, il giudice del lavoro ha riconosciuto ad una cittadina turca regolarmente soggiornante in Italia, con ordinario permesso di soggiorno e coniugata con un cittadino turco, pure lui regolarmente soggiornante, il diritto all'erogazione dell'assegno di maternità comunale previsto dall'art. 74 del d.lgs. n. 151/2001, pur in assenza del requisito del permesso di soggiorno per lungosoggiornanti di cui all'art. 9 del d.lgs. n. 286/98. Tale requisito, pur richiesto dalla normativa nazionale citata, si pone evidentemente in

contrasto con il principio di parità di trattamento di cui alla decisione n. 3/80 dell'Accordo di Associazione CEE/Turchia ed è quindi suscettibile di disapplicazione.

### 3.3.2. *Le clausole di non discriminazione a favore dei cittadini di Paesi terzi lungo soggiornanti (direttiva n. 2003/109/CE)*

L'art. 11 della direttiva n. 109/2003/CE prevede per i lungo soggiornanti la parità di trattamento con i cittadini nazionali per quanto riguarda, tra l'altro:

- a) l'esercizio di un'attività lavorativa subordinata o autonoma, purchè non implichi nemmeno in via occasionale la partecipazione all'esercizio di pubblici poteri, nonché le condizioni di assunzione e di lavoro, ivi comprese quelle di licenziamento e di retribuzione;
- b) l'istruzione e la formazione professionale;
- c) il riconoscimento di diplomi e dei titoli professionali;
- d) le prestazioni di assistenza sociale;
- e) le agevolazioni fiscali;
- f) l'accesso ai beni e servizi a disposizione del pubblico e all'erogazione degli stessi, nonché alla procedura per l'ottenimento di un alloggio.

La direttiva prevede possibilità di deroga a tale principio di parità di trattamento in sede di recepimento nell'ordinamento nazionale e con riferimento a quelle attività lavorative che siano riservate ai cittadini nazionali, dell'UE o del SEE dalla legislazione nazionale o comunitaria e alle prestazioni di assistenza sociale con la possibilità di limitarne il godimento per i lungo soggiornanti a quelle essenziali, intendendosi per esse quelle che comprendono un reddito minimo, l'assistenza in caso di malattia, di gravidanza, di assistenza parentale e a lungo termine (*considerando* n. 13).

L'art. 9 del Testo Unico delle leggi sull'immigrazione, emanato con il d.lgs. n. 286/98 (di seguito indicato come T.U.), così come modificato dal d.lgs. n. 3/2007 di recepimento della direttiva n. 109/2003, prevede che il titolare del permesso per lungo soggiornanti può "*usufruire delle prestazioni di assistenza sociale, di previdenza sociale, ... salvo che sia diversamente disposto e sempre che sia dimostrata l'effettiva residenza dello straniero sul territorio nazionale...Il soggiornante di lungo periodo gode dello stesso trattamento dei cittadini nazionali per quanto riguarda (...) d) le prestazioni sociali, l'assistenza sociale e la protezione sociale ai sensi della legislazione nazionale*".

L'Italia, nel recepire la normativa europea, non si è avvalsa della facoltà di limitazione prevista dalla direttiva, non avendo operato in sede di ricezione alcuna distinzione tra le varie prestazioni riconosciute e non riconosciute ai soggiornanti di lungo periodo. Ne' si potrebbe ritenere che la formulazione –certamente ambigua ed imprecisa – dell'art. 9 del T.U., introdotta dal d.lgs. n. 3/2007, possa consentire al legislatore

una clausola derogatoria “in bianco”, suscettibile di fare salve le clausole di cittadinanza previste per l’accesso a prestazioni di assistenza sociale eventualmente previste anche da normative precedenti all’entrata in vigore della direttiva. Se così fosse, verrebbe intaccato il principio del primato della norma comunitaria su quella interna incompatibile, ovvero della necessità di interpretazione della norma interna in maniera conforme al dettato di quella comunitaria.

Al riguardo, la Corte di Giustizia europea, nella sentenza 24 aprile 2012 (causa C-571/10, *Kamberaj c- Istituto per l’Edilizia Sociale della Provincia autonoma di Bolzano/Provincia autonoma di Bolzano/Bozen*), ha ricordato che poichè il diritto dei cittadini dei paesi terzi lungo soggiornanti al beneficio della parità di trattamento nelle materie elencate dalla direttiva costituisce la regola generale ed investe un diritto fondamentale quale quello all’uguaglianza, qualsiasi deroga al riguardo deve essere interpretata restrittivamente e può essere invocata unicamente qualora gli organi competenti nello Stato membro interessato per l’attuazione di tale direttiva abbiano chiaramente espresso l’intenzione di avvalersene.

In questa direzione, si possono citare alcuni esempi di applicazione giurisdizionale del principio di parità di trattamento a favore dei lungo soggiornanti : Tribunale di Bolzano, ordinanza 11 giugno 2009, n. 379/09: “L’art. 11 della direttiva europea n. 109/2003, per il suo immediato contenuto precettivo, (...), può senz’altro considerarsi norma di immediata precettività nel nostro ordinamento giuridico”, con riferimento ad una delibera della Provincia autonoma di Bolzano che riservava unicamente ai cittadini nazionali e comunitari l’accesso a contributi per la frequenza di corsi per l’apprendimento di lingue straniere; Tribunale di Gorizia, ordinanza n. 271/2011 del 30 giugno 2011 con riferimento ad una normativa regionale del FVG che subordinava l’accesso al fondo di sostegno alle locazioni ad un requisito di anzianità di residenza decennale in Italia; Tribunale di Gorizia, ordinanza n. 212/2011 del 26 maggio 2011 con riferimento ad una normativa regionale del FVG che subordinava l’accesso ad un assegno di natalità ad un requisito di anzianità di residenza decennale in Italia e quinquennale nella Regione; Tribunale di Gorizia, ordinanza n. 351/2010 dd. 01 ottobre 2010, con riferimento alla normativa nazionale che esclude i cittadini di Paesi terzi non membri dell’UE dal beneficio dell’assegno INPS per i nuclei familiari numerosi, ordinanza confermata in sede di reclamo con Tribunale di Gorizia, ordinanza del 07 dicembre 2010 n. 506/2010 e successivamente in sede di primo giudizio di merito con Tribunale di Gorizia, sentenza n. 63/2012 3 maggio 2012; su quest’ultimo argomento anche Tribunale di Padova, ordinanza 05 dicembre 2011, Tribunale di Milano, ordinanze 16 luglio 2012, Tribunale di Genova, ordinanza del 22 settembre 2012, Tribunale di Tortona, ordinanza dd. 24 settembre 2012 e Tribunale di Verona, sentenza n. 564/12 del 17 ottobre 2012.

Tale giurisprudenza evidenzia come permanga nella nostra legislazione nazionale la violazione del principio di parità di trattamento nei confronti dei lungo soggiornanti di cui alla direttiva n. 109/2003, con riferimento ai seguenti istituti di welfare: a) assegno INPS ai nuclei familiari numerosi con almeno tre figli minori (art. 65 l. n. 448/98 (clausola di cittadinanza, italiana o di un paese membro dell’UE - discriminazione diretta); b) *carta acquisti*” riservata agli anziani over 65 e bambini under 3 ai sensi dell’art. 81 d.l. n. 112/2008, convertito nella legge n. 133/2008 (c. 32) – clausola di cittadinanza italiana: discriminazione diretta; c) *carta bambini*”: rimborso delle spese per pannolini e latte artificiale, di cui all’art. 19 comma 18 legge n. 2/2009 -

clausola di cittadinanza italiana: discriminazione diretta; d) *assegno sociale per gli anziani over 65 anni*, vincolato ad un requisito anzianità di residenza decennale in Italia a partire dal 1 gennaio 2009, in base all'art. 20 c. 10 d.l. n. 112/2008, convertito con legge n. 133/2008 - discriminazione indiretta o dissimulata fondata sulla residenza .

Con riferimento alla portata applicativa del principio di parità di trattamento in materia di *diritto sociale all'abitazione* contenuto nell'art. 11 c. f. lett. f) della direttiva n. 109/2003/CE, il riferimento della norma alle procedure per l'ottenimento di un alloggio non deve trarre in inganno. La disposizione europea non fonda soltanto un diritto procedurale a favore dei lungo soggiornanti, cioè quello di concorrere alle selezioni per l'assegnazione di alloggi o per agevolare l'accesso all'abitazione in generale, ma pure un diritto sostanziale, cioè quello di concorrere all'assegnazione di alloggi o agli interventi volti ad agevolare l'accesso all'abitazione dei ceti sociali sfavoriti o meno abbienti, in condizioni di piena parità di trattamento con i cittadini nazionali.

Pertanto, viola sicuramente la direttiva n. 109/2003, la normativa nazionale in materia di fondo per il sostegno alle locazioni previsto dalla legge n. 431/98 perchè il comma 13 dell'art. 11 della legge n. 133/2008, che ha convertito, con modificazioni, il decreto-legge n. 112/2008 ha introdotto una discriminazione "diretta" nei confronti degli immigrati stranieri, disponendo che ai fini dell'accesso ai finanziamenti del citato Fondo nazionale per il sostegno alle abitazioni in locazione sia previsto per i soli stranieri extracomunitari il requisito del possesso del certificato storico di residenza da almeno dieci anni nel territorio nazionale ovvero da almeno cinque anni nella medesima regione.

A sostegno di questa tesi, occorre ricordare la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea dd. 24 aprile 2012 (causa C-571/10, *Kamberaj c- Istituto per l'Edilizia Sociale della Provincia autonoma di Bolzano/Provincia autonoma di Bolzano/Bozen*), che ha affermato che viola il diritto dell'Unione una normativa nazionale o regionale, la quale – nell'ambito della distribuzione dei fondi destinati al sussidio per l'alloggio – riserva ai cittadini di paesi terzi lungo soggiornanti un trattamento diverso rispetto a quello riservato ai cittadini dello Stato membro ove essi risiedono, a condizione che il sussidio per l'alloggio rientri nelle materie assoggettate al principio della parità di trattamento previsto dalla direttiva relativa ai cittadini di paesi terzi soggiornanti di lungo periodo in base alla direttiva n. 109/2003 e costituisca una prestazione essenziale ai sensi di tale direttiva, circostanze queste il cui accertamento è riservato al giudice nazionale. Il procedimento dinanzi alla Corte di Giustizia nasce da un'azione pregiudiziale avviata dal Tribunale di Bolzano/Bozen con l'ordinanza n. 666 dd. 24 novembre 2010 in merito ai requisiti di accesso al 'sussidio casa', l'equivalente nella Provincia autonoma di Bolzano dei contributi per il sostegno all'accesso alle abitazioni in locazione finanziati per il tramite dei Comuni ai sensi della legge n. 431/1998 ("Fondo locazioni").



### 3.3.3. *Le clausole di non discriminazione a favore dei rifugiati e dei titolari di protezione sussidiaria (direttiva n. 2004/83/CE)*

L'art. 26 della direttiva n. 2004/83/CE (norme minime sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa della protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta) prevede un principio di parità di trattamento a favore del rifugiato per quanto concerne l'accesso ai rapporti di lavoro subordinato o autonomo, inclusi gli impieghi nella Pubblica Amministrazione. L'art. 25 del d.lgs. n. 251/2007, attuativo della Direttiva europea n. 2004/83/CE (*"Norme minime sull'attribuzione a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica del rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta"*), ha espressamente esteso l'accesso al pubblico impiego ai cittadini stranieri titolari dello status di rifugiato politico ai sensi della Convenzione di Ginevra del 1951 (*"2. E' consentito al titolare dello status di rifugiato l'accesso al pubblico impiego, con le modalità e le limitazioni previste per i cittadini dell'Unione Europea"*). Sebbene l'art. 26 c. 3 della Direttiva europea n. 2004/83/CE preveda una pari autorizzazione all'esercizio di attività dipendente nel rispetto della normativa generalmente applicabile agli impieghi nella pubblica amministrazione anche a favore del titolare della protezione sussidiaria, tale diritto non è stato recepito nella normativa italiana di riferimento. Tale questione pone, dunque, un problema di insufficiente adeguamento della normativa interna agli obblighi scaturenti dalla normativa comunitaria. L'art. 27 della direttiva citata sancisce il diritto alla parità di trattamento dei rifugiati e dei titolari della protezione sussidiaria nell'accesso all'istruzione e al riconoscimento dei diplomi.

Rientra nel campo di applicazione del diritto dell'Unione europea anche il principio di parità di trattamento in materia di accesso all'assistenza sociale tra cittadini nazionali e beneficiari dello status di rifugiato o di protezione sussidiaria, di cui alla direttiva 29 aprile 2004 n. 2004/83/CE, attuata in Italia con il d.lgs. 19 novembre 2007, n. 251. L'art. 28 di detta direttiva stabilisce infatti che *"1. Gli Stati membri provvedono affinché i beneficiari dello status di rifugiato o di protezione sussidiaria ricevano, nello Stato membro che ha concesso tali status, adeguata assistenza sociale, alla stregua dei cittadini dello Stato membro in questione 2. In via d'eccezione alla regola generale di cui al paragrafo 1, gli Stati membri possono limitare l'assistenza sociale per i beneficiari della protezione sussidiaria alle prestazioni essenziali, che in tal caso sono offerte allo stesso livello e alle stesse condizioni di ammissibilità previste per i cittadini dello Stato membro in questione"*.

La portata di tale diritto alla parità di trattamento del rifugiato e del titolare di protezione sussidiaria è ulteriormente chiarita dal *considerando* n. 33 introduttivo al testo della direttiva medesima, nel quale si afferma: *"Per scongiurare soprattutto il disagio sociale, è opportuno offrire ai beneficiari dello status di rifugiato o di protezione sussidiaria, senza discriminazioni nel quadro dei servizi sociali, assistenza sociale e mezzi di sostentamento adeguati"* (sottolineature nostre).

Nel recepire la normativa comunitaria, l'Italia non si è avvalsa della facoltà di limitare alle sole prestazioni essenziali, l'accesso da parte dei titolari di protezione sussidiaria alle prestazioni di assistenza sociale in condizioni di parità di trattamento con i cittadini italiani, prevedendo invece espressamente che *"I*

*titolari dello status di rifugiato e dello status di protezione sussidiaria hanno diritto al medesimo trattamento riconosciuto al cittadino in materia di assistenza sociale e sanitaria” (art. 27 d.lgs. n. 251/2007).*

Permangono dunque nella nostra legislazione nazionale in materia di *welfare*, gli esempi di violazione del principio di parità di trattamento nei confronti dei rifugiati e dei titolari della protezione sussidiaria di cui alla direttiva n. 2004/83 già richiamati con riferimento allo status dei cittadini di Paesi terzi lungo soggiornanti, con l'unica eccezione dell'assegno INPS per i nuclei familiari numerosi (almeno tre figli minori a carico), avendo tale questione trovato soluzione, sebbene tardivamente, per via amministrativa, con la circolare INPS n. 9 dd. 22 gennaio 2010. In aggiunta, appare in evidente violazione del principio di parità di trattamento l'esclusione dei rifugiati e dei titolari della protezione sussidiaria dall'accesso alla nuova “carta acquisti”, introdotta in via sperimentale nei Comuni con più di 250 mila abitanti dall'art. 60 della legge 4 aprile 2012 n. 35 di conversione del decreto-legge 9 febbraio 2012, n. 5 :”*Disposizioni urgenti in materia di semplificazione e di sviluppo. L'inclusione dei cittadini di altri Stati membri dell'Unione europea e dei cittadini di Paesi terzi lungosoggiornanti tra i beneficiari della nuova prestazione sociale, sebbene apprezzabile, non appare sufficiente a garantire la piena conformità del provvedimento agli obblighi derivanti dal rispetto del diritto dell'Unione europea.*

Infine, con riferimento alla tematica del diritto all'abitazione, occorre ricordare che a partire dal 20 maggio 2013, data di scadenza per il recepimento della direttiva n. 2011/51/UE sull'estensione dell'ambito di applicazione della direttiva 2009/103/CE anche ai beneficiari della protezione internazionale, questi ultimi, acquisendo lo status di lungo soggiornanti, verranno a godere di uno status più favorevole rispetto a quello attualmente previsto dalla direttiva n. 2004/83/CE, passando dal trattamento previsto per i cittadini di Paesi terzi in soggiorno regolare nello Stato membro (art. 31 direttiva n. 2004/83/CE) al trattamento previsto per i cittadini nazionali, cioè alla piena parità di trattamento (art. 11 c. 1 lett. f) direttiva n. 109/2003/CE).

#### **4. Le direttive europee anti-discriminatorie di nuova generazione. La direttiva n. 2000/743 in materia di divieto di discriminazioni etnico-razziali e la direttiva n. 2000/78 sul divieto, tra l'altro, di discriminazioni fondate sulle convinzioni personali e il credo religioso.**

Il Trattato di Amsterdam introdusse nel Trattato sulla Comunità europea l'art. 13, che ha conferito al Consiglio europeo, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, la prerogativa di 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 gli orientamenti sessuali.

In attuazione dell'art. 13 TCE, sono state approvate la direttiva 2000/43/CE del 29 giugno 2000 (c.d. direttiva “Razza”), che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, e la direttiva 2000/78/CE del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro (c.d. direttiva “Occupazione”). Le due direttive hanno l'obiettivo di “*stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sulla razza e l'origine etnica*” (art. 1, Direttiva 2000/43/CE) e a quelle fondate “*sulla religione o le*

*convinzioni personali, gli handicap, gli orientamenti sessuali, per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro*" (art. 1, Direttiva 2000/78/CE), al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio di parità di trattamento.

