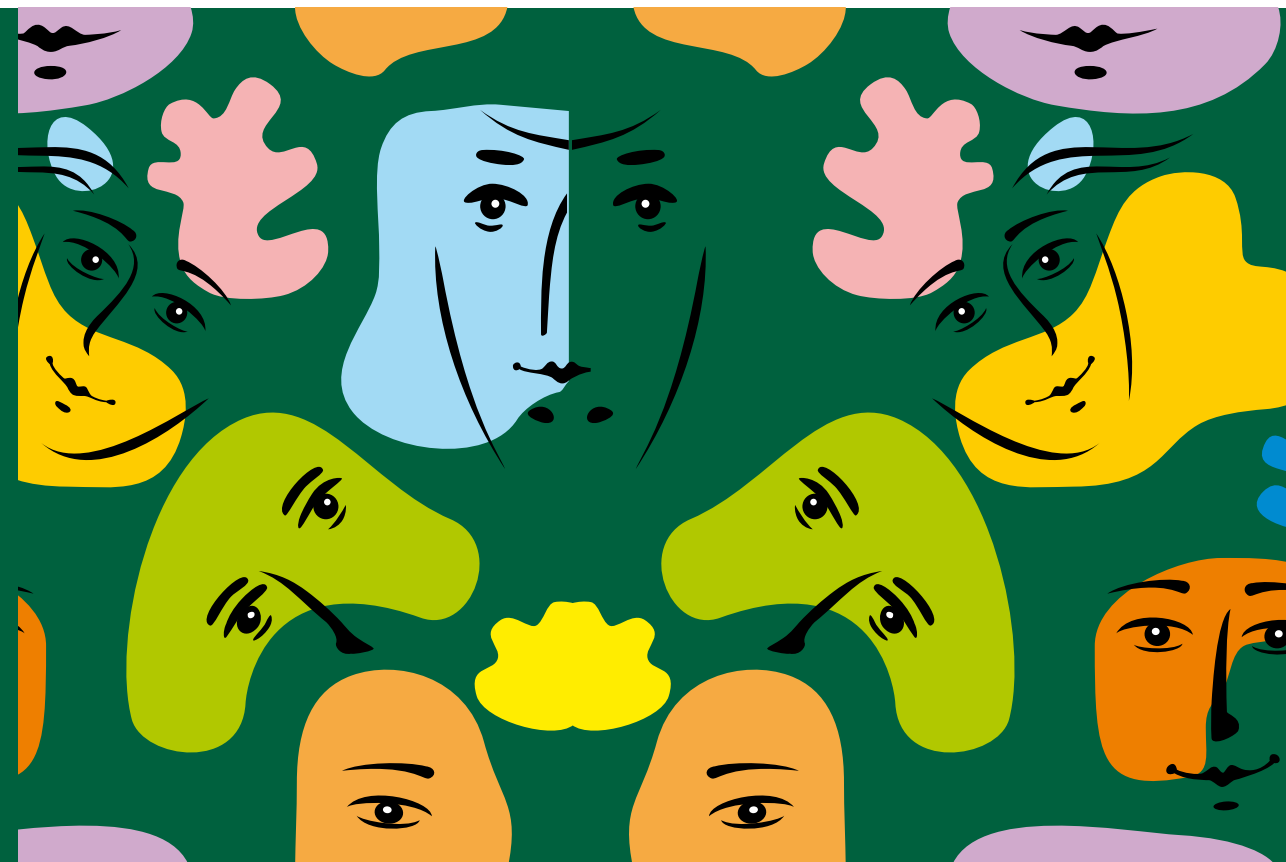




LA TUTELA CIVILE CONTRO LE DISCRIMINAZIONI ETNICO-RAZZIALI E RELIGIOSE

guida pratica alla normativa e alla giurisprudenza

2015

Quaderni dei Diritti
SUPPLEMENTO

LA TUTELA CIVILE CONTRO LE
DISCRIMINAZIONI
ETNICO-RAZZIALI E RELIGIOSE

Guida pratica alla normativa
e alla giurisprudenza

Quaderni dei Diritti
SUPPLEMENTO 2015

COLOPHON

Le funzioni del Garante regionale dei diritti della persona nell'ambito della prevenzione e del contrasto alle discriminazioni

Il Garante regionale dei diritti della persona è un'Autorità di Garanzia istituita nella Regione Friuli Venezia Giulia con legge regionale 16 maggio 2014, n. 9.

Il Garante regionale è costituito presso il Consiglio Regionale del FVG in forma collegiale, con un Presidente e due componenti. Il Presidente esercita le funzioni di indirizzo e coordinamento e la funzione specifica di garanzia per i bambini e gli adolescenti. I componenti esercitano le funzioni di garanzia rispettivamente per le persone private della libertà personale e per le persone a rischio di discriminazione.