Ai sensi dell'art. 3, par. 1, entrambe le direttive si applicano a tutte le persone sia del settore pubblico sia del settore privato compresi gli organismi di diritto pubblico. La duplice espressione, "razza ed origine etnica", contenuta nella direttiva n. 2000/43 mira a conferire una nozione ampia che deve essere letta congiuntamente al considerando n. 6, ove si precisa 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".

Il campo di applicazione comune alle due normative è, in particolare, quello dell'occupazione e del lavoro autonomo e dipendente, ma la direttiva 2000/43/CE allarga il suo ambito di applicazione anche alla protezione sociale (compresa la sicurezza sociale, l'assistenza sanitaria, le prestazioni sociali), nonché alle situazioni soggettive correlate all'istruzione e all'accesso a beni e servizi, incluso l'accesso all'alloggio.

Una questione posta dalla dottrina è quella dell'eventuale sovrapposizione tra discriminazione etnico-razziale e discriminazione religiosa, che legittimerebbe la tutela più ampia offerta dalla direttiva n. 2000/43, in termini di più estesi ambiti di applicazione, anche nei casi di discriminazioni fondate sul fattore religioso, perchè vi sono anche casi in cui determinati gruppi sono al contempo considerati in modo specifico sia per l'elemento della religione sia per quello della 'razza' (si pensi agli Ebrei e ai Sikh). Inoltre, lo stesso elemento dell'origine religiosa a seconda dei casi può assumere valenza fondamentale per individuare una discriminazione indiretta riferita all'elemento dell'etnia e nazionalità in quanto va a colpire in prevalenza gruppi di persone individuabili in base all'elemento della nazionalità: si pensi, ad esempio al fatto che una discriminazione su base religiosa in Italia a danno della popolazione musulmana andrebbe a colpire prevalentemente stranieri provenienti da Stati del Vicino e Medio Oriente (sulla definizione di discriminazione indiretta si veda sotto par. 4.1.). Tali considerazioni sembrano sottostare a quanto affermato dall'art. 1 del d.lgs. 215/03 di recepimento della direttiva n. 2000/43 ove viene infatti disposto che: *"Il presente decreto reca le disposizioni relative all'attuazione della parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica disponendo le misure necessarie affinché le differenze di razza o origine etnica non siano causa di discriminazione, anche in un'ottica che tenga conto [...] dell'esistenza di forme di razzismo a carattere culturale e religioso"*.

Il legislatore italiano ha recepito le due direttive europee rispettivamente con i d.lgs. n. 215/2003 (direttiva "razza") e 216/2003 (direttiva "occupazione"). Al fine di colmare lacune e correggere previsioni che non erano concordi con l'attuazione degli obblighi comunitari previsti dalle due direttive, i due citati decreti sono stati emendati con legge 6 giugno 2008, n. 101 (in particolare artt. 8-sexies e 8-septies). Una revisione della disciplina relativa alle controversie in materia di discriminazione è stata infine apportata dal d.lgs. n. 150/2011.

#### **4.1. Le fattispecie discriminatorie: discriminazione diretta, discriminazione indiretta, molestia e ordine di discriminare.**

Le direttive pongono una definizione composita di discriminazione articolata in quattro fattispecie diverse: la discriminazione diretta, quella indiretta, la molestia e l'ordine di discriminare.

Sussiste una «*discriminazione diretta*» quando una persona, a causa della razza od origine etnica (direttiva n. 2000/43), ovvero della religione, delle convinzioni personali, della disabilità, dell'età o dell'orientamento sessuale (direttiva n. 2000/78), sia trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga».

Nel caso delle differenze di trattamento fondate sull'elemento etnico-razziale, l'unica eccezione al divieto di discriminazioni dirette sussiste quando la caratteristica correlata alla razza o all'origine etnica costituisce un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, per la natura dell'attività lavorativa stessa o il contesto in cui viene espletata (art. 4 direttiva 2000/43/CE, così come recepito in Italia con l'art. 3 c. 3 d.lgs. n. 215/2003 e successive modifiche).

Sussiste *discriminazione indiretta* quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere persone di una determinata razza od origine etnica (direttiva n. 2000/43) o che professano una determinata religione o ideologia, portatori di disabilità, di una determinata età o di un particolare orientamento sessuale (direttiva n. 2000/78) in una posizione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone, a meno che tale disposizione, criterio o prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari .

La *molestia* è definita come comportamento indesiderato adottato per motivi di razza o di origine etnica (direttiva n. 2000/43) o per motivi fondati sulla religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale (direttiva n. 2000/78) e avente lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante od offensivo.

Infine, *l'ordine di discriminare* persone a causa della razza o dell'origine etnica o per motivi fondati sulla religione, le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale (direttiva n. 2000/78) è da considerarsi una discriminazione.

La definizione di discriminazione diretta è suscettibile di comprendere anche le forme di “*discriminazioni per associazione*”, quando, in sostanza, la vittima subisce la discriminazione non in ragione di una sua personale appartenenza ad una determinata categoria etnico-razziale o religiosa, o in quanto avente un particolare orientamento sessuale o una disabilità, ma in quanto associata o frequentante persone, familiari o amici, appartenenti a dette categorie oggetto di discriminazione. Uguale ragionamento vale per le definizioni di molestia e di ordine di discriminare, contenute nelle direttive europee n. 2000/43 e 2000/78, le quali sono suscettibili di includere, sulla base del solo dato letterale, anche le situazioni di discriminazione per associazione.

Con riferimento alla direttiva n. 2000/78 e al divieto di discriminazioni in materia di occupazione e condizioni di lavoro in ragione della disabilità, la Corte di giustizia europea con la sentenza del 17 luglio

2008, *S. Coleman contro Attridge Law e Steve Law*, C-303/06, ha riconosciuto ai parenti di disabili la "discriminazione per associazione". Il pronunciamento dei giudici di Lussemburgo si riferisce al caso di una segretaria britannica licenziata perché chiedeva un orario flessibile sul lavoro per accudire il figlio disabile. La Corte di Giustizia Europea ha concluso che la protezione offerta dalla direttiva n. 2000/78 si estende anche a coloro che, benché non disabili essi stessi, subiscano una discriminazione diretta e/o molestie in materia di occupazione e di condizioni di lavoro in quanto si trovano in stretto rapporto con una persona disabile. La sentenza della Corte di Giustizia, sebbene riferita alla direttiva n. 2000/78, ha valenza generale per la corretta interpretazione della nozione di 'discriminazione diretta', anche con riferimento ai divieti di discriminazioni fondate sulla razza e/o origine etnica di cui alla direttiva 2000/43.

Sull'applicazione della nozione di "discriminazione per associazione" nella giurisprudenza italiana, si vedano: *Tribunale di Pavia, ord. 18 settembre 2009* (accertamento di discriminazione fondata sulla disabilità in relazione al mancato computo nel periodo di anzianità di servizio dei periodi di aspettativa non retribuita per l'assistenza al parente disabile ai fini della formazione della graduatoria per una selezione interna personale INPS) e *Tribunale di Brescia, ord. 31 gennaio 2012* (accertamento di molestia razziale in relazione all'esposizione di un manifesto offensivo, diffamatorio e razzista nei confronti della militante sindacale di nazionalità italiana impegnata a favore dei diritti degli immigrati).

La giurisprudenza della Corte di Giustizia europea ha inoltre chiarito che anche **l'annuncio di una discriminazione** costituisce un atto vietato di discriminazione, nel momento in cui è idoneo a dissuadere fortemente i membri del gruppo collettivamente discriminato dall'avanzare la richiesta di accedere o avvalersi di un'opportunità, beneficio, bene o servizio offerto al pubblico, con questo sottolineando come la tutela discriminatoria è suscettibile di operare in via preventiva, nell'ambito della 'ripartizione delle opportunità'. Il caso che è stato posto dinanzi ai giudici di Lussemburgo riguardava l'annuncio fatto durante un'intervista televisiva da un imprenditore operante nel settore delle porte blindate che non avrebbe proceduto all'assunzione di personale di origine marocchina per l'installazione dei manufatti, in quanto tale personale non sarebbe gradito dai clienti (CGE, sentenza 10 luglio 2008, causa C- 54/07, *Firma Feryn*). Il criterio interpretativo adottato dalla Corte di Giustizia europea è stato seguito e fatto proprio in alcune decisioni giurisprudenziali italiane riguardo ad azioni giudiziarie anti-discriminazione promosse avverso atti o comportamenti discriminatori messi in atto da soggetti istituzionali o privati.

Così, il Tribunale di Milano, con ordinanza depositata il 2 maggio 2011, ha accertato il carattere discriminatorio di un articolo scritto dall'Assessore con delega alla Sicurezza, pubblicato nel bollettino d'informazione trimestrale del Comune di Gerenzano (prov. di Varese), nonché sul sito web del Comune, in cui invitava i concittadini a non vendere o non affittare abitazioni agli extracomunitari, scrivendo testualmente: "*chi ama Gerenzano non vende e non affitta agli extracomunitari, altrimenti avremo il paese invaso da stranieri e avremo sempre più paura ad uscire di casa*". Secondo il giudice di Milano, tale invito pubblico a non affittare agli stranieri opera quale istigazione, rivolta ai soggetti di nazionalità italiana, finalizzata ad introdurre un fattore distorsivo con funzione discriminatoria nei rapporti giuridici instaurandi

con cittadini extracomunitari. Secondo il giudice di Milano tale istigazione a discriminare costituisce comunque un atto discriminatorio proibito dal diritto nazionale ed europeo, sebbene non costituisca certamente un atto amministrativo, essendo privo dei requisiti di autoratività e imperatività, non avendo l'amministrazione comunale di Gerenzano adottato alcun provvedimento al riguardo. Infatti, essendo stata l'esortazione a non affittare agli stranieri pronunciata da un pubblico ufficiale, essa appare idonea, anche solo in via potenziale, a creare un effetto pregiudizievole nei confronti della popolazione straniera, in termini di mero svantaggio o maggiore difficoltà di reperire alloggi sul territorio.

Una precedente applicazione del criterio interpretativo sancito dalla Corte di Giustizia europea con la sentenza *Feryn*, era stata offerta dal Tribunale di Milano con l'ordinanza del 20 luglio 2009, con la quale è stato accolto il reclamo proposto da un cittadino marocchino affinché venisse dichiarato discriminatorio il comportamento dell'impresa del trasporto pubblico urbano di Milano (ATM spa), la quale aveva disposto una selezione di candidati a diverse posizioni di lavoro (elettricisti, autisti, meccanici,...) prevedendo il requisito della cittadinanza italiana o comunitaria in ossequianza del R. D. n. 148/1931 (norme sulle corporazioni). Il ricorso del cittadino marocchino era stato respinto in primo grado dal giudice del lavoro, che aveva eccepito la mancanza dell'interesse ad agire del ricorrente, in quanto questi non aveva presentato una formale istanza per partecipare alla selezione dei candidati alle posizioni lavorative. Secondo il collegio del Tribunale di Milano, tale motivazione non poteva essere condivisa in quanto il fatto in sé che l'azienda dei trasporti milanese avesse indetto una pubblica offerta di lavoro vincolandosi a selezionare soggetti in possesso tra l'altro del requisito della cittadinanza italiana o comunitaria, aveva fatto sì che la possibilità del ricorrente di accedere a tale selezione non solo era stata scoraggiata, ma anche effettivamente preclusa, con ciò determinando il realizzarsi del comportamento discriminatorio ed integrando la concretezza richiesta dall'art. 100 c.p.c. (*Interesse ad agire. "Per proporre una domanda o per contraddire alla stessa è necessario avervi interesse"*).

Il Tribunale di Milano, con ord. 12 agosto 2010, con riferimento ad una prestazione assistenziale comunale riservata ai soli cittadini, ha specificato che l'interesse ad agire non viene meno in mancanza di singoli provvedimenti di diniego poiché tale interesse sorge sin dal momento in cui allo straniero sia preclusa la possibilità di accedere alla prestazione e coincide con l'interesse a vedere rimosso l'atto responsabile di tale violazione del principio di parità di trattamento.

Analoghe argomentazioni possono essere tratte anche da altre pronunce giurisprudenziali (cfr. ad es. Tribunale di Vicenza, ord. dd. 31 maggio 2011, confermata in sede di reclamo con Trib. Vicenza, ord. 12 gennaio 2012 n. 87/2012).

Al contrario delle discriminazioni dirette, che sono vietate in maniera assoluta, con l'unica eccezione delle differenze di trattamento fondate sul criterio del requisito essenziale e determinate per lo svolgimento dell'attività lavorativa, che pur sempre deve rispondere a standard di proporzionalità (Art. 4 direttiva n. 2000/43 e direttiva n. 2000/78), una maggiore flessibilità è lasciata nella valutazione dei casi di presunta **discriminazione indiretta**, che non sono tali quando una differenza di trattamento, pur risultando

indirettamente discriminatoria, è giustificata oggettivamente da finalità legittime perseguite attraverso mezzi appropriati e necessari” (art. 2.2 b) dir. n. 2000/43/CE e direttiva n. 2000/78/CE). Per considerazioni e richiami alla giurisprudenza sul punto, si rinvia al paragrafo 3.1..

Riguardo alla fattispecie della **molestia razziale** e alla sua applicazione giurisprudenziale in Italia, un’ordinanza del Tribunale di Milano per la prima volta ha ritenuto che costituisce molestia razziale vietata dalla direttiva europea 2000/43 e dalla normativa di recepimento l’utilizzo da parte di esponenti e partiti politici di un linguaggio e di termini con valenza dispregiativa nei confronti di gruppi etnici minoritari, tali da veicolare il messaggio che tali gruppi siano di per sé emblemi di negatività, di pericolo e di minaccia (Tribunale di Milano, ordinanza 28 maggio 2012 sul “neologismo “zingaropoli”, adottato quale slogan durante la campagna elettorale di due partiti (Lega e PDL) per le elezioni municipali). Con riferimento al divieto di molestie nell’ambito lavorativo e fondate sulle convinzioni personali (direttiva 2000/78), si segnala invece: Tribunale di Brescia, L’ordinanza del Tribunale di Brescia 29 novembre 2010, poi confermata in sede di reclamo da Tribunale di Brescia, ordinanza 7 febbraio 2011, ha assimilato alla fattispecie vietata delle molestie in ambito lavorativo fondate sulle convinzioni personali, l’esposizione ripetuta di simboli partitici (nel caso in questione si trattava del simbolo stilizzato del "Sole delle Alpi" quale simbolo partitico della Lega Nord) all’interno di una scuola pubblica. Secondo i giudici bresciani, infatti, la libertà di insegnamento, quale diritto fondamentale avente protezione costituzionale per effetto dell’art. 33 Cost., presuppone che gli insegnanti abbiano diritto, sia all’interno che all’esterno degli istituti scolastici, ad un ambiente neutrale, che non ponga coloro che non condividano una convinzione personale, anche se dominante, in posizione svantaggiata rispetto agli altri, e ancor di più allorché l’apposizione di simboli partitici in un ambiente scolastico è suscettibile di condizionare pesantemente i giovani, i quali invece vanno educati ai valori del pluralismo, con conseguente interferenza nell’attività pedagogica del corpo insegnante.

#### **4.2. L’ambito di applicazione delle direttive “*ratione personae*”.**

Quanto all’applicazione *ratione personae*, la direttiva 2000/43/CE si applica a tutte le persone presenti nel territorio comunitario. Una rilevante esclusione riguarda le differenze di trattamento basate sulla nazionalità. L’art. 3, infatti, esclude dall’ambito di applicazione della direttiva n. 2000/43: “*le disposizioni e le condizioni relative all’ingresso e alla residenza di cittadini di Paesi terzi e di apolidi nel territorio degli Stati membri, né qualsiasi trattamento derivante dalla condizione giuridica dei cittadini dei Paesi terzi o degli apolidi interessati*”. La disposizione è rafforzata dal considerando n. 13, in base al quale il divieto di discriminazione dovrebbe applicarsi anche nei confronti dei cittadini di Paesi terzi, ma non comprende le differenze di trattamento basate sulla nazionalità e lascia impregiudicate le disposizioni che disciplinano l’ingresso e il soggiorno di cittadini dei Paesi terzi e il loro accesso all’occupazione e all’impiego. Le norme, quindi, non escludono l’applicazione ai cittadini di Paesi terzi ma escludono che possano essere invocate contro le leggi sull’immigrazione o per discriminazioni basate sulla cittadinanza. Analoga clausola di esclusione è contenuta nella direttiva n. 2000/78.

La Corte di Giustizia europea si è attenuta rigidamente a tale clausola di esclusione nel procedimento *Kamberaj c- Istituto per l'Edilizia Sociale della Provincia autonoma di Bolzano/Provincia autonoma di Bolzano/Bozen* (CGUE, sentenza dd. 24 aprile 2012 causa C-571/10), escludendo si possa applicare la direttiva n. 2000/43 in una disputa attinente il carattere asseritamente discriminatorio della legislazione provinciale in materia di contributi per il sostegno alle locazioni che prevedeva un trattamento differenziato e deteriore per i cittadini di Paesi terzi non membri UE (parr. 49-50).

Tuttavia, nella precedente sentenza nel già citato caso *Firma Feryn*, la Corte di Giustizia europea ha fornito alcuni elementi tali da poter ritenere che se una discriminazione fondata sulla nazionalità ovvero mirante a colpire gli stranieri è espressione esplicita di sentimenti di razzismo e xenofobia, allora renderebbe applicabile la direttiva n. 2000/43 (CGE, sentenza *Firma Feryn*, 10 luglio 2008, C-54/07).

#### **4.3. Le azioni positive.**

L'art. 5 della direttiva "razza" pone una norma a salvaguardia di eventuali azioni positive messe in atto da uno Stato membro, espressamente affermando che *"allo scopo di assicurare l'effettiva e completa parità, il principio della parità di trattamento non osta a che uno Stato membro mantenga o adotti misure specifiche dirette a evitare o compensare svantaggi connessi con una determinata razza o origine etnica"* (lo stesso principio viene incluso nella direttiva n. 2000/78 all'art. 7).

#### **4.4. I mezzi di ricorso ed esecuzione.**

Il capo II di entrambe le direttive antidiscriminatorie è intitolato ai «Mezzi di ricorso ed esecuzione», obbliga gli Stati membri a prevedere dei procedimenti giurisdizionali o amministrativi attraverso i quali sia possibile per le vittime denunciare la discriminazione subita, prevedendo sanzioni nei confronti degli autori ed eventualmente riconoscendo il risarcimento del danno subito, con l'intento di offrire rimedi efficaci nei confronti delle vittime e sanzioni dissuasive nei confronti degli autori. I decreti legislativi di recepimento delle direttive n. 2000/43 e 2000/78 hanno individuato nell'azione civile anti-discriminazione di cui all'art. 44 del T.U. immigrazione il rimedio processuale a disposizione delle vittime di discriminazione.

##### **4.4.1. Il bilanciamento dell'onere della prova nei procedimenti di tutela antidiscriminatoria.**

Di rilevanza centrale sono le disposizioni delle due direttive antidiscriminatorie che contengono un principio di bilanciamento o di attenuazione dell'onere della prova nei procedimenti di tutela anti-discriminatori. L'art. 8 della direttiva n. 43/2000 (art. 10 nella direttiva 2000/78) stabilisce che *"gli Stati membri prendono le misure necessarie, conformemente ai loro sistemi giudiziari nazionali, per assicurare che, allorché le persone che si ritengono lese dalla mancata applicazione nei loro riguardi del principio di parità di trattamento, espongono, dinanzi ad un tribunale (...), fatti dai quali si può presumere che vi sia stata una discriminazione diretta o indiretta, incomba alla parte convenuta provare che non vi è stata violazione della parità di trattamento"*. La stessa direttiva fissa peraltro due deroghe all'applicazione di tale



principio, nei casi relativi a provvedimenti penali e nei procedimenti "in cui spetta al giudice (...) indagare sui fatti".

Con riferimento alla direttiva n. 2000/43, due sono state sinora le pronunce della Corte di Giustizia europea sull'argomento del bilanciamento dell'onere probatorio. Nella già citata sentenza *Feryn* (causa C-54/07), la Corte di Giustizia ha affermato che le dichiarazioni pubbliche con le quali un datore di lavoro rende noto che, nell'ambito della sua politica di assunzione, non assumerà lavoratori dipendenti aventi una determinata origine etnica o razziale, sono sufficienti a far presumere l'esistenza di una politica di assunzione direttamente discriminatoria ai sensi dell'art. 8, n. 1, della direttiva 2000/43 sicché incombe al detto datore di lavoro l'onere di provare che non vi è stata violazione del principio della parità di trattamento. Questi potrà farlo dimostrando che la prassi effettiva di assunzione da parte dell'impresa non corrisponde a tali dichiarazioni (par. 34).

Nella sentenza 19 aprile 2012 nella causa C-415/10, *Meister c. Speech Design GmbH*, la Corte di Giustizia dell'Unione europea ha ritenuto che il principio del bilanciamento dell'onere della prova non può comportare per il datore di lavoro l'obbligo di rivelare l'identità e i criteri in base ai quali sia stato assunto un candidato ad un posto di lavoro rispetto agli altri, anche quando questi ultimi possano dimostrare in maniera plausibile di poter soddisfare i requisiti richiesti, anche in ragione dei diritti alla riservatezza dei terzi eventualmente menzionati nei documenti e nelle informazioni richieste. Tuttavia, l'assenza di un dovere di risposta da parte del datore di lavoro non può significare l'assoluta carenza di impatto del principio di bilanciamento dell'onere probatorio quale strumento volto a garantire l'effettività della tutela antidiscriminatoria anche con riferimento alle procedure di selezione e reclutamento del personale, perché se così fosse, verrebbe compromessa la realizzazione dell'obiettivo perseguito dalle direttive europee. L'assenza di una risposta del datore di lavoro, cui egli di per sé non potrebbe ritenersi obbligato, deve essere collocata nel più ampio contesto fattuale in cui si inserisce. La Corte di Giustizia ha dunque concluso che il giudice nazionale è chiamato a considerare se l'assenza di risposta del datore di lavoro, insieme con altre circostanze fattuali, quali il fatto che il datore di lavoro non abbia voluto convocare per un colloquio la candidata di origine etnica "alloctone" pur riconoscendo che ella corrispondeva al livello di qualifica richiesto e nonostante una prima selezione di candidati non avesse portato ad alcuna assunzione, con ciò determinando una seconda selezione alla quale la candidata non veniva ugualmente convocata per un colloquio, possano costituire elementi sufficienti a costituire una presunzione di discriminazione tale da far scattare il principio dell'inversione dell'onere probatorio.

Il d.lgs. n. 215/2003 di recepimento della direttiva europea n. 2000/43, non aveva pienamente introdotto il principio del bilanciamento **dell'onere della prova**, ma si era limitato ad accordare alla parte ricorrente la possibilità di dedurre in giudizio «anche sulla base di dati statistici, elementi di fatto in termini gravi, precisi e concordanti, che il giudice valuta secondo il criterio del prudente apprezzamento ai sensi dell'art. 2729 comma 1 del c.c.», cioè sulla base del sistema delle presunzioni semplici, senza che venisse intaccato il principio generale secondo cui spetta all'attore del giudizio provare l'avvenuta discriminazione (art. 4 c. 3 d. lgs.n. 215/2003). Anche per tale ragione, la Commissione europea aveva avviato un procedimento di

infrazione a carico della Repubblica Italiana, cui il nostro Paese ha risposto con il d.l. n. 59/2008, poi convertito con l. n. 101/2008, modificando il regime dell'onere della prova nei procedimenti giudiziari anti-discriminazione previsti dai decreti legislativi n. 215 e 216/2003, prendendo come modello la normativa sulle pari opportunità di genere (tra uomo e donna) di cui all'art. 4. 6° comma della legge n. 125/1991. Di conseguenza, l'alleggerimento dell'onere probatorio richiesto dalla normativa europea viene ora soddisfatto prevedendo per il ricorrente il dovere di allegare elementi di fatto idonei, in quanto precisi e concordanti, a fondare presunzioni sulla sussistenza di una discriminazione subita dall'attore, collegandovi, però, l'imposizione a carico del convenuto dell'onere della prova sulla insussistenza della discriminazione così presunta. In sostanza, si prevede l'inversione dell'onere della prova a carico del convenuto, sebbene essa sia solo successiva all'affermazione di una presunzione della discriminazione che rimane a carico dell'attore. Il legislatore italiano, tuttavia, aveva voluto mantenere, non si sa quanto consapevolmente, una differenza tra la normativa di recepimento della direttiva sulle discriminazioni razziali e quella in materia di "occupazione", perchè nella prima il regime delle presunzioni era più favorevole all'attore in giudizio poiché veniva richiesta l'allegazione di fatti precisi e concordanti, ma non anche gravi, così come invece nella seconda. Perciò la Commissione europea aveva ufficialmente dichiarato che mentre gli obblighi comunitari in materia di adeguamento della normativa interna a quanto previsto dalla direttiva "razza" potevano ritenersi soddisfatti, così non era per quanto riguarda l'adeguamento della normativa interna alla direttiva "occupazione". Tale distinzione è venuta meno con il d.lgs. n. 150/2011 ove si prevede che le controversie in materia di discriminazione ai sensi dell'art. 44 del T.U. immigrazione, dell'art. 4 del d.lgs. n. 215/2003, dell'art. 4 del d.lgs. n. 216/2003, dell'art. 3 della legge 1.03.2006, n. 67 e dell'art. 55-quinquies del d.lgs. 11.04.2006, n. 198 sono regolate dal rito sommario di cognizione di cui all'art. 702 e ss. del c.p.c. e che opera il principio di bilanciamento dell'onere probatorio secondo il quale *« quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, dai quali si può presumere l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori, spetta al convenuto l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione »* (art. 28 c. 4 d.lgs. n. 150/2011).

Per un caso di giurisprudenza relativo al richiamo ad elementi statistici quale agevolazione probatoria, anche se riferito ad una situazione di discriminazione su basi di appartenenza sindacale ricondotta alla fattispecie della discriminazione fondata sulle convinzioni personali ex direttiva europea n. 2000/78, si veda Tribunale di Roma, Sez. III lavoro, ord. 21 giugno 2012 (n. 76477/12), *FIOM CGIL nazionale contro FABBRICA ITALIA POMIGLIANO*, poi confermata in sede di reclamo da Corte di Appello di Roma, sez. lavoro, ordinanza del 19 ottobre 2012. In essa, il giudice ha applicato il principio del bilanciamento dell'onere probatorio, accogliendo quale evidenza "prima facie" di discriminazione, il dato statistico apportato dal sindacato per cui apparivano infinitesimali le probabilità che fosse solo casuale che su 1893 lavoratori assunti dalla FIAT su un bacino di 4367, non fosse stato assunto nessuno dei 382 componenti dell'elenco degli iscritti FIOM, anche alla luce di una simulazione statistica evidenziante che in caso di selezione casuale, le possibilità che nessuno degli iscritti FIOM potesse essere stato selezionato per l'assunzione ammontavano ad una su dieci milioni. Non ritenendo che la parte convenuta fosse stata in grado di confutare con argomenti convincenti tale

“presunzione” di discriminazione, il giudice ha accolto il ricorso, accertando il carattere discriminatorio basato sulle convinzioni personali delle assunzioni praticate dalla Fabbrica Italia di Pomigliano.

Sempre riguardo alla giurisprudenza italiana, va segnalata l’ordinanza del Tribunale di Milano 22 marzo 2012, con la quale il giudice del lavoro ha ritenuto sufficientemente provate, anche in relazione al principio del bilanciamento dell’onere probatorio nei procedimenti giudiziari anti-discriminazione di cui all’art. 8 della direttiva n. 2000/43, le evidenze apportate dal ricorrente secondo le quali il presidente della filiale bancaria e altri suoi dirigenti hanno usato espressioni offensive nei suoi confronti e di un altro dipendente facenti riferimento al colore della pelle e all’origine africana di quest’ultimi, con la conseguenza oggettiva di aver creato un clima offensivo ed umiliante nell’ambiente di lavoro, con questo configurando una molestia a sfondo etnico-razziale proibita dalla direttiva europea n. 2000/43.

#### 4.4.1.1. I “test situazionali” quali strumenti per la prova della discriminazione.

Al contrario di quanto previsto dalla legislazione o riconosciuto dalla giurisprudenza in alcuni Paesi europei (ad es. Francia, Belgio, Svezia, Ungheria), la normativa e la giurisprudenza italiane non si sono sinora espresse sulla liceità e ammissibilità dei test situazionali quale mezzo di prova della discriminazione.

Il test situazionale (*situation test*) consiste nel ricreare una situazione identica a quella vissuta dalla persona che si considera vittima di una discriminazione in ragione di una sua particolare caratteristica (ad es. l’appartenenza etnico-razziale o religiosa) e nell’osservare se altre persone che non possiedono quella caratteristica vengono trattate diversamente. In caso affermativo, i risultati del test sono prodotti in giudizio come fatti probatori, il più delle volte sotto forma di testimonianza, talvolta nelle forme di un rapporto redatto da un pubblico ufficiale che aveva osservato gli avvenimenti.

Predisporre ed organizzare un test situazionale significa cioè inscenare una situazione, una sorta di gioco di ruolo, in cui una persona è messa nella situazione di commettere una discriminazione senza sospettare di essere osservata. Di fronte alla persona interessata si presentano “candidati” fittizi, appositamente inviati, alcuni dei quali possiedono una caratteristica percepibile (ad es. il colore della pelle, l’appartenenza religiosa, la condizione di straniero) che potrebbe indurre ad un comportamento discriminatorio. Gli osservatori mirano a comparare l’attitudine della persona interessata verso i “candidati” in possesso di tale caratteristica con quella dimostrata verso i “candidati” che non la possiedono.

Da un lato, si potrebbe sostenerne l’ ammissibilità del test situazionale quale mezzo di agevolazione probatoria nei procedimenti giudiziari anti-discriminazione, in quanto essi certamente potrebbero servire al giudice per acquisire la cognizione dei fatti rilevanti per la decisione e valutarli in base al suo prudente apprezzamento, cioè in base a valutazioni di attendibilità e di coerenza logica con gli altri elementi a disposizione, in base al principio della “prova libera” di cui all’art. 116 c.p.c..

D’altro canto, l’ammissibilità di registrazioni audio o video frutto dell’organizzazione di “test situazionali” potrebbe essere messa in discussione per le possibili violazioni della normativa sulla privacy. Allo stato attuale non si registrano casi in cui la pratica dei test-situazionali sia stata utilizzata o discussa nel corso di procedimenti giudiziari anti-discriminazione.

Prima dell'avvio di un'azione civile contro la discriminazione da parte di un gruppo di cittadini stranieri sostenuti da due ONG contro il titolare di un bar di Padova che praticava prezzi maggiorati per i clienti stranieri, tali ONG avevano organizzato il test mediante l'intervento di due distinti gruppi, uno formato da cittadini italiani e l'altro da stranieri, verificando l'applicazione di prezzi differenziati per i medesimi prodotti, ma non risulta che le risultanze di detto test siano state presentate o discusse durante il procedimento giudiziario. Sulla base delle norme anti-discriminazione previste dal T.U. sull'Immigrazione, il giudice di Padova (ordinanza 19 maggio 2005) ha condannato la società titolare dell'esercizio a non ripetere tale comportamento, nonché al pagamento delle spese processuali e di giustizia, mentre gli stranieri che hanno promosso la causa civile hanno ottenuto un indennizzo per i danni morali subiti.

#### **4.5. Gli organismi nazionali e regionali di promozione della parità di trattamento.**

Al fine di stimolare azioni strutturali e di ampio respiro per la promozione e la disseminazione dei principi di parità di trattamento e di non discriminazione, l'art. 13 della direttiva 2000/43/CE prevede l'obbligo per gli Stati membri di istituire apposite autorità nazionali in grado di svolgere le loro attività in maniera indipendente: *“Gli stati membri stabiliscono che siano istituiti uno o più organismi per la promozione della parità di trattamento di tutte le persone senza discriminazioni fondate sulla razza o l'origine etnica. Tali organismi fanno eventualmente parte di agenzie incaricate, a livello nazionale, della difesa dei diritti umani o della salvaguardia dei diritti individuali. 2. [...] tra le competenze di tali organismi rientrano: l'assistenza indipendente alle vittime di discriminazioni [...]; lo svolgimento di inchieste indipendenti [...]; la pubblicazione di relazioni indipendenti”*.

L'Italia ha recepito l'obbligo derivante dalla direttiva istituendo l'UNAR (Ufficio Nazionale Anti-Discriminazioni Razziali) con l'art. 7 del d.lgs. n. 215/2003 e il D.P.C.M. dell'11 dicembre 2003. L'Ufficio è inserito presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, nel Dipartimento per le Pari Opportunità. La collocazione dell'Autorità antidiscriminazioni all'interno dell'amministrazione di governo è stata ritenuta da molti non pienamente corrispondente agli standard fissati da documenti internazionali quali i Principi di Parigi emanati dalla Commissione ONU per i diritti umani e la raccomandazione n. 2 della Commissione del Consiglio d'Europa contro il Razzismo e l'Intolleranza (ECRI). L'ufficio è diretto da un responsabile nominato dal Ministro con la delega alle Pari Opportunità e si avvale di personale anche di altre amministrazioni pubbliche, ivi compresi magistrati, avvocati, nonché esperti e consulenti esterni.

Le aree di azione previste dalla cornice normativa sono: rimozione delle discriminazioni, monitoraggio e verifica dell'applicazione del principio di parità di trattamento, promozione di azioni positive e buone prassi e prevenzione. Tra l'altro, l'Ufficio redige una relazione annuale per il Parlamento sull'effettiva applicazione del principio di parità di trattamento e sull'efficacia dei meccanismi di tutela, e una al Presidente del Consiglio dei Ministri sull'attività svolta.

L'UNAR fornisce supporto alle vittime di discriminazione principalmente attraverso l'attività di conciliazione informale, non avendo legittimazione ad agire direttamente in giudizio, né la possibilità di applicare sanzioni

di tipo amministrativo. La raccolta delle segnalazioni di casi di asserita discriminazione da parte di vittime e/o testimoni avviene attraverso un contact center dotato di numero telefonico e, dal 2010, anche attraverso il sito web [www.unar.it](http://www.unar.it).

Al fine di dare concreta attuazione all'art. 44 del D.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, che prevede l'istituzione di centri regionali di osservazione contro le discriminazioni razziali, l'UNAR ha promosso la progressiva costituzione di una rete nazionale di centri territoriali per la rilevazione e la presa in carico dei fenomeni di discriminazione razziale, da istituire sulla base di protocolli d'intesa e accordi operativi con Regioni ed Enti locali ed attraverso il coinvolgimento in modo strutturato e permanente del tessuto associativo già esistente sui territori, fornendogli supporto in ambito formativo, legale e consulenziale.

## **5. La normativa interna in materia di divieto di discriminazioni dallo Statuto dei Lavoratori al Testo Unico immigrazione**

### **5.1. Le norme dello "Statuto dei Lavoratori"**

L'art. 8 della legge n. 300 del 20 maggio 1970 (norme sulla tutela delle libertà e dignità dei lavoratori, della libertà sindacale e dell'attività sindacale nei luoghi di lavoro e norme sul collocamento), il c.d. Statuto dei Lavoratori, predispose una prima forma di prevenzione della discriminazione, laddove vieta al datore di lavoro "...ai fini dell'assunzione, come nel corso del svolgimento del rapporto di lavoro, di effettuare indagini, anche a mezzo di terzi, sulle opinioni politiche, religiose o sindacali del lavoratore, nonché su fatti non rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del lavoratore". (Per un'applicazione giurisprudenziale, cfr. Cass., 2 marzo 1988, n. 2225). La giurisprudenza ha chiarito, per quanto concerne la fase dello svolgimento del rapporto di lavoro, il divieto di sottoporre i lavoratori a test motivazionali o psicoattitudinali che non abbiano connessione con l'idoneità allo svolgimento delle mansioni aziendali (Pret. Pisa 30 marzo 1999, *Riv. It. Dir. Lav.*, Pret. Milano, 16 gennaio 1996).