Garante regionale dei diritti della persona

Presidente:

Fabia MELLINA BARES, con funzione di garanzia per i bambini e gli adolescenti.

Componenti:

Giuseppe ROVEREDO, con funzione di garanzia per le persone private della libertà personale.

Walter CITTI, con funzione di garanzia per le persone a rischio di discriminazione.

Nota:

La maggior parte della giurisprudenza citata nel testo è reperibile e scaricabile dal vecchio e nuovo sito web dell'ASGI (Associazione Studi Giuridici sull'Immigrazione), www.asgi.it

Progettazione grafica ed impaginazione:

Ufficio stampa e comunicazione
Regione Friuli Venezia Giulia

Con riferimento alle funzioni di garanzia per le persone a rischio di discriminazione, il Garante regionale assume ogni iniziativa utile a prevenire e contrastare atti o comportamenti discriminatori fondati sull'elemento etnico-razziale, la nazionalità, l'appartenenza linguistica e culturale, le convinzioni personali e religiose, le condizioni personali e sociali, la disabilità, l'età, l'orientamento sessuale e l'identità di genere. In accordo con quanto previsto dalla legislazione europea, nazionale e regionale, il Garante regionale fornisce assistenza alle vittime di discriminazione, promuove attività di informazione, sensibilizzazione e di dialogo sociale su questi temi, anche al fine di favorire la messa in atto di azioni positive che realizzino le pari opportunità e l'uguaglianza nei rapporti lavorativi, etico-sociali, economici, civili e politici.

Indirizzo e recapiti:

Garante regionale dei diritti della persona
c/o Consiglio regionale F.V.G.

Piazza Oberdan n. 6, 34133 Trieste

e-mail: cr.organi.garanzia@regione.fvg.it

<http://www.consiglio.regione.fvg.it/pagine/garante/garante.asp?sectionId=0>

Si ringraziano per gli spunti e suggerimenti che hanno fornito gli **avv. Alberto Guariso**, del foro di Milano, **Alessandro Maiorca** e **Massimo Pastore**, del foro di Torino. Naturalmente per ogni errore ed imprecisione, le responsabilità sono da attribuirsi esclusivamente all'autore

Stampa:

Centro stampa Regione Friuli Venezia Giulia
Servizio logistica, digitalizzazione
e servizi generali

La redazione del testo è stata ultimata il giorno
22 marzo 2015

L'AUTORE

Walter Citti fa parte del collegio del Garante dei diritti della persona della Regione Friuli Venezia Giulia, in quanto componente con funzioni di garanzia per le persone a rischio di discriminazione.

Prima di assumere tale incarico, dal 2001 al 2005 è stato consulente legale presso la Missione ONU in Kosovo e dal 2006 al 2014 è stato consulente del servizio di supporto giuridico contro le discriminazioni etnico-razziali e religiose dell'ASGI (Associazione Studi Giuridici sull'Immigrazione).

PREFAZIONE

Con l'intensificarsi dei fenomeni migratori, la società italiana e anche quella regionale hanno conosciuto negli ultimi decenni una profonda trasformazione sociale, in senso multiculturale e multireligioso. Tali trasformazioni interrogano i nostri modelli di convivenza sociale e le politiche di integrazione. Accanto a sforzi, esperienze e pratiche di accoglienza, emergono anche atteggiamenti di rifiuto, di stigmatizzazione e discriminazioni fondate su elementi etnico-razziali o religiosi, nei confronti di migranti e richiedenti asilo, di appartenenti a minoranze quali i Rom e i Sinti. Le ricerche di opinione condotte periodicamente dall'Eurobarometro (Discrimination in the EU 2012), evidenziano come il nostro Paese non sia affatto immune dal fenomeno sociale delle discriminazioni, nell'accesso al lavoro, così come ai beni e servizi offerti al pubblico (ad esempio l'abitazione), così come è ancora insufficiente la consapevolezza e conoscenza degli strumenti di tutela disponibili per riaffermare i principi dell'uguaglianza, della pari dignità sociale delle persone e delle pari opportunità.

Il diritto antidiscriminatorio ha conosciuto nel corso degli ultimi quindici anni un notevole sviluppo, sotto la spinta in particolare delle istituzioni dell'Unione europea. Con le direttive europee di nuova generazione e l'entrata in vigore del Trattato europeo di Lisbona, è stato compiuto un passo decisivo verso l'affermazione dell'uguaglianza e della non-discriminazione non come semplici

aspetti funzionali alla realizzazione degli obiettivi di uno spazio economico comune, ma come valori e diritti umani fondamentali. Questo ha comportato anche un rafforzamento degli strumenti degli ambiti di tutela, dei rimedi, giudiziari e non, a disposizione delle vittime di discriminazione e dei soggetti della società civile portatori di interessi.

Si è ritenuto, pertanto, opportuno e utile, nell'ambito delle azioni e delle finalità del Garante regionale dei diritti della persona con funzioni di garanzia per le persone a rischio di discriminazione, pubblicare questa guida legale alla tutela contro le discriminazioni fondate sull'elemento etnico-razziale, nazionale e religioso.

La guida intende rendere conto, in maniera nel contempo riassuntiva ed esaustiva, del quadro normativo, definitosi a diversi livelli, quello costituzionale, europeo e legislativo, sulla tematica dell'uguaglianza e del divieto di discriminazioni etnico-razziali e religiose e della sua applicazione concreta nella giurisprudenza.

La guida vuole essere, dunque, uno strumento pratico a disposizione innanzitutto degli appartenenti a gruppi sociali maggiormente vulnerabili e "a rischio" di discriminazioni e dei soggetti della società civile che ne rappresentano gli interessi, cercando di rispondere tanto alle questioni sostanziali (come si definiscono le discriminazioni?, in quali ambiti opera la tutela discriminatoria?) quanto a quelle attinenti alle modalità di utilizzo dei rimedi e dell'apparato sanzionatorio (azioni giudiziarie e di mediazione sociale, ...).

SOMMARIO

1	Premessa	8
2.	Le disposizioni costituzionali sul principio di uguaglianza ed il trattamento dello straniero	9
2.1	Gli articoli 2 e 3 della Costituzione. Il principio di uguaglianza e la titolarità dei diritti umani fondamentali	9
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	10
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.)	12
2.4	Il criterio di ragionevolezza nell'interpretazione del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione come limite all'azione del legislatore	14
3.	Il principio di parità di trattamento ed il divieto di discriminazioni nel diritto dell'Unione europea e normativa nazionale di recepimento	18
3.1	La tutela dalle discriminazioni offerta dal diritto UE a favore dei cittadini di altri Stati membri dell'Unione europea	19
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"	23
3.3	La tutela dalle discriminazioni offerta dal diritto UE ad altre categorie di cittadini di Paesi terzi non membri dell'UE	25
3.3.1	Le clausole di non discriminazione contenute negli accordi di associazione, cooperazione e partenariato	28
3.3.1.1	Le clausole di non discriminazione in materia di accesso ai rapporti di lavoro e condizioni di lavoro	28
3.3.1.2	Le clausole di parità di trattamento in materia di sicurezza sociale	31
3.3.1.2.1	Il principio di non discriminazione nell'accordo di associazione Turchia – Comunità economica europea	34
3.3.2	Le clausole di non discriminazione a favore dei cittadini di Paesi terzi lungo soggiornanti (direttiva n. 2003/109/CE)	35
3.3.3	Le clausole di non discriminazione a favore dei rifugiati e dei titolari di protezione sussidiaria (direttiva n. 2011/95/UE)	40

SOMMARIO

4.	Le direttive europee anti-discriminatorie di nuova generazione. La direttiva n. 2000/43 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	43
4.1	L'ambito di applicazione <i>ratione materiae</i> della direttiva 2000/43	44
4.2	Le fattispecie discriminatorie: discriminazione diretta, discriminazione indiretta, molestia e ordine di discriminare	46
4.3	L'ambito di applicazione <i>ratione personae</i> delle direttive 2000/43 e 2000/78	51
4.4	Le azioni positive	52
4.5	I mezzi di ricorso ed esecuzione	52
4.5.1	Il bilanciamento o ripartizione dell'onere della prova nei procedimenti di tutela antidiscriminatoria	52
4.5.1.1	I 'test situazionali' quali strumenti per la prova della discriminazione	55
4.6	La protezione dalla ritorsione	56
4.7	Gli organismi nazionali e regionali di promozione della parità di trattamento	57
5.	La normativa interna in materia di divieto di discriminazioni dallo Statuto dei Lavoratori al Testo Unico immigrazione	60
5.1	Le norme dello "Statuto dei Lavoratori"	60
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"	62
5.2	La normativa anti-discriminatoria nel T.U. Immigrazione	65
5.2.1	La prima definizione di discriminazione razziale nel diritto interno: l'art. 43 del T.U. immigrazione	67
5.2.2	I destinatari della tutela antidiscriminatoria prevista dagli artt. 43 e 44 del T.U. immigrazione: stranieri extracomunitari, comunitari e cittadini italiani	70
6.	L'azione civile anti-discriminazione	71
6.1	Legittimazione ad agire in giudizio dei sindacati e delle ONG contro misure o comportamenti discriminatori	74
6.2	L'atipicità dei poteri dispositivi del giudice e il risarcimento del danno a seguito dell'accoglimento dell'azione giudiziaria anti-discriminazione	77
6.2.1	Le sanzioni accessorie	88
7.	Una rassegna della principale casistica giurisprudenziale	89
7.1	L'accesso degli stranieri al lavoro pubblico e non	89
7.2	Discriminazioni nell'accesso all'alloggio	96
7.3	Discriminazioni nell'offerta al pubblico di beni e servizi	99

1 PREMESSA

Nell'ordinamento italiano, il principio di uguaglianza 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 uguaglianza trova piena applicazione quando siano in questione i diritti inviolabili della persona 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, allorché 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 giudiziaria 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 ed interpretazione.