L'art. 15 della legge n. 300 del 20 maggio 1970 prevedeva nella sua formulazione originaria la sanzione della nullità di qualsiasi patto o atto discriminatorio per motivi sindacali.

A tale ambito di condotte discriminatorie sono state assimilate dalla successiva legge n. 903 del 1977 le discriminazioni per motivi politici, religiosi, razziali, di lingua o di sesso.

Infine, il d.lgs. 216/2003, emanato in attuazione della direttiva 2000/78/CE, ha aggiunto la previsione del divieto di discriminazione in base all'handicap, all'età, all'orientamento sessuale e alle convinzioni personali.

Manca, tuttavia, nello Statuto dei Lavoratori una definizione generale ed astratta di cosa costituisca discriminazione:

- da un lato, vengono nominati gli ambiti in cui tali condotte possono essere attuate (senza però che la loro enucleazione esaurisca le possibili manifestazioni concrete di atti o patti lesivi) quali i licenziamenti, le assunzioni, i trasferimenti, le assegnazioni o i provvedimenti disciplinari;

- dall'altro, l'unico riferimento generale fatto dalla norma è l'attitudine a "recare pregiudizio" al lavoratore per fini di discriminazione.

L'attuale formulazione dell'art 15 prevede infatti che:

*"E' nullo qualsiasi patto od atto diretto a:*

*a) subordinare l'occupazione di un lavoratore alla condizione che aderisca o non aderisca ad una associazione sindacale ovvero cessi di farne parte;*

*b) 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 ai fini di discriminazione politica, religiosa, razziale, di lingua o di sesso, di handicap, di età o basata sull'orientamento sessuale o sulle convinzioni personali."*

Dalla sanzione della nullità possono derivare, oltre all'eliminazione *ex tunc* dell'atto, anche l'eventuale pagamento di quanto indebitamente negato dal datore di lavoro al lavoratore discriminato, il risarcimento del danno provocato. Dalla nullità del licenziamento discriminatorio deriva, indipendentemente dal numero di dipendenti occupati dal datore di lavoro ed indipendentemente dal settore di occupazione (compreso, quindi, quello del lavoro domestico), la reintegrazione nel posto di lavoro ex art. 18 l. 300/70.

L'art 16 dello Statuto dei Lavoratori fa divieto della concessione di trattamenti economici collettivi discriminatori, cioè di quei benefici, vantaggi o utilità che il datore di lavoro decide di attribuire con lo scopo di differenziare in modo discriminatorio (per i motivi di cui all'art. 15 St. Lav.) il trattamento dei propri dipendenti.

Rispetto all'onere probatorio, la Corte di Cassazione ha stabilito che, nelle azioni promosse sulla base degli articoli sopraccitati contro gli atti discriminatori, spetta al lavoratore provare l'intenzione discriminatoria (Corte Cass., sez. lav., 25 febbraio 1988, n. 2025) e che questa debba risultare da elementi dai quali si possa ritenere con certezza sufficiente l'intento discriminatorio perseguito dal datore di lavoro (Corte Cass., sez. lav., 2 dicembre 1977, n. 10974). Tuttavia tale giurisprudenza del giudice di legittimità è antecedente all'entrata in vigore delle citate direttive europee n. 2000/43/CE e 2000/78/CE e dunque non tiene conto del principio del bilanciamento dell'onere probatorio da esse statuito.

*5.1.1. Il divieto di licenziamento 'discriminatorio' del lavoratore per motivi razziali, etnici o religiosi e la disciplina particolare per le 'organizzazioni di tendenza'.*

La legge 28 giugno 2012, n. 92 (*"Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita"*), pur riformando l'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori, ha confermato che il

licenziamento discriminatorio è sempre nullo e comporta la tutela reale, cioè la reintegrazione nel posto di lavoro, a prescindere dal numero di occupati dell'impresa. Quindi, il giudice, con la sentenza con la quale dichiara la nullità del licenziamento perché discriminatorio ai sensi dell'art. 3 della legge 11 maggio 1990, n. 108, ordina al datore di lavoro la reintegrazione del lavoro nel posto di lavoro, indipendentemente dal motivo formalmente adottato. L'unica eccezione alla tutela reale consistente nella reintegrazione nel posto di lavoro è prevista quando sia lo stesso lavoratore a richiedere l'indennità pari a quindici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto (art. 1 c. 42 della legge n. 92/2012). In caso di licenziamento discriminatorio, il lavoratore ha diritto anche al risarcimento del danno consistente in un'indennità commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto maturata dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative, ed, in ogni caso, non inferiore a cinque mensilità della retribuzione globale di fatto.

Una questione particolare riguarda i licenziamenti operati dalle c.d. "organizzazioni di tendenza", categoria in cui sono fatti rientrare i "datori di lavoro non imprenditori che svolgono senza fini di lucro attività di natura politica, sindacale, culturale, di istruzione ovvero di religione o di culto" (art. 4. c. 1 legge n. 109/90).

La norma dell'art. 4 della legge n. 108/1990, secondo la quale la disciplina della reintegrazione – in caso di licenziamento illegittimo – non si applica nei confronti di datori di lavoro non imprenditori che svolgono senza fini di lucro attività di natura politica, sindacale, culturale, di istruzione ovvero di religione o di culto, non deve trarre in inganno e portare a credere che la 'tutela reale' della reintegrazione nel posto di lavoro in caso di licenziamento discriminatorio venga qui esclusa. La giurisprudenza di Cassazione ha al riguardo chiarito che, se il licenziamento operato dall'organizzazione di tendenza è discriminatorio, vale comunque la garanzia della tutela reale di cui all'art. 3 ovvero l'obbligo di reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro (si veda Cassazione 16 giugno 94 n. 5832; Cassazione 25 luglio 2008, n. 20500).

La questione centrale riguarda proprio la corretta individuazione del carattere discriminatorio o meno del licenziamento, considerata la libertà di azione maggiore concessa all'organizzazione di tendenza rispetto al datore di lavoro ordinario, anche per effetto della particolare eccezione al divieto di discriminazioni prevista dal legislatore comunitario. L'art. 4.2 Dir. 2000/78 infatti prevede che : *«Gli Stati membri possono mantenere nella legislazione nazionale in vigore alla data d'adozione della presente direttiva o prevedere in una futura legislazione che riprenda prassi nazionali vigenti alla data d'adozione della presente direttiva, disposizioni in virtù delle quali, nel caso di attività professionali di chiese o di altre organizzazioni pubbliche o private la cui etica è fondata sulla religione o sulle convinzioni personali, una differenza di trattamento basata sulla religione o sulle convinzioni personali non costituisca discriminazione laddove, per la natura di tali attività, o per il contesto in cui vengono espletate, la religione o le convinzioni personali rappresentino un requisito essenziale, legittimo e giustificato per lo svolgimento dell'attività lavorativa, tenuto conto dell'etica dell'organizzazione. Tale differenza di trattamento si applica tenuto conto delle*

*disposizioni e dei principi costituzionali degli Stati membri, nonché dei principi generali del diritto comunitario, e non può giustificare una discriminazione basata su altri motivi.*

*A condizione che le sue disposizioni siano d'altra parte rispettate, la presente direttiva non pregiudica pertanto il diritto delle chiese o delle altre organizzazioni pubbliche o private la cui etica è fondata sulla religione o sulle convinzioni personali, e che agiscono in conformità delle disposizioni costituzionali e legislative nazionali, di esigere dalle persone che sono alle loro dipendenze un atteggiamento di buona fede e di lealtà nei confronti dell'etica dell'organizzazione».*

Tale clausola di eccezione è stata recepita con l'art. 3.5 D.lgs. n. 216/2003: «*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».* Tale disposizione di recepimento è stata criticata perché giudicata troppo generica, in particolare perché non limita l'ampiezza della clausola derogatoria al principio di non-discriminazione entro i limiti della legislazione nazionale e delle prassi vigenti al momento della data di adozione, così come richiede la direttiva. Sorge perciò un problema interpretativo, perché il potere discrezionale concesso dal testo della direttiva appare più ampio di quello derivante dall'interpretazione delle norme legislative e costituzionali affermatasi in Italia fino al momento dell'adozione della direttiva per effetto di sentenze della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione. Queste ultime, infatti, almeno nell'orientamento prevalente, hanno affermato che l'assenza di finalità di lucro dell'organizzazione è condizione indispensabile affinché questa possa legittimamente pretendere di sottrarsi al regime della tutela reale del lavoratore avverso il licenziamento ideologico o discriminatorio (Cass. S.U., 11 aprile 1994, n. 3353, secondo cui la tutela reale si applica in favore dei dipendenti di un istituto religioso che gestisce una scuola con fini di lucro; cfr. anche Cass. 26 gennaio 2004, n. 1367, 7 aprile 2005, n. 7207). La norma della direttiva europea n. 2000/78 prevede, invece, che a beneficiare della clausola derogatoria siano tutte le organizzazioni la cui etica è fondata sulla religione o le convinzioni personali, senza che abbia rilievo il fatto che abbiano o meno scopo di lucro.

Un'ulteriore limitazione che la giurisprudenza della Cassazione ha introdotto al **licenziamento "ideologico"** da parte delle **"organizzazioni di tendenza"** è quella per cui può dirsi legittimo solo entro i limiti in cui l'adesione ideologica del lavoratore è requisito essenziale per la protezione della "tendenza ideologica", la quale va tuttavia riferita non all'ente in sé, ma alle attività e scopi istituzionali di quest'ultimo. In altre parole, e a solo titolo d'esempio, un lavoratore che si converta ad altra religione diversa dal cattolicesimo, non potrà per tale ragione essere licenziato dalla casa di riposo per anziani gestita da un istituto religioso cattolico, perché scopo precipuo dell'attività intrapresa dal datore di lavoro è la cura degli anziani non la promozione della fede cattolica, mentre potrebbe essere legittimamente licenziato qualora il lavoratore sia un dipendente di un istituto educativo cattolico, se le sue mansioni effettive hanno un legame con la protezione e promozione della tendenza ideologica dell'istituto, ma non certo se svolge nella scuola cattolica mansioni di



addetto alle pulizie o ai servizi tecnici, ausiliari o di segreteria, perché in tal caso l'adesione ideologica del lavoratore è 'neutra' o irrilevante per i fini istituzionali dell'ente. Peraltro, anche il licenziamento ideologico dell'educatore è legittimo soltanto se si tratta di persone che svolgono mansioni educative ed insegnamenti che caratterizzano la "tendenza" dell'ente o che non sono indifferenti ad essa (ad. es. sulla illiceità del licenziamento ideologico di un insegnante di educazione fisica per il mancato rispetto dei codici morali cattolici con riferimento al matrimonio religioso, cfr. Corte di Cassazione sent. n. 5832/1994; Il carattere 'neutro' delle mansioni svolte, ai fini dell'applicabilità della tutela reale, è valorizzato da Cass. 6 novembre 2001, n. 13721).

E' del tutto evidente che se interpretato letteralmente, il testo della normativa di recepimento della direttiva attribuirebbe ai datori di lavoro che costituiscono le c.d. "organizzazioni di tendenza" un potere discrezionale più ampio di quello di cui disponevano fino al momento dell'adozione della direttiva, il che costituirebbe un'infrazione delle norme comunitarie.

La questione della legittimità o meno del licenziamento "ideologico" da parte di datori di lavoro che sono organizzazioni la cui etica è fondata sulla religione è stata oggetto sinora di tre pronunce della Corte europea dei diritti umani, la quale ha fondato i suoi giudizi sul criterio di bilanciamento tra gli opposti interessi e diritti in gioco (art. 9 - libertà di manifestazione del credo religioso; art. 11 - libertà di associazione; art. 14 - divieto di discriminazione), sulla base del principio di proporzionalità:

- Sentenza 23.09.2010, caso *Obst c. Germania*, n. 425/03 (sul carattere legittimo del licenziamento di un alto dirigente della Chiesa Mormone per aver commesso adulterio);
- Sentenza 23.09. 2010, caso *Schuth c. Germania* (1620/03) (sul carattere illegittimo del licenziamento di un'organista di una chiesa cattolica per aver compiuto divorzio ed aver avuto un figlio da una relazione extraconiugale) ;
- Sentenza 03.02.2011, causa n. 18136/02, *Siebenhaar c. Germania* - (sul carattere legittimo del licenziamento di un'educatrice d'infanzia di una scuola protestante per aver aderito ad un'altra Chiesa cristiana).

## **5.2. La normativa anti-discriminatoria nel T.U. Immigrazione.**

L'art. 2 del **d.lgs 25.7.1998, n. 286, Testo unico** delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, nei commi 2 e 3, prevede espressamente che:  
*“Allo straniero comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme del diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti.*

*Lo straniero regolarmente soggiornante nel territorio dello Stato gode dei diritti in materia civile attribuiti al cittadino italiano....*

*La Repubblica italiana, in attuazione della convenzione dell'OIL n. 143 del 24 giugno 1975, ratificata con legge 10 aprile 1981, n. 158, garantisce a tutti i lavoratori stranieri regolarmente soggiornanti nel*

*suo territorio e alle loro famiglie parità di trattamento e piena uguaglianza di diritti rispetto ai lavoratori italiani.”*

Secondo la Corte Costituzionale (interrogata in merito ad una presunta lacuna normativa riguardo alla assenza di un'espressa previsione del diritto dei lavoratori extracomunitari invalidi civili di ottenere anch'essi l'iscrizione nell'elenco degli invalidi civili disoccupati aspiranti al collocamento obbligatorio, cfr. Corte Cost. 30 dicembre 1998, n. 454), la norma legislativa mira ad assicurare ai lavoratori stranieri il medesimo trattamento riservato ai lavoratori italiani, non solo allorché sia già stato instaurato un rapporto di lavoro, ma anche nell'ipotesi astratta di instaurarne uno in futuro ovvero nella fase di accesso al lavoro.

Secondo la Corte Costituzionale, il 3° comma dell'art. 2 del T.U. prevede un generale principio di parità di trattamento per i lavoratori extracomunitari rispetto a quelli italiani, in base al quale al cittadino extracomunitario titolare di un permesso di soggiorno per motivi di lavoro o valido per l'esercizio di attività lavorativa deve essere riconosciuto il godimento dei medesimi diritti riconosciuti ai lavoratori italiani.

Va inoltre considerato che il regime di soggiorno e di lavoro dei lavoratori immigrati regolarmente soggiornanti è regolato anche dalla Convenzione Internazionale dell'OIL (Organizzazione Internazionale del Lavoro) n. 143 del 1975 che l'Italia ha ratificato nel 1981, la quale stabilisce il principio di piena parità di trattamento e di opportunità tra lavoratori immigrati regolarmente soggiornanti e lavoratori nazionali anche per quel che riguarda *l'accesso ai servizi di sicurezza sociale*.

Perciò, la legge nazionale che fosse in contrasto con questo fondamentale principio relativo alla condizione dello straniero, violerebbe il citato l'art 10, comma 2, Cost., in base al quale *“La condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali”*, così come l'art. 117 c. 1 Cost. per cui *“la potestà legislativa (...) è esercitata nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali”*.

Come ribadiscono le sentenze della Corte Costituzionale n. 348 e 349 del 2007, per effetto dell'art. 117 c. 1 Cost., le norme di diritto internazionale pattizio, tra cui quelle in materia di parità di trattamento previste dalla citata Convenzione OIL, assumono un valore sovraordinato rispetto alle norme ordinarie interne, anche posteriori, diventando parametro di legittimità costituzionale delle medesime.

Tra le altre norme in materia di parità di trattamento contenute nel T.U. immigrazione, si possono ricordare: a) l'art. 38 in materia di diritto all'istruzione che prevede l'equiparazione dei minori stranieri 'presenti' in Italia ( e quindi non solo di quelli regolarmente soggiornanti) ai minori di cittadinanza italiana per quanto concerne l'obbligo scolastico e i diritti-doveri ad esso connessi (*“I minori stranieri presenti sul territorio sono soggetti all'obbligo scolastico; ad essi si applicano tutte le disposizioni vigenti in materia di diritto all'istruzione, di accesso ai servizi educativi, di partecipazione alla vita della comunità scolastica”*); b) l'art. 39 in materia di accesso ai corsi delle università e di diritto allo studio, con una previsione di perfetta parità di trattamento con gli studenti italiani in particolare a favore di coloro che

siano già regolarmente soggiornanti in Italia, al fine precipuo di evitare trattamenti differenziati che possano riguardare le seconde generazioni di migranti (art. 39 c. 5: “*E’ comunque consentito l’accesso ai corsi universitari e alle scuole di specializzazione delle università, a parità di condizioni con gli studenti italiani, agli stranieri titolari di carta di soggiorno, ovvero di permesso di soggiorno per lavoro subordinato o per lavoro autonomo, per motivi familiari, per asilo politico, per asilo umanitario, o per motivi religiosi, ovvero agli stranieri regolarmente soggiornanti da almeno un anno o in possesso di titolo di studio superiore conseguito in Italia,...*”); c) l’art. 41 in materia di assistenza sociale, che aveva previsto un principio di parità di trattamento con i cittadini nazionali in favore dei migranti stranieri titolari di carta di soggiorno o di permesso di soggiorno della durata di almeno un anno, ma che venne poi riformato con l’art. 80 c. 19 della legge n. 388/2000, che aveva introdotto il requisito della carta di soggiorno (poi permesso CE per lungo soggiornanti) per accedere alla prestazioni di assistenza sociale che sono previste quali diritti soggettivi dalla legislazione vigente, anche se poi tale norma è stata dichiarata incostituzionale da numerose pronunce della Corte Costituzionale (n. 306/2008, 11/2009, 285/2009, 187/2010, 329/2011; si veda sopra cap. 2.2.).

#### *5.2.1. La prima definizione di discriminazione razziale nel diritto interno: l’art. 43 del T.U. immigrazione.*

L’**art. 43** del T.U. 1° comma prevede una sorta di **clausola generale di non discriminazione**, riprendendo quanto contenuto nell’art. 1 della Convenzione Internazionale delle Nazioni Unite sull’eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, firmata a New York in 7 marzo 1966 e ratificata dall’Italia con la legge 1.5.1975, n. 654.

Costituisce una **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 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*”.

Pertanto, da considerarsi discriminatoria la condotta che comporti un trattamento differenziato per i motivi appena menzionati, sia quando essa sia attuata in modo diretto (cioè quando una persona viene trattata meno favorevolmente di quanto lo sarebbe in una situazione analoga), sia quando la differenziazione che causa pregiudizio sia conseguenza dell’applicazione di criteri formalmente “neutri”, ma che siano fonte di discriminazione “indiretta” o “dissimulata”.

- La menzione dello “*scopo o (dell’) effetto*” contribuisce a ricomprendere nella definizione in esame non solo le condotte poste in essere con la specifica intenzione di nuocere, ma anche quelle che, prive di uno scopo lesivo, comportino comunque un *effetto* pregiudizievole, senza che quindi appaia necessaria la presenza dell’elemento del *dolo* ovvero della volontà di discriminare. In merito, il Tribunale di Bologna, con riferimento alla omessa schermatura sul viso della persona di pelle nera in una fotografia non autorizzata pubblicata su un periodico, al contrario di quanto

effettuato sul viso della persona di pelle bianca, ha ritenuto irrilevante la circostanza, adottata dalla parte che aveva posto in essere il comportamento, che ciò fosse da attribuirsi ad un errore di valutazione del grafico che aveva il compito di impostare la pagina, concludendo per l'avvenuta discriminazione ai sensi dell'art. 43 1° comma del T.U. in relazione all'avvenuta lesione del diritto all'immagine e all'identità personale (Tribunale di Bologna, ord. 22 febbraio 2001, *Togo e altro c. la Tribuna*).

La norma si riferisce non soltanto alle discriminazioni nell'ambito lavorativo, ma anche alle condotte lesive dei diritti fondamentali anche in campo politico, economico, sociale e in ogni altro settore della vita pubblica. Il riferimento ai diritti e alle libertà fondamentali non deve trarre in inganno. Alcune isolate pronunce di giurisprudenza hanno affermato che la tutela anti-discriminatoria potrebbe essere azionata solo qualora la disparità di trattamento venga posta in essere in ambiti attinenti ai diritti umani e alle libertà fondamentali (ad es. Tribunale di Pescara, decreto 18 ottobre 2001- poi peraltro riformato in sede di reclamo con ord. 14 settembre 2001 – secondo il quale non poteva esserci discriminazione perché l'attività sportiva in ambito dilettantistico non attiene ai diritti fondamentali della persona; Trib. di Brescia, ord. n. 1679/2010, secondo cui l'accesso ad un beneficio sociale quale il "bonus vacanze" non atterrebbe ai diritti fondamentali della persona, impedendo così la tutela antidiscriminatoria). Tuttavia, tale tesi appare infondata perché si deve sanzionare la violazione della parità di trattamento in sé, senza riguardo all'ambito ove venga posta in essere, perché il diritto alla non-discriminazione è in sé principio generale dell'ordinamento giuridico interno (art. 2 e 3 Cost.), comunitario (Trattati UE e carta europea dei diritti fondamentali) ed internazionale (art. 14 CEDU fra gli altri), e quindi, in sé diritto fondamentale (in proposito si veda ad. es. Tribunale di Udine, ord. 17 novembre 2010, pagg. 5-6).

Proprio per tale ragione, il legislatore ha voluto formulare, nel secondo comma dell'art. 43 del T.U. imm., una tipizzazione delle condotte aventi *sicuramente* una valenza discriminatoria, che prevedono possibili casistiche ed ambiti che non necessariamente riguardano od investono libertà e diritti fondamentali (come ad es. il rifiuto di servire un caffè ad un bar per la sola o prevalente ragione dell'appartenenza etnica o nazionale dell'avventore).

Peraltro, l'elencazione fatta nel 2° comma non è da considerarsi tassativa, e quindi esaustiva, delle condotte sostanzialmente discriminatorie e produttive di effetti pregiudizievoli, rispetto alle quali soccorre la definizione generale del primo comma.

L'articolo prevede infatti che compia "*in ogni caso*" una discriminazione:

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

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

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

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

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

*Costituisce discriminazione indiretta ogni trattamento pregiudizievole conseguente all’adozione di criteri che svantaggino in modo proporzionalmente maggiore i lavoratori appartenenti ad una determinata razza, ad un determinato gruppo etnico o linguistico, ad una determinata confessione religiosa o ad una cittadinanza e riguardino requisiti non essenziali allo svolgimento dell’attività lavorativa.”*

Nell’insieme delle condotte vietate ricadono perciò anche quei comportamenti discriminatori previsti dall’art. 15 e riguardanti le assunzioni, i licenziamenti, le assegnazioni di mansioni, i trasferimenti.

Inoltre, la lett. e) dell’art. 44 amplia l’ambito previsto dall’art. 15 della legge 300/70, introducendo espressamente il concetto di discriminazione indiretta, già previsto dall’art. 4 della legge 125/91 per le discriminazioni di genere sul luogo di lavoro, e lo estendendone anche agli altri fattori illegittimi di discriminazione.

La menzione dell’art. 15 dello Statuto dei lavoratori apre la questione se il legislatore abbia voluto perseguire l’obiettivo della *sovrapposizione* ovvero della *giustapposizione dei rimedi processuali* (l’azione ordinaria risarcitoria o ripristinatoria di cui all’art. 414 c.p.c. ovvero l’azione per condotta antisindacale ex art. 28 St. Lav., e quella ex art. 44 T.U., finalizzata alla rimozione degli effetti e al risarcimento del danno).

La tesi della giustapposizione delle tutele è stata fatta propria dalla Corte di Appello di Roma, ordinanza 19 ottobre 2012, per la quale il sistema di tutela previsto dall’azione civile contro la discriminazione non si sostituisce ma si aggiunge a quello indicato nell’art. 15 dello Statuto dei lavoratori, ed è in particolare distinto

dal ricorso per condotta antisindacale ex art. 28 St. Lav., in quanto il primo mira alla tutela dell'interesse individuale del lavoratore a non essere discriminato, il secondo alla tutela dell'interesse collettivo del sindacato.

### *5.2.2. I destinatari della tutela antidiscriminatoria prevista dagli artt. 43 e 44 del T.U. immigrazione: stranieri extracomunitari, comunitari e cittadini italiani.*

Le norme di tutela antidiscriminatoria prevista dagli artt. 43 e 44 T.U. sono inserite nella legislazione volta a disciplinare la condizione giuridica dello straniero extracomunitario, ma il legislatore ne ha espressamente esteso l'applicazione anche nei confronti dei cittadini italiani, degli apolidi e dei cittadini di altri Stati membri dell'Unione europea (art. 43 c. 3 d.lgs. n. 286/98). Né si può legittimamente sostenere che l'art. 1 c. 2 del d.lgs. n. 286/98, così come emendato dall'art. 37 comma 2 del D.L. n. 112/2008 convertito nella l. n. 133/2008 (il "*presente T.U. non si applica ai cittadini degli Stati membri dell'Unione europea, salvo quanto previsto dalle norme di attuazione dell'ordinamento comunitario*"), possa fondare una preclusione all'esercizio del rimedio processuale dell'azione anti-discriminatoria da parte dei cittadini di altri Stati membri dell'Unione europea. L'art. 1 c. 1 del d.lgs. n. 286/98, se certo prevede, in linea generale, che il T.U. immigrazione si applichi ai cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea, contiene una precisa clausola derogatoria ("*salvo diversamente disposto*"), suscettibile dunque di garantire la prevalenza di disposizioni che all'interno del T.U. medesimo prevedano diversamente, secondo il tradizionale criterio di specialità nell'interpretazione della legge per cui la norma speciale prevale su quella generale (*lex specialis derogat generali*). Ed è questo esattamente il caso dell'art. 43 c. 3 d.lgs. n. 286/98.

In subordine, anche qualora si ritenesse che l'art. 43 c. 3 possa ritenersi emendato per effetto dell'intervenuta modifica dell'art. 1 c. 2 del T.U. immigrazione, la conseguente ipotesi di impossibilità per i cittadini di altri Stati membri dell'Unione europea di avvalersi dell'azione giudiziaria anti-discriminazione nei casi di discriminazione fondata sulla nazionalità (cittadinanza), determinerebbe una disparità di trattamento rispetto ai cittadini italiani e a quelli stranieri non comunitari incompatibile con il diritto dell'Unione europea, con conseguente necessità di un'interpretazione della normativa interna conforme al diritto comunitario ovvero di una sua disapplicazione (in tal senso, cfr. Tribunale di Bolzano, ordinanza dd. 20 luglio 2011; Tribunale di Udine, ordinanza dd. n. 530/2010 del 30 giugno 2010, confermata in sede di reclamo da Tribunale di Udine, ordinanza 15 novembre 2010).

## **6. L'azione civile anti-discriminazione.**

La tutela giurisdizionale contro gli atti di discriminazione integra gli strumenti procedurali previsti dal Testo unico delle norme sull'immigrazione (art. 44) con le successive norme introdotte dai decreti di recepimento delle direttive europee. Con il d.lgs. n. 150/2011, le controversie in materia di discriminazione di cui all'art. 44 del d.lgs. n. 286/98 (discriminazioni per motivi razziali, etnici, nazionali e religiosi), quelle di cui all'art. 4

del d.lgs. n. 215/2003 (discriminazioni fondate sulla razza o l'origine etnica), quelle di cui all'art. 4 del d.lgs. n. 216/2003 (discriminazioni nell'ambito lavorativo e fondate sul credo religioso o le convinzioni personali, la disabilità, l'orientamento sessuale, l'età), quelle di cui all'art 3 della legge 01.03.1967 (discriminazioni delle persone con disabilità anche al di fuori dell'ambito lavorativo) e quelle di cui all'art. 55 quinquies del d.lgs. 11.04.2006, n. 198 (discriminazioni fondate sul genere nell'ambito dell'accesso ai beni e servizi offerti al pubblico) sono ora regolate, per i procedimenti avviati a partire dal 7 ottobre 2011, dal rito civile sommario di cognizione di cui agli artt. 702-bis e ss. del c.p.c.

L'art. 44 del T.U. immigrazione prevede, infatti, l' **azione civile contro la discriminazione**, che inizialmente si configurava come procedimento cautelare secondo l'indirizzo interpretativo adottato dalla Corte di Cassazione (n. 6172/2008, n. 27187/07 e n. 9740/12), che consentiva alle parti di avviare il giudizio di merito con rito civile ordinario, una volta che il procedimento cautelare si fosse concluso con la decisione del collegio del tribunale relativa al reclamo contro alla decisione del giudice monocratico quale giudice di prime cure. Il d.lgs. n. 150/2011 ha poi cambiato il procedimento dell'azione civile antidiscriminatoria, che ora si svolge secondo il rito sommario di cognizione, al quale si applicano alcune norme procedurali particolari volte a garantire alla vittima di discriminazione maggiore accessibilità alla tutela giudiziaria:

- 1) la competenza affidata al giudice monocratico del luogo di domicilio dell'istante (anziché di quello del convenuto come nelle procedure ordinarie);
- 2) nel giudizio di primo grado le parti possono stare in giudizio personalmente, anche senza l'assistenza di un avvocato;
- c) conformemente con le direttive europee, opera il principio del bilanciamento dell'onere probatorio sicché *“quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, dai quali si può presumere l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori, spetta al convenuto l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione”* (art. 28 d.lgs. n. 150/2011, al riguardo si veda sopra al paragrafo 4.4.1.).

Secondo quanto previsto per il rito sommario di cognizione, dopo la presentazione dell'azione giudiziaria anti-discriminazione, il giudice designato fissa con decreto l'udienza di comparizione delle parti, assegnando il termine per la costituzione del convenuto, che deve avvenire non oltre dieci giorni prima dell'udienza; il ricorso, unitamente al decreto di fissazione dell'udienza, deve essere notificato al convenuto almeno trenta giorni prima della data fissata per la sua costituzione (art. 702-bis c. 3 del c.p.c.). Alla prima udienza, il giudice, sentite le parti, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, provvede con ordinanza all'accoglimento o al rigetto del ricorso (art. 702-ter c. 5 c.p.c.). Qualora l'ordinanza non sia appellata dinanzi alla Corte di Appello entro trenta giorni dalla sua comunicazione o notificazione, la stessa produce gli effetti di cui all'art 2909 c.c. (cosa giudicata) (art. 702-quater c.p.c.). Contro la pronuncia resa in appello è possibile il ricorso in Cassazione.

Nel caso in cui l'atto o il comportamento discriminatorio determinino un rischio di pregiudizio imminente ed irreparabile, è sempre possibile richiedere, ex art. 700 c.p.c, un procedimento cautelare d'urgenza che ne

sospenda l'esecuzione, cioè una misura cautelare con funzione anticipatoria degli effetti della decisione di merito. Il ricorso d'urgenza è infatti subordinato alla sussistenza di una serie di presupposti, quali la dimostrazione da parte del ricorrente del *periculum in mora* e della sussistenza del *fumus boni iuris*.

L'azione giudiziaria anti-discriminazione è individuata dal legislatore come rimedio processuale tipico e sovrano contro le discriminazioni e rimedio speciale in tutti i casi in cui venga impugnato l'atto in quanto comportamento discriminatorio, senza che abbia rilevanza alcuna se l'asserita discriminazione sia stata compiuta da privati o dalla P.A. ovvero incida su posizioni giuridiche qualificabili come diritto soggettivo o interessi legittimi. L'azione giudiziaria anti-discriminazione dinanzi al giudice ordinario si applica anche nei confronti di un comportamento asseritamente discriminatorio adottato dalla P.A. riguardo ad una procedura di tipo concorsuale per l'accesso al Pubblico Impiego. L'attribuzione della competenza al giudice amministrativo ai sensi dell'art. 63 c. 4 del d.lgs. n. 165/2001 nel caso di controversie relative a procedure concorsuali vale in generale, ma non nei casi in cui il ricorrente ritenga che nella procedura concorsuale sia stato leso il proprio diritto alla parità di trattamento e alla non-discriminazione. L'unica eccezione a questo riparto della giurisdizione è prevista dall'art. 4 c. 8 del d.lgs. n. 216/2003 che fa salva la giurisdizione del giudice amministrativo per il personale indicato nell'art. 3 comma 1 del d.lgs. n. 165/2001 ( i magistrati ordinari, amministrativi e contabili, gli avvocati e procuratori dello Stato, il personale militare e delle Forze di polizia di Stato, il personale della carriera diplomatica e della carriera prefettizia) anche in relazione ad asserite violazioni del divieto di discriminazioni in materia di occupazione e di condizioni di lavoro per uno dei motivi previsti dalla direttiva europea n. 2000/78 (Al riguardo si veda: Corte di Cassazione, sez. unite civili, sentenza n. 3670/11 11 gennaio 2011, depositata il 15 febbraio 2011 e sentenza n. 7186/11 dd. 18 gennaio 2011, depositata il 30 marzo 2011).

### **6.1. Legittimazione ad agire in giudizio dei sindacati e delle ONG contro misure o comportamenti discriminatori.**

Le direttive comunitarie "razza" e "occupazione" escludono dal loro campo di applicazione **le differenze di trattamento basate sulla nazionalità** e quelle derivanti dalle normative sull'immigrazione. I decreti legislativi che le hanno recepito fanno espresso riferimento a tale clausola di esclusione, mentre gli artt. 43 c.1 e 44 c. 1 T.U., includono esplicitamente l'ambito della discriminazione fondata sulla nazionalità (cittadinanza) nel campo di applicazione del sistema normativo di contrasto.

La questione ha rilevanza pratica, soprattutto in relazione alla diversa ampiezza della legittimazione ad agire in giudizio delle associazioni, organizzazioni o persone giuridiche, prevista di volta in volta dai diversi sistemi normativi di riferimento con riferimento alle situazioni di discriminazione collettiva. Il T.U. limita infatti alle sole organizzazioni sindacali (rappresentanze locali delle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello nazionale) la possibilità di azione diretta in giudizio in relazione alle discriminazioni collettive relative all'ambito lavorativo, anche nei casi in cui non siano individuabili in modo diretto ed immediato i lavoratori lesi dalle discriminazioni (art. 44 c. 10 d.lgs. n. 286/98). Il d.lgs. n.



215/2003 di recepimento della direttiva n. 2000/43 “Razza” attribuisce invece alle associazioni e agli enti inseriti in un apposito elenco approvato con decreto interministeriale la legittimazione ad agire in nome o per conto o a sostegno del soggetto passivo della discriminazione, e la legittimazione diretta nei casi di discriminazione collettiva qualora non siano individuabili in modo diretto ed immediato le persone lese dalla discriminazione.