La pubblicazione illustra 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. Si sofferma poi sugli strumenti di recepimento delle direttive europee evidenziando in quale misura tale recepimento è avvenuto in modo più o meno soddisfacente, e come le direttive medesime abbiano dato un impulso allo sviluppo della normativa anti-discriminatoria 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.

Una sezione del lavoro si occupa specificamente 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 UGUAGLIANZA ED IL TRATTAMENTO DELLO STRANIERO

2.1

Gli articoli 2 e 3 della Costituzione. Il Principio di uguaglianza e la titolarità dei diritti umani fondamentali

Nell'ordinamento italiano, il principio di non-discriminazione trova innanzitutto il suo fondamento nei principi personalista e di uguaglianza 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** 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 uguaglianza 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 uguaglianza* 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, 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, n. 1453 del 2 febbraio 2012 e n. 23432 del 4 novembre 2014 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. Riguardo alla tematica della quantificazione del danno, la giurisprudenza di Cassazione ha qualificato come 'ingiusta discriminazione' una parametrizzazione condotta sulla base del contesto socio-economico del Paese di residenza dello straniero risarcito e dunque del diverso potere di acquisto (cfr. Cassazione, sentenza 28 agosto 2012, n. 19788).

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

Con riferimento al 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 nn. 187/2010, 329/2011, 40/2013, 222/2013 e 22/2015.

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 del 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 legalmente soggiornanti è incompatibile 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, 329/2011, 40/2013, 222/2013 e 22/2015, 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 in relazione all'art. 1 del Protocollo n. 1 addizionale alla Convenzione, relativo alla tutela patrimoniale.

La giurisprudenza, ormai consolidata, della Corte di Strasburgo indica che solo considerazioni molto forti possono giustificare delle disparità di trattamento fondate esclusivamente sulla nazionalità (cittadinanza) "e dunque" sulla mera condizione giuridica di straniero, e a tali considerazioni non possono essere assimilati gli interessi di bilancio e di contenimento della spesa pubblica da parte degli Stati (*Gaygusuz c. Austria*, 16 settembre 1996, *Koua Poirrez c. Francia*, n. 40892/98). Le ragioni di bilancio e di contenimento della spesa, infatti, pur costituendo uno scopo legittimo, non rispondono ai principi di proporzionalità nel momento in cui trovino applicazione per escludere da prestazioni sociali di sostegno al reddito familiare immigrati stranieri che abbiano un sufficiente legame con lo Stato ospitante, in quanto vi soggiornino non in maniera irregolare o per ragioni di breve durata, bensì con regolare permesso di soggiorno e di lavoro (da ultimo, in un caso riferito all'Italia, la sentenza *Dhabbi c. Italia*, 8 aprile 2014, causa n. 17120/09; in precedenza: *Okpisz c. Germania*, sentenza 25 ottobre 2005, causa n. 59140/00; *Niedzwiecki c. Germania*, sentenza 25 ottobre 2005, causa n. 58453/00 e *Saidoun c. Grecia*, sentenza 28 ottobre 2010, causa n. 40083/07).

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 dalle 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 culto** in quanto ciò costituirebbe una violazione del principio di uguaglianza tra le confessioni religiose (art. 8 Cost.).

In mancanza di una legislazione organica sulla libertà religiosa, il pieno godimento dei diritti alla manifestazione esterna del proprio credo religioso, per gli appartenenti a confessioni prive di Intesa con lo Stato italiano, è demandato a singoli provvedimenti legislativi, incompleti o che spesso lasciano ampi ed eccessivi margini di discrezionalità agli enti locali. Quest'ultimi, peraltro, appaiono spesso riluttanti nell'adempiere a quegli 'obblighi di fare' o a quegli interventi di 'accomodamento ragionevole' atti a realizzare concretamente senza discriminazioni il principio della libertà religiosa. Ne è un esempio la questione degli edifici di culto e le competenze degli enti locali