L’elenco delle associazioni ed enti legittimati ad agire in giudizio è stato pubblicato con decreto interministeriale 16.12.2005, e successivamente aggiornato con il D.P.C.M., Dipartimento Pari Opportunità, 09 aprile 2010 (G.U. n. 180 dd. 04.08.2010), prima, e da ultimo, con il Decreto del Ministro del Lavoro e delle Politiche sociali 12 ottobre 2011 (Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 256 del 3 novembre 2011). Tale elenco include sia le associazioni ed enti già inclusi nel registro delle associazioni che si occupano dell’integrazione dei migranti, previsto dall’art. 49 T.U., sia le associazioni ed enti che svolgono attività nel campo della lotta alle discriminazioni e sono iscritti nell’apposito elenco tenuto dall’UNAR previsto dal decreto di recepimento della direttiva n. 2000/43. L’art. 5 d.lgs. n. 216/2003, di recepimento della direttiva 2000/78 (“Occupazione”), così come modificato dal D.L. n. 59/2008, ha invece attribuito alle organizzazioni sindacali e alle organizzazioni rappresentative del diritto o dell’interesse leso, la legittimazione ad agire in nome o per conto o a sostegno del soggetto passivo della discriminazione, ma anche un potere di legittimazione diretta nei casi di discriminazione collettiva qualora non siano individuabili in modo diretto ed immediato le persone lese dalla discriminazione .

Tale sovrapposizione dei sistemi normativi è stata risolta dalla giurisprudenza secondo due linee interpretative contrapposte, la prima prevalente, la seconda minoritaria:

a) secondo la giurisprudenza largamente prevalente, che afferma la tesi della lettura congiunta o fusione dei due sistemi normativi, il sistema di tutela contro la discriminazione e i relativi strumenti di tutela giudiziari previsti con il d.lgs. n. 215/2003 di attuazione in Italia della direttiva europea n. 2000/43, incluse le norme sulla legittimazione ad agire delle associazioni nelle discriminazioni collettive, deve applicarsi anche alle discriminazioni fondate sulla nazionalità (cittadinanza), in ragione della clausola di salvaguardia delle disposizioni del T.U. immigrazione contenute nel d.lgs. medesimo: *“E’ fatto salvo il disposto dell’art. 43, commi 1 e 2 del T.U. delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero approvato con il d.lgs. n. 286/98”* (art. 2 c. 2 d.lgs. n. 215/2003). Tale orientamento afferma anche che una discriminazione direttamente fondata sulla cittadinanza a danno degli stranieri in quanto tali costituisce nel contempo una discriminazione indiretta fondata sull’elemento etnico-razziale perchè colpisce persone appartenenti a gruppi etnico-razziali alloctoni e diversi rispetto a quelli maggioritari che compongono il popolo italiano, sicché può essere fatta rientrare comunque nell’ambito applicativo della normativa di attuazione della direttiva europea n. 2000/43/CE.

Questa interpretazione è largamente maggioritaria nella giurisprudenza italiana, e perciò i ricorsi anti-discriminazione presentati dalle associazioni iscritte nel registro previsto dall’art. 5 del d.lgs. n. 215/2003,

attuativo della direttiva europea n. 2000/43/CE, sono stati ammessi anche con riferimento a discriminazioni fondate sulla nazionalità o cittadinanza (si veda ad es. da ultima : Tribunale di Brescia, ordinanza 13 giugno 2012 (ASGI e Fondazione Piccini c. Comune di Ghedi) ; Trib Brescia, ord. 26 gennaio 2009 dott. Onni in causa Hossain +ASGI c. Comune di Brescia (erogazione bonus bebè solo per cittadini italiani) confermata in sede di reclamo; Trib Brescia, ord 12 marzo 2009 dott. Alessio in causa Hossain +ASGI c. Comune di Brescia (revoca di delibera istitutiva di bonus bebè) confermata in sede di reclamo; Trib di Brescia, ord. 19 gennaio 2010, est. Sampaolesi, in causa ASGI+ FONDAZIONE PICCINI c Comune di Chiari (“premi all’eccellenza scolastica”), confermata in sede di reclamo da Trib di Brescia, ord 4 marzo 2010, ; Trib di Brescia, ord. 22 luglio 2010, est. Mancini in causa ASGI + altri c. Comune di Adro (bonus bebè e fondo affitti); Trib. di Brescia , ord. 9 aprile 2010, est. Massetti in causa ASGI C. Comune di Montichiari (requisiti di residenza diversi per i cittadini extracomunitari); Trib. di Brescia, ord. 31 marzo 2011 dott. Masetti ASGI c. Comune di Calcinato (requisiti di residenza diversi per i cittadini extracomunitari); Trib Bergamo, ord 27-28 novembre 2009, dott. Cassia in causa ANOLF +ASGI c. Comune di Brignano Gera d’Adda (erogazione prestazioni assistenziali ,prestazioni dentistiche, bonus bebè); Trib. Bergamo, ord. 17 maggio 2010, est. Cassia in causa ANOLF + ASGI c. Comune di Palazzago (erogazione bonus bebè); Trib. Bergamo, ord 8 luglio 2010, est. Finazzi in causa ASGI + altri c. Comune di Villa d’Ogna (sussidio disoccupazione); Trib. Bergamo, ord 15 luglio 2010, est. Bertoncini in causa ANOLF +ASGI c. Comune di Alzano Lombardo (accesso agevolato alla casa per le giovani coppie); Trib Milano ord. 1 agosto 2009, est. Gattari in causa ASGI +APN c. Provincia di Sondrio (alloggi per studenti universitari); Trib Milano ord 9 febbraio 2010, pres Vanoni est. Dorigo in causa ASGI +APN c. Provincia di Sondrio (reclamo della precedente); Trb. Milano, ord 26 luglio 2010, est. Sala in causa FARSI PROSSIMO + altri c. Comune di Tradate (bonus bebè); Trib.Milano, ord. 29.10.10, pres. est. Ravazzoni (reclamo della precedente); Trib. Milano, ord. 30 luglio 2010, est. Bianchini in causa Delgado +ASGI c. Comune di Milano (sussidio anziani); Trib Milano, ord. 17 agosto 2010, est. Casella in causa Ntamasambiro + ASGI c. Presidenza del Consiglio dei Ministri + BVI (erogazione buoni vacanza); Trib. Lodi, ord. 13 ottobre 2010 est. Salmeri, Idrissou e ASGI c. FGCI (tesseramento di cittadino straniero); Trib.Udine 17 novembre 2010 est. Calienno, Paun c. Comune di Majano (prestazioni assistenziali) confermata in sede di reclamo; Trib. Udine 30 giugno 2010, est. Chiarelli, Bozesan e ASGI c. Comune di Latisana (prestazioni assistenziali), confermata in sede di reclamo.

b) secondo una linea interpretativa largamente minoritaria, i due sistemi normativi, pur sovrapponendosi, non si fondono e debbono rimanere distinti, sicché la legittimazione diretta ad agire delle organizzazioni nei casi di discriminazioni collettive degli stranieri fondate sulla nazionalità o cittadinanza sarebbe limitata alle sole organizzazioni sindacali, esclusivamente in relazione alle discriminazioni nell’ambito lavorativo, così come previsto dall’art. 44 c. 10 del T.U. imm., mentre le associazioni iscritte nell’apposito registro di cui all’art. 5 del d.lgs. n. 215/2003 potrebbero esercitarla esclusivamente nell’ambito delle discriminazioni collettive fondate sull’elemento strettamente etnico-razziale (in tale senso ad es. Tribunale di Reggio Emilia, sez. lavoro, ordinanza 16 luglio 2012 (O.N. c. INPS, Comune di

Fabbrico e Unione dei Comuni della Pianura Reggina) e Tribunale di Roma, ordinanza 14 dicembre 2012 (XX e ASGI c. MIUR).

Sull'interpretazione delle condizioni per esercitare la legittimazione ad agire nelle cause collettive anti-discriminatorie, cioè della clausola per cui le persone lese dalla discriminazione non possano essere individuabili in maniera diretta ed immediata, la giurisprudenza si è espressa costantemente nel considerarla soddisfatta in presenza dell' impossibilità di una esatta, concreta ed immediata individuazione delle possibili persone offese, le quali, pur astrattamente determinabili in relazione alla luce del contenuto della condotta discriminatoria, potrebbero difficilmente o non agevolmente essere rintracciabili nella loro totalità, ovvero potrebbero comunque variare, in numero ed identità, ad es. quando la lamentata discriminazione non ha carattere istantaneo, ma è destinata a produrre effetti nel tempo (si veda ad es. rispettivamente Tribunale di Milano, ordinanza 02 maggio 2011, pag. 4; Tribunale di Brescia, ordinanza 07 febbraio 2011, pag. 3).

## ***6.2. L'atipicità dei poteri dispositivi del giudice e il risarcimento del danno a seguito dell'accoglimento dell'azione giudiziaria anti-discriminazione.***

Nel caso in cui il giudice accerti il carattere discriminatorio del comportamento, atto o condotta, con l'ordinanza che definisce il giudizio, potrà ordinare - tanto nei confronti del soggetto privato quanto della Pubblica Amministrazione- la cessazione dei medesimi e ogni provvedimento idoneo alla **rimozione degli effetti della discriminazione**, e ad impedire la ripetizione della discriminazione. Il giudice può ordinare di adottare entro un termine fissato, un piano di rimozione delle discriminazioni accertate e qualora tali discriminazioni abbiano carattere collettivo, il piano sarà adottato sentito l'ente collettivo ricorrente (art. 28 c. 5 d.lgs. n. 150/2011).

Alla luce anche degli esempi forniti dalla giurisprudenza in questi anni, le soluzioni che il giudice può adottare con la finalità di assicurare piena effettività al rimedio discriminatorio sono molto ampie e diversificate, e possono innanzitutto consistere nell'ordine rivolto ad un soggetto privato o alla pubblica amministrazione di ripristinare o riconoscere il diritto o l'interesse che si sono riconosciuti come lesi o negati in modo discriminatorio (ad es. è questo il caso del Tribunale di Varese, che ha ordinato alla Federazione Italiana Gioco Calcio di tesserare il ricorrente, cittadino bosniaco, che era stato escluso dall'esercizio dell'attività professionistica per l'esclusione di atleti extracomunitari dalla possibilità di partecipare al campionato di serie B in base al regolamento federale – Trib. Varese, ordinanza dd. 2 dicembre 2010 ; o del Tribunale di Bologna che ha imposto all'Università Bocconi di Milano, oltre alla cessazione della condotta pregiudizievole, ovvero la revoca dell'imposizione di una retta più elevata per i cittadini extracomunitari, anche l'accettazione dell'iscrizione della studentessa ricorrente al secondo anno di corso di studio, previo riconoscimento degli esami nel frattempo sostenuti presso altra Università – Tribunale di Bologna, ord. 23 dicembre 2006); alla disapplicazione dell'atto amministrativo illecito con l'accesso del ricorrente alla prestazione sociale che gli era stata negata (ad es. Tribunale di Udine, ord. 30 giugno 2010); ovvero l'ordine di far accedere alla procedura concorsuale o di selezione di personale il cittadino straniero che ne era

stato escluso (si pensi alle pronunce in tema di accesso al pubblico impiego con l'ordine del giudice alla disapplicazione del requisito di cittadinanza italiana o comunitaria e, congiuntamente, di riapertura dei termini di ammissione alla partecipazione al concorso per consentire anche ai candidati di cittadinanza extracomunitaria di prendervi parte: ad. es. Tribunale di Milano, ordinanza 21 aprile 2011; ma anche alle ordinanze del Tribunale di Milano 12 agosto 2012 e di Genova dd. 16 agosto 2011 sul carattere discriminatorio dell'esclusione dei cittadini di nazionalità extracomunitaria dalle procedure di selezione per i ruoli di rilevatori per il censimento della popolazione, con conseguente ordine di pubblicazione di un nuovo avviso che consenta la presentazione delle domande anche da parte dei cittadini di Paesi terzi non membri UE). In astratto, si potrebbe anche ipotizzare una pronuncia costitutiva che produca gli effetti del contratto, dotato dei suoi presupposti sostanziali, ma non stipulato per motivi discriminatori, ma a condizione che il bene sia ancora materialmente disponibile e che sia stato già determinato tra le parti con sufficiente specificazione il contenuto del contratto.

Così, non vi può essere dunque una pronuncia giudiziale che produca gli effetti del contratto o di condanna a concludere il contratto, nell'ipotesi di un'agenzia immobiliare che si rifiuti di affittare un appartamento ad una cittadina extracomunitaria dopo che l'agenzia si era rifiutata di avviare ogni trattativa motivando il suo rifiuto con l'intenzione di «non affittare ad extracomunitari». In tale ipotesi, infatti, proprio il rifiuto aprioristico opposto per ragioni discriminatorie dall'agenzia impedisce l'identificazione del contenuto del contratto, ovvero, in altri termini, viene a mancare la fonte per determinare gli effetti dell'eventuale contratto. Di conseguenza, il giudice non potrà che limitarsi ad accertare la discriminazione vietata, ordinarne la cessazione e liquidare il danno non patrimoniale. Per un caso di giurisprudenza al riguardo, si veda Tribunale di Milano, ord. 30 marzo 2000. La logica del «diritto antidiscriminatorio» quale tutela del «diritto alle «opportunità» piuttosto che come diritto ai beni sostanziali» appare confermata dall'ordinanza del Tribunale di Monza (ord. 27 marzo 2003) relativa ad una clausola dello statuto di cooperativa edilizia che escludeva i cittadini extracomunitari dalla possibilità di associazione: in tale caso, il Tribunale ha riformato la pronuncia del primo giudice sostituendo l'ordine di accogliere la domanda di ammissione con l'ordine di esaminarla, concedendo quindi alla cooperativa di considerare gli ulteriori requisiti necessari all'ingresso in cooperativa. Sull'atteggiamento «recalcitrante» dei giudici ad applicare la costituzione autoritativa di un rapporto contrattuale quale rimedio alla discriminazione, si veda anche: Tribunale di Varese, decreto 2 luglio 2008, ove il giudice pur riconoscendo il carattere discriminatorio per ragioni di razza/nazionalità del comportamento di un'impresa che, in sede di passaggio di appalto, ha riassunto i soli dipendenti italiani escludendo gli extracomunitari, ha disposto quale rimedio il mero risarcimento del danno in via equitativa.

La formulazione letterale della direttiva n. 2000/43 sembra confermare la possibilità che la tutela antidiscriminatoria possa essere utilizzata anche dopo la cessazione del comportamento discriminatorio ovvero anche quando la discriminazione si fosse già esaurita, determinando un fatto compiuto (*fait accompli*) ( Art. 7 c. 1: «*Gli Stati membri provvedono affinché tutte le persone che si ritengono lese, in seguito alla mancata applicazione nei loro confronti del principio di parità di trattamento, possano accedere, anche dopo la cessazione del rapporto che si lamenta affetto da discriminazione, a procedure giurisdizionali e/o*

*amministrative, compreso, ove lo ritengono opportuno, le procedure di conciliazione finalizzate al rispetto degli obblighi derivanti dalla presente direttiva*”). In tal caso, il principio dell’effettività della tutela e la rimozione degli effetti della discriminazione potranno comunque essere soddisfatti mediante il risarcimento del danno subito (anche come danno ‘da perdita di chances’) in luogo della non più fattibile reintegrazione del ricorrente nella posizione iniziale in cui si sarebbe trovato se la discriminazione non fosse stata operata. In tal senso ad es. l’ordinanza del Tribunale di Trieste 5 agosto 2011 n. 479/2011, con la quale il giudice accertando l’ illegittimità del criterio di anzianità di residenza previsto dalla normativa regionale per l’accesso al fondo di sostegno alle locazioni in quanto fonte di discriminazione indiretta a danno dei ricorrenti, cittadini di altri Stati membri dell’UE, ha concluso che il Comune di Trieste era tenuto, ai sensi dell’art. 44 c. 7 del d.lgs. n. 286/98 e dell’art. 4 c. 4 del d.lgs n. 215/03, a risarcire ai ricorrenti il danno patrimoniale subito, versando loro le somme di cui avrebbero beneficiato se non fossero stati ingiustamente esclusi dalla graduatoria, venuta ormai a definizione e pubblicazione nel corso del procedimento, mentre alla Regione Friuli Venezia Giulia veniva ordinato di trasferire i rispettivi fondi al Comune di Trieste per far fronte al maggiore fabbisogno abitativo registrato a seguito del procedimento giudiziario. Con l’ordinanza del Tribunale di Bologna 8 marzo 2011, il giudice, accertando l’illegittimità del provvedimento di esclusione delle ricorrenti dalla graduatoria di cui al concorso per l’assunzione a tempo determinato, condannava le amministrazioni al pagamento a favore delle ricorrenti del risarcimento del danno quantificato nelle mensilità spettanti.

Infine, si segnala un importante filone di giurisprudenza, secondo il quale permane l’interesse legittimo della parte ricorrente all’accertamento della discriminazione, anche se nel corso del procedimento giudiziario la parte convenuta ha fatto cessare la discriminazione operata mediante un provvedimento assunto in autotutela. La cessazione della materia del contendere, pertanto, sarà accompagnata dall’accertamento del carattere discriminatorio del provvedimento o comportamento, finalizzata sia all’affermazione del diritto fondamentale all’uguaglianza sia alla decisione sulla parte processuale cui imputare i costi del procedimento secondo il principio della c.d. ‘soccombenza virtuale’ (ad es. Tribunale di Milano, ordinanza 19 novembre 2012; Tribunale di Brescia, ordinanza 24 febbraio 2012; Tribunale Bergamo, ordinanza 28 novembre 2009; Tribunale di Bergamo, ordinanza 15 marzo 2011; Tribunale di Milano, ordinanza dd. 21 aprile 2011).

La direttiva europea contro le discriminazioni etnico-razziali prevede un regime sanzionatorio fondato sui principi di effettività, proporzionalità e dissuasività: “*Le sanzioni che possono prevedere un risarcimento dei danni devono essere effettive, proporzionate e dissuasive*” (art. 15 c. 1). L’art. 28 c. 5 del d.lgs. n. 150/2011 prevede che il giudice, accertando la discriminazione, possa condannare il convenuto al risarcimento del danno, anche non patrimoniale.

La portata “dissuasiva” della sanzione raccomandata dalle direttive comunitarie potrebbe trovare attuazione innanzitutto nell’effettività del risarcimento del danno morale, mediante la scelta dei giudici di sistemi di liquidazione non meramente simbolici, ma modulati sulla gravità della discriminazione subita, sulla durata del comportamento discriminatorio, sulla sua diversa esposizione pubblica e sociale, con conseguente

variazione del grado del *vulnus* arrecato alla dignità della persona lesa. Ciò presupporrebbe il riconoscimento che la discriminazione fondata su di un pregiudizio connesso alla razza, alla religione, all'origine etnica e nazionale, con conseguente impossibilità o difficoltà di accesso a beni e servizi, reca di per sé un grave e odioso pregiudizio alla dignità umana, di per sé meritevole di risarcimento anche in relazione alla lesione del diritto fondamentale all'uguaglianza tutelato costituzionalmente. Secondo un diverso punto di vista, tale riconoscimento presupporrebbe, però, l'adesione ad un modello sanzionatorio punitivo, tipico del diritto anglosassone, ma che sarebbe estraneo al nostro ordinamento, secondo quanto indicato nella giurisprudenza di legittimità, secondo la quale *“l'attribuzione ...di una somma di denaro in considerazione del mero accertamento della lesione, finirebbe con il configurarsi come una somma-castigo, come una sanzione civile punitiva, inflitta sulla base del solo inadempimento, ma questo istituto non ha vigenza nel nostro ordinamento”*( Corte di Cassazione, Sez. Unite, sent. 24 marzo 2006, n. 6572).

I decreti di recepimento delle direttive europee prima e l'art. 28 c. 6 del d.lgs. n. 150/2011 poi, prevedono che il giudice, nella liquidazione del danno, debba tenere conto della natura ritorsiva del comportamento discriminatorio rispetto ad una precedente azione del soggetto volta ad ottenere il rispetto del principio di parità di trattamento, prevedendosi quindi un risarcimento connotato al danno-evento (*l'atto di discriminare per ritorsione*) prescindendo dal danno-conseguenza.

Tale norma attua l'obbligo, contenuto nella disciplina comunitaria, della protezione dalle vittime della discriminazione dalla vittimizzazione, cioè da conseguenze o trattamenti sfavorevoli che costituiscano reazioni ad un reclamo o ad un'azione volta ad ottenere il rispetto del principio di parità di trattamento ( Art. 9 della Direttiva europea n. 2000/43; Art. 11 della Direttiva Europea n. 2000/78).

Per un caso di giurisprudenza sulla natura ritorsiva della delibera di un'amministrazione comunale che, in risposta a precedente ordinanza del giudice di accertamento del carattere discriminatorio di un beneficio sociale disposto a favore dei soli nuovi nati di cittadinanza italiana, con conseguente ordine di estenderlo anche alle famiglie di cittadinanza straniera, ne disponeva la revoca o azzeramento per tutti, si veda Tribunale di Brescia, ordinanza 12 marzo 2009, confermata in sede di reclamo da Tribunale di Brescia, ordinanza 27 maggio 2009. Peraltro, l'ordinanza non si esprime sulla domanda di risarcimento del danno da ritorsione discriminatoria, rinviando la valutazione alla fase del merito, ritenendo che la natura meramente cautelare del procedimento sia incompatibile con la domanda risarcitoria. Tale argomento ha perso ogni rilevanza dopo la trasformazione del rito procedimentale dell'azione giudiziaria anti-discriminazione con il d.lgs. n. 150/2011 ed il passaggio dal procedimento cautelare a quello « sommario di cognizione ».

La citata affermazione della Cassazione, secondo la quale *“la sanzione civile punitiva ... non ha vigenza nel nostro ordinamento”* verrebbe quindi smentita dalla predetta innovazione, il che indurrebbe a ritenere che anche nei casi di discriminazione non ritorsiva, il risarcimento possa assumere un carattere punitivo, senza compromettere i principi generali dell'ordinamento italiano.

Al riguardo si segnala un'emergente giurisprudenza che ha riconosciuto il principio del risarcimento del danno non patrimoniale da lesione del diritto fondamentale a non subire discriminazione .

Il caso più recente è la sentenza del Tribunale di Varese, sezione distaccata di Luino ( 23-27 aprile 2012 n. 31 est. G.Buffone), che ha disposto il risarcimento del danno non patrimoniale patito dalla vittima di una aggressione per motivi razziali.

A conclusione della causa civile promossa dalla vittima dell'aggressione successivamente alla condanna penale dell'aggressore a seguito di patteggiamento, il giudice di Varese ha dunque disposto il risarcimento non solo del danno biologico e morale (personalizzato) patito dall'uomo, ma anche del danno non patrimoniale da lesione del diritto a non subire discriminazioni. Il giudice di Varese ha infatti ritenuto che, *“nel caso di specie, effettivamente, accanto ad una lesione del benessere psico-fisico del danneggiato, l'atto di violenza ha pure violato, in modo gravemente offensivo e serio, un altro bene giuridico a protezione costituzionale, ovvero quello all'identità culturale e personale, quale risvolto applicativo del diritto a non subire discriminazioni e trattamenti offensivi fondati su ragioni di tipo razziale”* . Il giudice ha altresì precisato che *“il subire una gravissima violenza fisica, per il solo fatto di essere senegalese, ha causato [nella vittima] una lesione al diritto a non essere discriminato nel territorio italiano, in ragione della provenienza geografica”*. Pertanto, secondo il giudice di Varese, *“il diritto a non subire discriminazioni costituisce un diritto che, se leso, consente autonomo risarcimento non patrimoniale (2059 c.c.) poiché interesse tipizzato già in via legislativa (v. Trib. Milano, 23 settembre 2009 in Corriere del Merito, 2010, 1, 19) ed a protezione costituzionale”*. Il giudice afferma come tale orientamento trovi sostegno nella giurisprudenza di Cassazione. Le stesse Sezioni Unite del giudice di legittimità (Cass. civ., Sez. Unite, 11 novembre 2008 , n. 26972) hanno chiarito come *“la violazione delle norme che vietano la discriminazione razziale costituisce una delle fattispecie in cui la legge espressamente consente il ristoro del danno non patrimoniale anche al di fuori di una ipotesi di reato”*, per cui il giudice conclude che *“in tal caso la vittima avrà diritto al risarcimento del danno non patrimoniale scaturente dalla lesione dei soli interessi della persona che il legislatore ha inteso tutelare attraverso la norma attributiva del diritto al risarcimento”*.

Precedentemente, il risarcimento del danno non patrimoniale da discriminazione era stato riconosciuto dal Tribunale di Brescia. Con ordinanza depositata il 31 gennaio 2012, il giudice di Brescia ha ritenuto che l'esposizione pubblica sulla vetrina della sezione cittadina della Lega Nord di Adro (prov. di Brescia) di un manifesto dai contenuti e toni offensivi nei confronti della segretaria locale della CGIL, impegnata a contrastare le iniziative discriminatorie del movimento leghista locale a danno degli immigrati stranieri, ha costituito una molestia razziale, proibita dalla direttiva europea n. 2000/43/CE, recepita in Italia con il d.lgs. n. 215/2003. Con l'ordinanza, il giudice di Brescia ha disposto anche la condanna al risarcimento del danno non solo a favore dell'attivista della CGIL, ma anche a favore delle associazioni ricorrenti che sono state ritenute esse stesse danneggiate dall'utilizzo di espressioni lesive della dignità di tutti gli immigrati.

Inoltre, con l'ordinanza nel procedimento n. 16945/2011, depositata il 22 marzo 2012, il giudice del Tribunale di Milano ha dichiarato il carattere discriminatorio della condotta tenuta da EXTRABANCA s.p.a.,

in relazione ai comportamenti assunti dal suo presidente ed altri dirigenti nei confronti di un loro dipendente subordinato e che sono stati riconosciuti dal giudice quale forme di molestia a sfondo etnico-razziale proibita dal d.lgs. n. 215/2003 attuativo della direttiva europea sul contrasto alle discriminazioni etnico-razziali (direttiva n. 2000/43). Anche in questo caso, il giudice ha disposto il diritto della vittima del comportamento discriminatorio al risarcimento del danno non patrimoniale da discriminazione, ovvero risultante dall'oggettiva violazione del diritto fondamentale alla tutela della propria dignità, fissato in via equitativa nella somma di 5,000 euro.

Per quanto riguarda, il risarcimento del danno da lesione del diritto a non essere discriminati, in relazione a fattori diversi dall'elemento etnico-razziale, va ricordata la sentenza n. 4929 dd. 8 marzo 2012, con la quale il Tribunale di Roma, sec. Sez. civile, ha accolto il ricorso anti-discriminazione presentato da un disabile unitamente all'Associazione Luca Coscioni contro il Comune di Roma per la mancata rimozione delle barriere architettoniche dai marciapiedi in corrispondenza delle fermate dell'autobus utilizzate dal disabile. Il Tribunale di Roma ha riconosciuto in favore del ricorrente il diritto al risarcimento del danno non patrimoniale, quale risultante dall'oggettiva violazione del diritto fondamentale alla libertà di circolazione, e fissato in via equitativa nella somma di 5,000 euro.

Circa il divieto di discriminazioni fondate sul fattore religioso, si segnala l'ordinanza del Tribunale di Padova 30 luglio 2010 – proc. n. 1667/2010, in composizione collegiale, con la quale è stato accolto il ricorso presentato dai genitori di un'alunna di Istituto scolastico di Padova che lamentavano la discriminazione subita dalla figlia a causa della mancata attivazione di attività didattiche formative alternative all'insegnamento della religione cattolica. Secondo il Tribunale di Padova, nella categoria contemplata dall'art. 2059 c.c. relativamente al danno non patrimoniale, debbono essere ricompresi tutti i danni derivanti da lesioni di valori inerenti alla persona: e dunque sia il danno morale soggettivo, inteso come transeunte turbamento dello stato d'animo della vittima; sia il danno biologico in senso stretto inteso come lesione dell'interesse costituzionalmente garantito all'integrità psichica e fisica della persona, conseguente ad un accertamento medico; sia infine il danno derivante dalla lesione di altri interessi di rango costituzionale inerenti alla persona ( quello che in dottrina viene spesso definito danno esistenziale). Rifacendosi alla più recente giurisprudenza costituzionale e di cassazione (n. 4712/08), in sostanza, "il danno non patrimoniale [richiamato all'art. 2059 c.c.], si identifica con il danno determinato dalla lesione di interessi inerenti la persona non connotati da rilevanza economica" per cui "la lesione del valore costituzionale della persona rende applicabile la presunzione di un danno che si riverbera sulla persona offesa". Nel caso in specie, due erano i valori costituzionali della persona offesi dal comportamento discriminatorio dell'istituto scolastico che non aveva garantito l'attivazione dell'insegnamento alternativo a quello della religione cattolica: la libertà religiosa e la libertà d'istruzione .

L'ordinanza del Tribunale di Bologna 17 ottobre 2000 pare ugualmente accostarsi ad un principio di risarcimento "insito" nella discriminazione, affermando che : «è vero che, per sanzionare la condotta



discriminatoria è sufficiente (stante la difficoltà della prova del danno) che la stessa sia potenzialmente in grado di distruggere o compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio in condizioni di parità dei diritti umani...ma è altrettanto vero che la misura del risarcimento non potrà non risentire della dimostrazione o meno dell'effettivo verificarsi in concreto della prova del danno». In altri termini, «la dimostrazione o meno dell'effettivo verificarsi in concreto del danno» può incidere soltanto sull'ammontare del risarcimento, ma non sul fondamento e sulla legittimità del medesimo, che sarebbero insiti nell'avvenuta discriminazione.

Altre decisioni giurisprudenziali hanno disposto il risarcimento del danno non patrimoniale, senza peraltro, motivare sull'argomento. Così, con due ordinanze del Tribunale di Milano, in ordine a provvedimenti discriminatori della pubblica amministrazione, la prima in relazione al regolamento del comune di Milano per gli alloggi di edilizia residenziale pubblica, la seconda nei confronti della delibera di Giunta sull'esclusione degli stranieri dalla gratuità del trasporto pubblico per gli invalidi civili, il giudice, rigettate per carenza di prova le domande di risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale formulate dalle associazioni intervenute *ad adiuvandum* nel giudizio, ha provveduto a liquidare, in favore delle vittime dirette della discriminazione, il danno non patrimoniale (e nel primo caso anche quello patrimoniale per l'indebito ritardo nella possibilità di trovare alloggio e la conseguente maggiore spesa sopportata per trovare un altro alloggio) nella medesima misura di euro 2,500 per ciascun ricorrente. Altre pronunce che si possono citare al riguardo sono: Tribunale di Milano, ordinanza 22 luglio 2008, che ha riconosciuto 250 euro a titolo di danno non patrimoniale da discriminazione in relazione ad un'ordinanza di divieto di iscrizione alla scuola materna per i figli di extracomunitari privi di permesso di soggiorno; Trib. di Milano 30 marzo 2000, cit. che ha liquidato equitativamente un milione di vecchie lire a carico di un'agenzia immobiliare che si rifiutava di offrire alloggi in locazione a extracomunitari; Trib. Bologna 22 febbraio 2001, cit., che ha liquidato – a titolo di “danno morale” e attesa la mancanza di prova su ulteriori danni – lire 10 milioni di vecchie lire a carico di una società immobiliare che discriminava gli stranieri nell'intermediazione nel mercato della locazione. Infine Trib. Padova 06 ottobre 2005 nella causa *Stemax srl e altri c. Familuk e altri*, cit., ha condannato il gestore di un bar a pagare la cifra simbolica di euro 100 per ogni ricorrente a fronte dell'accertamento di un comportamento discriminatorio a danno dei clienti di nazionalità straniera cui venivano applicati prezzi maggiorati sulle prestazioni.

### 6.2.1. Le sanzioni accessorie

In ottemperanza ai principi di proporzionalità e di dissuasività della sanzione giudiziaria in caso di accertata discriminazione, la legislazione italiana prevede alcune misure sanzionatorie accessorie che il giudice può disporre:

a) l'ordine per la pubblicazione del provvedimento, per una sola volta e a spese del convenuto, su un quotidiano di tiratura nazionale (art. 28 c. 7 d.lgs. n. 150/2011) (per le applicazioni giurisprudenziali si veda ad es. Tribunale di Udine, ordinanza 17 novembre 2010, confermata in sede di reclamo con ordinanza

Tribunale di Udine 07 marzo 2011; Tribunale di Milano, ordinanza 28 maggio 2012; Tribunale di Brescia, ordinanza dd. 29 novembre 2010, confermata in sede di reclamo con ordinanza Tribunale di Brescia 7 febbraio 2011; Tribunale di Bergamo, ordinanza 28 novembre 2009);

b) la comunicazione alle amministrazioni pubbliche o agli enti pubblici che abbiano concesso benefici o abbiano stipulato contratti di appalto attinenti all'esecuzione di opere pubbliche, di servizi o di forniture con imprese per le quali si sia accertato il compimento di atti o comportamenti discriminatori, con conseguente facoltà per tali amministrazioni o enti di revocare il beneficio e disporre, nei casi più gravi, l'esclusione del responsabile per due anni da qualsiasi concessione di agevolazioni finanziarie o creditizie, ovvero da qualsiasi appalto (art. 44 c. 11 d.lgs. n. 286/98, richiamato anche dall'art. 4 c. 1 d. lgs. n. 215/03, e dall'art. 4 c. 2 d.lgs. n. 216/03 e confermato dall'art. 28 c. 7 d.lgs. n. 150/2011). Allo stato attuale non risultano applicazioni giurisprudenziali di tale norma.

L'elusione dei provvedimenti decisi dal giudice nell'ambito delle controversie in materia di discriminazione, diversi dalla condanna al risarcimento del danno, è punita ai sensi dell'art. 388, primo comma, del codice penale (art. 44, comma 8 d.lgs. n. 286/98 così come modificato dall'art. 32 punto c) d.lgs. n. 150/2011).

## **7. Una rassegna della principale casistica giurisprudenziale.**

Dall'entrata in vigore delle norme antidiscriminatorie del T.U. immigrazione, la casistica giurisprudenziale annovera numerose pronunce di accoglimento dell'azione giudiziaria anti-discriminatoria, con riferimento a diversi ambiti sostanziali e a profili discriminatori tanto nel settore pubblico che privato.

Una sintetica rassegna della casistica giurisprudenziale farà riferimento a tre ambiti di applicazione: a) cittadinanza e lavoro pubblico; b) discriminazioni nell'ambito dell'accesso all'alloggio; c) discriminazioni nell'accesso ad altri beni e servizi offerti al pubblico.

### **7.1. Cittadinanza e lavoro pubblico.**

Uno dei banchi di prova più rilevanti per il diritto anti-discriminatorio e l'azione giudiziaria anti-discriminatoria è stato sicuramente quello dell'accesso degli stranieri al pubblico impiego.

Mentre la giurisprudenza di merito è orientata in larga prevalenza favorevolmente all'accesso degli stranieri di Paesi terzi non membri dell'Unione europea al pubblico impiego con gli stessi limiti previsti per i cittadini comunitari, ovvero con l'eccezione degli incarichi che implicino l'esercizio diretto o indiretto di pubblici poteri ovvero che attengano alla tutela dell'interesse nazionale, le P.A. mantengono l'orientamento contrario, anche avvalendosi del parere a suo tempo emanato dalla Presidenza del Consiglio - Dipartimento della Funzione Pubblica - Ufficio per il personale delle pubbliche amministrazioni (n. 96 del 28/9/2004) e dell'unica pronuncia, di segno contrario, della Cassazione (n. 24170 del 13 novembre 2006).