territoriali con riguardo alla previsione di aree da destinare ai luoghi di culto nei piani urbanistici locali (d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380: *“Testo Unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di edilizia”*). Come riaffermato dal Consiglio di Stato, *“I Comuni non possono sottrarsi dal dare ascolto alle eventuali richieste delle confessioni religiose che mirino a dare un contenuto sostanziale ed effettivo al diritto al libero esercizio garantito a livello costituzionale, non solo nel momento attuativo, ma anche nella fase precedente di pianificazione delle modalità di utilizzo del territorio”* (sentenza n. 8298 del 27 novembre 2010). Più recentemente, il Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia – sez. di Brescia, con la sentenza 28 dicembre 2013, ha ritenuto illegittima la delibera di approvazione del PGT di Brescia, nella parte in cui ha omesso di considerare, attraverso una corretta e completa istruttoria, quali e quante realtà sociali espressione di religioni non cattoliche, in ispecie islamiche, esistano nel Comune, di valutare le loro istanze in termini di servizi religiosi e di decidere motivatamente se e in che misura esse possano essere soddisfatte

nel Piano dei servizi.¹

Tra le altre normative nazionali in materia di esercizio di determinati aspetti della libertà religiosa, che sanciscono delle obbligazioni positive o ‘obblighi di fare’ a carico delle istituzioni, possiamo citare ad esempio:

- Il d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230 (*“Regolamento recante norme sull’ordinamento penitenziario...”*) che prescrive come si debba tenere conto delle prescrizioni proprie delle diverse fedi religiose nella preparazione dei pasti nei luoghi di detenzione;
- Le disposizioni in materia di sepoltura e trattamento delle salme per cui i piani regolatori cimiteriali possono prevedere reparti speciali e separati per la sepoltura di salme di persone professanti un culto diverso da quello cattolico ed il Sindaco può concedere un’area adeguata nel cimitero a comunità straniere che facciano domanda di avere un proprio reparto per la sepoltura delle salme dei loro connazionali (d.P.R. 10 settembre 1990, n. 285: *“Approvazione del regolamento di polizia mortuaria”*).²

1] In data 12 marzo 2015, il Consiglio dei Ministri ha deliberato l’impugnativa dinanzi alla Corte Costituzionale della Legge Regione Lombardia n. 2 del 03/02/2015 *“Modifiche alla legge regionale 11 marzo 2005, n. 12 (Legge per il governo del territorio) – Principi per la pianificazione delle attrezzature per servizi religiosi”*, con la motivazione che *“alcune disposizioni, al fine di regolamentare la realizzazione di luoghi di culto e di attrezzature religiose nel territorio regionale, impongono agli enti rappresentanti di organizzazioni religiose una serie di stringenti obblighi e requisiti che incidono sull’esercizio in concreto del diritto fondamentale e inviolabile della libertà religiosa, in violazione degli artt. 3, 8 e 19 della Costituzione, nonché dell’art. 117, lett. c), Cost., per invasione nella competenza esclusiva dello Stato in materia di rapporti tra la Repubblica e le confessioni religiose. Secondo il Governo, inoltre, le disposizioni della legge regionale lombarda “violano inoltre l’art. 117, primo e secondo comma, lett. a), Cost., per contrasto con i principi contenuti in trattati europei ed internazionali in materia di libertà di religione e di culto, nonché, prevedendo il coinvolgimento di organi statali preposti alla sicurezza pubblica, l’art. 117, comma 2, lett. h) Cost., che riserva alla competenza esclusiva dello Stato la materia dell’ordine pubblico e della sicurezza e l’art. 118, comma 3, Cost., che affida alla sola legge statale il potere di disciplinare forme di coordinamento fra Stato e Regioni nella materia della sicurezza pubblica”*.

2] Per ulteriori approfondimenti, si rimanda al vademecum: Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ufficio del Segretario Generale, *L’esercizio della libertà religiosa in Italia*, luglio 2013, disponibile on-line al link: http://www.governo.it/Presidenza/USRI/confessioni/Esercizio_liberta_religiosa_italia.pdf; Fra le pubblicazioni più recenti, si segnala anche il volume: S. Cogliervina, *Diritto antidiscriminatorio e religione. Uguaglianza, diversità e libertà religiosa in Italia, Francia e Regno Unito*, Libellula edizioni, Tricase (Lecce), 2013.

2.4

Il criterio di ragionevolezza nell'interpretazione del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione come limite all'azione 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 (da ultimo: Corte Cost., sentenza 18 luglio 2013, n. 202).

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 soli 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. 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.