La tesi contraria all'accesso degli stranieri extracomunitari ai rapporti di Pubblico Impiego afferma che la clausola di esclusione fondata sulla cittadinanza di cui al d.P.R. n. 487/94 sarebbe stata legificata per effetto dell'art. 70 d. lgs. n. 165/01, che a sua volta godrebbe di protezione costituzionale per effetto dell'art. 51

Cost., rispondendo ad una finalità di garanzia dei fini pubblici del rapporto di pubblico impiego. L'orientamento favorevole afferma che l'art. 2 c. 3 del T.U. immigrazione avrebbe implicitamente abrogato l'assetto normativo preesistente, così come decisivo appare il riferimento alla Convenzione OIL n. 143/75 ed al principio di parità di trattamento dei lavoratori migranti nell'accesso all'occupazione, con le uniche eccezioni di quegli impieghi e funzioni le cui restrizioni siano necessarie nell'interesse dello Stato. Tale espressione è stata utilizzata dal legislatore italiano per individuare i posti nel pubblico impiego preclusi anche ai cittadini comunitari e quindi non sarebbe consentito differenziare tale nozione di interesse nazionale a seconda della cittadinanza del soggetto cui si riferisce. Alla luce delle sentenze della Corte Cost. n. 348 e 349/2007, e per effetto dell'art. 117 c. 1 Cost., il diritto internazionale pattizio, di cui la Convenzione OIL fa parte, costituisce un parametro interposto di costituzionalità delle norme nazionali - che, ove non conformi alle norme pattizie, vanno quindi rinviate al giudizio di legittimità costituzionale- ovvero un criterio di riferimento per un'interpretazione costituzionalmente orientata. Inoltre, l'art. 51 della Cost. non potrebbe essere interpretato al fine di escludere i cittadini extracomunitari dal Pubblico Impiego, ma come clausola di garanzia dell'imparzialità nelle procedure di accesso ai rapporti di pubblico impiego, tanto che specifiche deroghe sono state già espressamente previste dalla legislazione per determinate categorie di non cittadini (quelli di altri Stati membri dell'Unione europea e i loro familiari, i rifugiati politici ex art. 25 c. 2 d.lgs. n. 251/2007).

Tra le innumerevoli decisioni della giurisprudenza favorevoli all'accesso dei cittadini extracomunitari ai rapporti di pubblico impiego si possono citare, tra le più recenti: Tribunale di Reggio Emilia, ordinanza 19.12.2012; Tribunale di Milano, ordinanza 19 novembre 2012; Tribunale di Siena, ordinanza 3 settembre 2012, Tribunale di Firenze, sentenza 27 gennaio 2012 ; Tribunale di Milano, ordinanza n. 12913/2011 dd. 05 ottobre 2011 ; Tribunale di Genova, ordinanza n. 1329/11 dd. 19 giugno 2011 ; Tribunale di Genova, ordinanza dd. 19 luglio 2011; Tribunale di Bologna, sentenza n. 528/2010 dd. 08.03.2011 ; Tribunale di Milano, ordinanza dd. 11.01.2010 ; Corte di Appello di Firenze, sentenza dd. 28.11.2008.

Si segnala che la Corte Costituzionale, con l'ordinanza n. 139 del 15 aprile 2011, ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 38 del d.lgs. n. 165/2001 sollevata dal giudice del Tribunale di Rimini in quanto il giudice *de quo* non avrebbe tentato una doverosa interpretazione costituzionalmente orientata della norma impugnata, e questo nonostante egli abbia chiaramente espresso il suo orientamento volto a ritenere che il testo della disposizione non precluda in sé l'accesso ai posti pubblici nella P.A., facendo pure presente come in altre occasioni il medesimo Tribunale di Rimini avesse già aderito ad un'interpretazione favorevole all'accesso degli stranieri alla funzione pubblica (ad es. Tribunale di Rimini, ord. 27 ottobre 2009, n. 705/2009).

Una rilevanza particolare deve essere attribuita all'art. 27, comma 1 TU immigrazione, che consente l'ingresso per lavoro subordinato "fuori quota" per "*infermieri professionali assunti presso strutture sanitarie pubbliche e private*". Dunque, se anche non si accolgono gli argomenti generali riferiti all'art. 2 c. 3 del d.lgs. n. 286/98 relativi all'avvenuto superamento del requisito della cittadinanza, tale requisito non

è richiesto per una specifica categoria, rispetto alla quale - sia per sanare la cd “emergenza infermieristica”, sia per la estraneità di tale figura a qualsiasi esercizio di pubbliche funzioni - il legislatore ha scelto di rimuovere espressamente il requisito. L’art. 40 c. 21 del D.P.R. n. 394/99 e successive modifiche, attuativo del richiamato art. 27 c. 1 lett. r) bis del D.lgs. n. 286/98 infatti stabilisce che “*le strutture sanitarie, sia pubbliche che private, sono legittimate all’assunzione degli infermieri, anche a tempo indeterminato,...*”. Perciò l’art. 27 c. 1 lett. r) bis consente agli infermieri extracomunitari in possesso del diploma riconosciuto dal Ministero della Salute una condizione di equiparazione a quelli di cittadinanza italiana ai fini anche dell’accesso agli impieghi pubblici. In tal senso : Trib. Biella 23 luglio 2010 (ord) est Pitropaolo, T. c. Azienda Sanitaria Locale Biella ; Trib. Milano 17 luglio 2009, (ord.) est. Lualdi, Montes c. Asl Provincia di Milano 1; Trib. Di Milano 01.08.08 Ao San Paolo c. Cgil Cisl Uil, Pres. Vitali, est. Mennuni; Trib.Perugia 6 dicembre 2006 est. Criscuolo, XX c. ASL Perugia; Trib.Imperia 12 settembre 2006 est. Favalli, AB c. ASL 1 Imperiese; Trib.Genova, 26.6.04 est. Mazza XXX c. Ospedale San Martino di Genova; Corte Appello Firenze, ord. 2 luglio 2002 n.281, XX c. Azienda Ospedaliera Pisana; TAR Liguria, 13 aprile 2001, pres. Balba, est. Sapone, RO c. Ente Ospedaliero; Tribunale di Rimini, ordinanza dd. 27 ottobre 2009, confermata dal Tribunale di sede collegiale con ordinanza 15 febbraio 2010; Tribunale di Milano, ordinanza 4 aprile 2011; Tribunale di Lodi, ordinanza 18 febbraio 2011; Tribunale di Milano, sez. lavoro, sent. n. 6287 dd. 20 dicembre 2011; Tribunale di Trieste, ordinanza dd. 1 luglio 2011, est. Multari, confermata in sede di reclamo con ordinanza Tribunale di Trieste dd. 22 luglio 2011; Tribunale di Trieste, decreto 17 marzo 2012; Tribunale di Perugia, ordinanza 08 giugno 2012 .

## **6.2. Discriminazioni nell’accesso all’alloggio .**

Diverse pronunce giurisprudenziali seguite ad azioni giudiziarie antidiscriminatorie promosse hanno riguardato comportamenti o atti discriminatori nell’ambito del settore pubblico: 1) il sistema di assegnazione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica; 2) i requisiti per usufruire dei benefici sociali volti a favorire l’accesso al mercato della locazione privata da parte dei meno abbienti.

Per quanto riguarda le prime pronunce, si segnala Tribunale di Milano, ordinanza 20 marzo 2002, con la quale si è accertata la natura discriminatoria di un bando del Comune di Milano contenente la previsione di un punteggio aggiuntivo ai fini della graduatoria *esclusivamente* in ragione della cittadinanza italiana dei richiedenti; Tribunale di Brescia, ordinanza 11 gennaio 2011, con la quale il giudice ha ritenuto che la previsione di un requisito di cittadinanza italiana per l’assegnazione di alloggi di edilizia residenziale pubblica viene in contrasto con una pluralità di fonti di origine comunitaria e nazionale.

Per quanto riguarda le seconde, si segnalano le ordinanze di vari Tribunali nel FVG che hanno accertato il carattere discriminatorio ‘indiretto’ della legislazione regionale sul contributo al sostegno alle locazioni, nella parte in cui prevedeva un requisito di anzianità di residenza decennale in Italia. Sebbene applicabile a tutti, italiani e stranieri, il requisito costituiva una fonte di discriminazione ‘indiretta’ a danno degli stranieri in quanto più facile da soddisfare da parte dei cittadini italiani rispetto ai migranti provenienti da altri Stati

membri dell'Unione europea o da Stati terzi (Tribunale di Udine, ordinanza 17 novembre 2010, confermata in sede di reclamo con ordinanza 07 marzo 2011 ; Tribunale di Gorizia, ordinanza 30 giugno 2011; Tribunale di Trieste, ordinanza 05 agosto 2011 e ordinanza 24 novembre 2012). Si segnala anche Tribunale di Bolzano, ordinanza n. 666/2010 del 24 novembre 2010, con la quale il giudice ha disposto il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia europea della normativa della Prov. autonoma di Bolzano che nel ripartire il finanziamento per l'accesso alle locazioni, suddivide i fondi a seconda della nazionalità comunitaria o meno dei richiedenti e, per quanto concerne il primo gruppo, sulla base dei criteri della consistenza dei tre gruppi etnici autoctoni e del fabbisogno abitativo, con conseguente trattamento svantaggioso nei confronti dei cittadini di Paesi terzi lungo soggiornanti in contrasto con il principio di parità di trattamento in materia di prestazioni di assistenza sociale previsto dall'art. 11 della direttiva n. 109/2003/CE, così come poi sostanzialmente riconosciuto dalla sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea 24 aprile 2012 (causa C-571/10, *Kamberaj c- Istituto per l'Edilizia Sociale della Provincia autonoma di Bolzano/Provincia autonoma di Bolzano/Bozen*) (si veda sopra al capitolo 3.3.2).

Sempre in materia di accesso al bene sociale dell'abitazione, diverse ordinanze hanno accolto ricorsi anti-discriminazione contro provvedimenti di varia natura di Comuni ed enti locali aventi profili discriminatori. Così, il Tribunale di Brescia, con ordinanza 13 giugno 2012, ha riconosciuto il carattere discriminatorio di un Regolamento comunale che prevedeva l'assegnazione degli alloggi di proprietà municipale ad equo canone ai soli residenti in possesso della cittadinanza italiana; Il Tribunale di Bergamo, con ordinanza depositata il 15 luglio 2010, ha accertato, invece, la natura discriminatoria di un Regolamento comunale, con il quale erano state istituite delle agevolazioni per l'accesso alla prima casa nei centri storici da parte delle giovani coppie, riservandole ai soli cittadini italiani.

Il Tribunale civile di Vicenza, con l'ordinanza depositata il 31 maggio 2011, poi confermata in sede di reclamo da Tribunale di Vicenza, ordinanza. 12 gennaio 2012, ha accolto il ricorso/azione giudiziaria anti-discriminazione contro le delibere di un Comune con le quali erano stati rivisti i parametri utilizzati per il rilascio del certificato di idoneità abitativa ai cittadini stranieri e i medesimi parametri erano stati resi uniformi ai fini della presentazione delle istanze di ricongiungimento familiare, di rilascio del permesso di soggiorno CE per lungo soggiornanti e di stipula del "contratto di soggiorno" richiesto in sede di avvio di un'attività di lavoro subordinato. Pur riguardando una materia specificatamente rivolta ai cittadini stranieri, ove dunque mancava un elemento di comparazione diretto con il trattamento riservato ai cittadini italiani, il giudice civile di Vicenza ha riconosciuto ugualmente la natura discriminatoria delle deliberazioni in materia di requisiti per il rilascio dei certificati di idoneità abitativa in quanto suscettibili di realizzare una disparità di trattamento tra cittadini stranieri e italiani per quanto riguarda l'accesso all'abitazione, quale bene tutelato anche da norme di rango costituzionale. Secondo il giudice di Vicenza, infatti, "*è innegabile l'incidenza negativa per i cittadini stranieri derivante dall'applicazione concreta dei nuovi parametri dimensionali* [richiesti ai fini del rilascio del certificato di idoneità abitativa], *potendo presumibilmente usufruire di alloggi adeguati e conformi ai nuovi criteri un numero di stranieri sicuramente più ridotto*

*rispetto al passato*". Secondo il giudice di Vicenza, la discriminazione operata nei confronti dei cittadini stranieri è palese, anche in relazione alle evidenti finalità discriminatorie dell'atto amministrativo.

Alcune significative pronunce sono da segnalarsi infine in materia di diritto sociale all'abitazione e all'inclusione sociale degli appartenenti ai gruppi Rom e Sinti. Così, il Tribunale di Roma, con ordinanza cautelare depositata in data 8 agosto 2012, anche se poi riformata in sede di reclamo da Tribunale di Roma, ordinanza 13 settembre 2012, ha ritenuto *«verosimile il carattere discriminatorio delle attività di assegnazione degli alloggi presso il campo denominato Nuova Barbuta»* in quanto la realizzazione del nuovo "campo nomadi" esclude di fatto le comunità rom e sinte della capitale *«dalla possibilità di accesso a soluzioni abitative propriamente intese con l'effetto di determinarne, ovvero incentivarne, l'isolamento e la separazione dal restante contesto urbano e di comprometterne la pari dignità sociale»*. Ugualmente, il carattere discriminatorio si palese poiché all'interno delle azioni del Piano Nomadi di Roma la soluzione di un "campo nomadi" viene prospettata a un solo gruppo etnico che vive un particolare disagio abitativo *«non risulta parimenti predisposta o offerta ad individui presenti sul territorio del Comune di Roma non appartenenti a tali comunità»*.

Con ordinanza 20 dicembre 2010, poi confermata in sede di reclamo con ordinanza 24 gennaio 2011, il Tribunale di Milano ha dichiarato la natura discriminatoria del comportamento assunto dal Comune di Milano nel rifiutarsi di adempiere alla convenzione sottoscritta anche dal Prefetto in qualità di Commissario per "l'emergenza nomadi" relativa al piano di aiuti per l'inserimento abitativo di famiglie Rom che prevedeva l'assegnazione di 25 alloggi. L'ordinanza accertava il comportamento discriminatorio del Comune di Milano, constatando che l'opposizione all'attuazione del progetto di inserimento socio-abitativo delle famiglie assegnatarie derivava unicamente dall'appartenenza etnica Rom di quest'ultime, stante la mancata indicazione e prova di qualsivoglia ragione diversa. Perciò il comportamento del Comune di Milano costituiva una discriminazione su base etnico-razziale proibita dalla direttiva europea n. 2000/43 e dall'art. 43 del T.U. immigrazione.

Riguardo, invece, a comportamenti discriminatori messi in atto da privati nei confronti di stranieri nell'ambito dell'accesso all'abitazione si segnalano: Tribunale di Milano, ordinanza 3 marzo 2000, con la quale è stata accertata la natura discriminatoria del rifiuto da parte di una società di intermediazione immobiliare, interpellata circa la disponibilità di alloggi, di concludere contratti di locazione con cittadini extracomunitari, una volta venuta a conoscenza della loro nazionalità; e Tribunale di Bologna, ord. 22 febbraio 2001, con la quale il giudice ha riconosciuto come discriminatorio l'inserimento, all'interno di un sito internet per ricerca di alloggi, di un criterio di selezione dei soggetti locatari specificatamente riferito ai soli cittadini extracomunitari.

### **6.3. Discriminazioni nell'offerta di beni e servizi al pubblico.**

Scarse finora sono state le azioni giudiziarie antidiscriminazione promosse contro atti o comportamenti discriminatori messi in atto da privati nell'ambito dell'offerta al pubblico di beni e servizi, in ragione

probabilmente anche della scarso all'utilizzo dei 'test situazionali' quali strumento per la raccolta delle evidenze probatorie, per la scarsa conoscenza e le esigenti implicazioni organizzative che il loro utilizzo comporta.

In materia di servizi finanziari e assicurativi, si segnalano tre azioni giudiziarie anti-discriminazione promosse nei confronti di compagnie assicurative che applicavano tariffe maggiorate su base della nazionalità (cittadinanza) straniera dei contraenti nei contratti RCAuto, e che si sono concluse con soluzioni extragiudiziali conciliative, con le quali le compagnie si sono impegnate a garantire che la cittadinanza di appartenenza non sarà più tra i parametri utilizzati per definire il prezzo delle polizze assicurative (in proposito: [http://www.asgi.it/home\\_asgi.php?n=2057&l=it](http://www.asgi.it/home_asgi.php?n=2057&l=it); [http://www.asgi.it/home\\_asgi.php?n=1480&l=it](http://www.asgi.it/home_asgi.php?n=1480&l=it) e [http://www.asgi.it/home\\_asgi.php?n=2421&l=it](http://www.asgi.it/home_asgi.php?n=2421&l=it) ).

Nell'ambito dei servizi finanziari, Tribunale di Trento, decreto 04 luglio 2002, ha ritenuto discriminatoria la richiesta avanzata nei confronti di un cittadino extracomunitario e nell'ambito della formula di acquisto propagandata da una catena di negozi, di documentazione ulteriore rispetto a quella richiesta ai cittadini italiani. Tuttavia, in sede di reclamo, tale decisione è stata riformata, ravvisando il carattere discriminatorio non già nella non ammissione dei cittadini extracomunitari alla formula di finanziamento alle stesse condizioni dei cittadini italiani, bensì nella mancata informazione in merito alle diverse condizioni richieste (Tribunale di Trento, decreto 23 settembre 2002).

Infine, Tribunale di Padova, ordinanza 06 ottobre 2005 nella causa *Stemax srl e altri c. Familuk e altri*, cit., ha accertato il comportamento discriminatorio di un gestore di un bar a danno dei clienti di nazionalità straniera cui venivano applicati prezzi maggiorati sulle prestazioni (si veda sopra ai par. 4.4.1.1. e 6.2.).

***Testo aggiornato al dicembre 2012.***