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. Considerazioni analoghe sono state sviluppate dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 2/2013 depositata il 18 gennaio 2013, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale di alcune previsioni della legge della Provincia autonoma di Bolzano

28 ottobre 2011, n. 12 sull'integrazione sociale degli stranieri (*"Integrazione delle cittadine e dei cittadini stranieri"*), che avevano previsto, per l'accesso dei cittadini stranieri di Paesi terzi non membri dell'Unione europea alle prestazioni sociali di natura economica erogate dalla Provincia autonoma, incluse quelle relative al diritto allo studio universitario, un requisito aggiuntivo, non previsto per i cittadini nazionali e UE, di un periodo minimo di cinque anni di ininterrotta residenza e dimora stabile in provincia di Bolzano. La Corte Costituzionale ha consolidato tale orientamento in successive pronunce. Con la sentenza n. 4/2013, la Corte si è pronunciata sull'illegittimità costituzionale di alcune norme della legge regionale della Calabria 20 dicembre 2011, n. 44, che limitavano l'accesso degli stranieri al fondo per il sostegno alle persone non autosufficienti ai soli titolari della carta di soggiorno o permesso di soggiorno CE per lungosoggiornanti. Con la sentenza n. 133 depositata il 7 giugno 2013, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma della legge regionale del Trentino-Alto Adige/Südtirol 14 dicembre 2011, n. 8 (art. 3 c. 3), che aveva introdotto una distinzione tra cittadini italiani e gli stranieri extracomunitari ai fini dell'erogazione dell'assegno regionale per il nucleo familiare, condizionando per i secondi la corresponsione del beneficio ad un requisito di residenza nella regione da almeno cinque anni. Con la sentenza n. 172 depositata il 4 luglio 2013, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma della legge della Provincia Autonoma di Trento 24 luglio 2012, n. 15 (art. 9 c. 1), che aveva introdotto un requisito di anzianità di residenza triennale nel territorio della Provincia autonoma di Trento ai fini dell'accesso ad un "assegno di cura" a favore delle persone non autosufficienti, così come

aveva limitato l'accesso degli stranieri di Paesi terzi non membri dell'UE a tale prestazione sociale, prevedendone la fruizione soltanto a quelli titolari del permesso di soggiorno CE per lungosoggiornanti. Infine, con la sentenza n. 222 depositata il 16 luglio 2013, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, dell'art. 8 comma 2 e dell'art. 9 della legge regionale del FVG 30 novembre 2011, n. 16, che introduceva una disparità di trattamento a danno dei cittadini di Paesi terzi non membri dell'UE residenti nel FVG non lungo soggiornanti, né rifugiati o titolari della protezione sussidiaria, per i quali veniva previsto un requisito aggiuntivo di anzianità di residenza di cinque anni nel territorio nazionale al fine della fruizione di prestazioni di welfare relative al contrasto alla povertà, al sostegno del reddito familiare e al diritto sociale all'abitazione, mentre per i cittadini italiani e di altri Paesi membri UE e loro familiari, nonché per lungosoggiornanti e rifugiati, veniva previsto unicamente un requisito di anzianità di residenza biennale sul territorio regionale. Riguardo a quest'ultimo requisito, la Corte Costituzionale ha fondato un'ambigua distinzione tra prestazioni finalizzate intrinsecamente al soddisfacimento dei bisogni primari e fondamentali della persona - che non ammettono distinzioni all'interno del *'corpus'* dei residenti (si veda in proposito le precedenti pronunce n. 187/2010, 329/2011 e 40/2013 e quella successiva n. 22/2015) - e prestazioni sociali che sarebbero invece destinate al sostegno dei membri della comunità regionale e per le quali possono invece legittimarsi distinzioni volte a favorire coloro che hanno operato nella comunità regionale per almeno un ragionevole lasso di tempo. Di conseguenza, i giudici costituzionali hanno dichiarato illegittimo il requisito di anzianità

di residenza biennale sul territorio regionale con riguardo alle prestazioni sociali riservate ai 'casi di indigenza', per l'evidente correlazione con il soddisfacimento di bisogni primari dell'individuo in quanto tale, così come hanno dichiarato illegittimo il medesimo requisito con riferimento a prestazioni collegate al 'diritto allo studio', avente per sua natura intrinseca una portata 'universalistica', in quanto legato ad un diritto umano fondamentale, e come tale spettante a tutti. Al contrario, il giudice costituzionale ha ritenuto non irragionevole il medesimo requisito di anzianità di residenza riferito a prestazioni sociali volte a sostenere la famiglia, se eccedenti i livelli essenziali che identificherebbero il nucleo intangibile dei diritti fondamentali della persona (a tale riguardo sono state ritenute prestazioni familiari 'non essenziali' un "assegno di natalità" o una "carta famiglia" per l'ottenimento di sconti nell'erogazione di beni e servizi). Questo, in quanto - seguendo le parole della Corte - in questi casi le prestazioni non verrebbero incontro ad un bisogno primario dell'individuo, che non tollera distinzioni correlate al radicamento territoriale, ma premierebbero il contributo offerto dalla famiglia, quale formazione sociale, al progresso morale e materiale della comunità costruita su base regionale. Ugualmente, con la citata sentenza, la Corte Costituzionale ha ritenuto legittimo un requisito di anzianità di residenza biennale nel territorio regionale con riguardo alle prestazioni sociali legate al soddisfacimento del **bisogno abitativo**, tra cui l'assegnazione di alloggi di edilizia residenziale pubblica.

Secondo la Corte, *"l'accesso ad un bene di primaria importanza e a godimento tendenzialmente duraturo, come l'abitazione, si colloca a conclusione del percorso di integrazione della persona presso la comunità locale e, per altro*

verso, può richiedere garanzie di stabilità, che nell'ambito dell'assegnazione di alloggi pubblici in locazione, scongiurino avvicendamenti troppo ravvicinati tra conduttori, aggravando l'azione amministrativa e riducendone l'efficacia". In altri termini, un criterio di radicamento territoriale del richiedente dimostrato dalla sua anzianità di residenza sul territorio regionale non risulterebbe irragionevole perché perseguirebbe un obiettivo legittimo di interesse generale, quale una maggiore razionalità dell'azione amministrativa, né risulterebbe sproporzionato se limitato ad una durata ragionevole dalla quale si possa presupporre l'avvenuto processo di integrazione della persona e se rapportato a quegli interventi incidenti nel diritto sociale all'abitazione aventi un carattere di lunga durata, quali le assegnazioni di alloggi in edilizia residenziale pubblica ovvero l'accesso al credito agevolato.

Tale orientamento ha trovato conferma con la successiva sentenza n. 168/2014, depositata l'11 giugno 2014, con la quale la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 19 comma 1, lett. b) della legge della Regione Valle d'Aosta n. 3/2013, che subordinava l'accesso all'edilizia residenziale pubblica ad un requisito di anzianità di residenza nella Regione di almeno otto anni, maturati anche non consecutivamente. In tale sentenza, infatti, la Corte ha espressamente ribadito che «le politiche sociali delle Regioni legate al soddisfacimento dei bisogni abitativi ben possono prendere in considerazione un radicamento territoriale ulteriore rispetto alla sola residenza»; tuttavia un simile requisito deve essere «contenuto entro limiti non palesemente arbitrari ed irragionevoli» ovvero deve rispondere ad un criterio di proporzionalità e bilanciamento tra le finalità di razionalità dell'azione amministrativa e le situazioni di

bisogno o di disagio sociale da affrontare, mancando il quale viene a determinarsi un'illegittima discriminazione 'indiretta' o 'dissimulata' a danno dei cittadini stranieri protetti dal diritto dell'Unione europea.

Tali pronunce confermano sostanzialmente l'orientamento che era stato già espresso dalla Corte Costituzionale con l'ordinanza n. 32/2008, con la quale era stata dichiarata infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 41-bis, della Legge della Regione Lombardia 8 febbraio 2005, n. 7, nella parte in cui prevede, tra i requisiti per la presentazione delle domande di assegnazione di alloggi di edilizia residenziale pubblica, che i *"richiedenti devono avere la residenza o svolgere attività lavorativa in Regione Lombardia da almeno 5 anni per il periodo immediatamente precedente alla data di presentazione della domanda"*.

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 e di diritto fondamentale.

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, affermato in quanto tale nel Trattato sull'Unione europea, nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, così come nella Carta europea dei diritti fondamentali (artt. da 20 a 26), che ha assunto lo stesso valore giuridico dei trattati (art. 6 TUE) ed è vincolante anche per gli Stati membri nell'attuazione del diritto dell'Unione (Art. 51).

Si ricorda che le norme del diritto dell'Unione europea che costituiscono principi fondamentali, quelle contenute nei Trattati, nei Regolamenti UE, le norme delle direttive europee sufficientemente chiare, precise ed incondizionate, e quelle che derivano da precise statuizioni della giurisprudenza della Corte di Giustizia europea, trovano diretta ed immediata applicazione negli ordinamenti degli Stati membri e prevalgono su qualsiasi norma interna contrastante, obbligando all'interpretazione di quest'ultima in maniera conforme alla norma di diritto UE ovvero, in caso di impossibilità, alla sua disapplicazione.

3.1

La tutela dalle discriminazioni offerta dal diritto UE a favore 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, venne 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 precedenze 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 di Stati membri 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 espresso riferimento anche alla materia dell'assistenza sociale. In questo ambito, vengono previste apposite deroghe 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. La più recente giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea ha riconosciuto agli Stati membri ospitanti la possibilità di negare prestazioni sociali non contributive ai cittadini dell'Unione economicamente inattivi che non dispongano delle risorse sufficienti per poter rivendicare il beneficio del diritto di soggiorno (CGUE, sentenza 11 novembre 2014, causa C-333/13, *Dano c. Jobcenter Leipzig*). 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 può 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).³

3] 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 5 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 15 novembre 2011; Tribunale di Udine, ordinanza n. 615/2010 del 17 novembre 2011, poi confermata in sede di reclamo con ordinanza n. 6344/2010 del 7 marzo 2011; Tribunale di Gorizia, ordinanza n. 271/2011 del 30 giugno 2011; Tribunale di Gorizia, ordinanza n. 212/2011 del 26 maggio 2011

La giurisprudenza della Corte di Giustizia europea ha inoltre affermato l'applicazione del principio di parità di trattamento in materia di vantaggi sociali e fiscali di cui all'art. 7 del Regolamento n. 1612/68 (ora Regolamento n. 492/2011) non solo a favore dei lavoratori migranti residenti in uno Stato membro ospitante, ma anche dei **lavoratori frontalieri**, i quali pur esercitando attività di lavoro dipendente nello Stato membro medesimo, risiedono in un altro Stato membro (si pensi ai cittadini sloveni e croati che giornalmente o settimanalmente si recano nel F.V.G. per esercitare un'attività lavorativa, continuando a risiedere in Slovenia o Croazia, ovvero agli stessi cittadini italiani che, per motivi personali o familiari, hanno deciso di spostare la loro residenza in Slovenia pur continuando ad esercitare un'attività lavorativa in Italia). Secondo tale giurisprudenza, i lavoratori frontalieri, avendo avuto accesso al mercato del lavoro di uno Stato membro, hanno determinato, in linea di massima, un nesso di integrazione sufficiente con la società di detto Stato, idoneo a consentire loro di avvalersi in tale Stato del principio di parità di trattamento in relazione ai lavoratori residenti con riferimento ai **benefici fiscali e sociali**, anche a carattere non contributivo. Questo in relazione anche al fatto che attraverso l'attività retribuita che esercitano, contribuiscono al finanziamento delle politiche sociali di detto Stato. Un trattamento differenziato tra lavoratori residenti e lavoratori frontalieri potrà trovare giustificazione solo in relazione alle specifiche caratteristiche e finalità del beneficio sociale in oggetto, secondo principi di proporzionalità e di stretta necessità (in tal senso, CGUE, Sentenza 20 giugno 2013, *Elodie Giersch e altri c. Granducato di Lussemburgo*, C-20/12 in materia di sussidi economici per il sostegno agli studi superiori).

Ugualmente, in materia fiscale, una consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia europea ha riconosciuto che un lavoratore frontaliere che ottiene la maggior parte del suo reddito in uno Stato membro - e che, in virtù di una Convenzione bilaterale tra Stati membri per evitare le doppie imposizioni fiscali, sia soggetto alla tassazione dei redditi nel Paese in cui svolge l'attività lavorativa principale - si trova in una situazione equiparabile al lavoratore residente e, pertanto, deve essere soggetto al medesimo trattamento, ivi compresi i vantaggi e le detrazioni fiscali eventualmente previste (la sentenza di riferimento è CGE, 14 febbraio 1995, *Schumacker*, C-279/93). In risposta ad un procedimento preliminare di infrazione avviato dalla Commissione europea nei confronti dell'Italia, il Parlamento italiano ha recentemente approvato l'art. 7 della legge 30 ottobre 2014, n. 61 (*"Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea - Legge europea 2013-bis"*), con la quale ha sancito il principio di parità di trattamento in materia di imposta fiscale a favore dei soggetti residenti in uno degli Stati membri dell'Unione europea o di uno Stato aderente dall'Accordo sullo Spazio economico europeo, a condizione che il reddito prodotto dal soggetto nel territorio dello Stato italiano sia pari ad almeno il 75% del reddito complessivamente prodotto e che il soggetto non goda di agevolazioni fiscali analoghe nello Stato di residenza. 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).

C'è da ricordare, infine, che il 16 aprile 2014 è stata adottata la **direttiva europea n. 2014/54/UE** sulle misure intese ad agevolare l'esercizio dei diritti conferiti ai lavoratori dei Paesi membri dell'UE e dei loro familiari nel

quadro della libera circolazione, con particolare riferimento al rafforzamento del principio di parità di trattamento e di non discriminazione. La direttiva fonda l'obbligo per gli Stati membri di predisporre strumenti e procedimenti di tutela in sede giudiziaria e di designare una o più strutture o uno o più organismi per la promozione, l'analisi, il controllo e il sostegno della parità di trattamento dei lavoratori dell'Unione e dei loro familiari, senza discriminazioni fondate sulla nazionalità. Gli Stati membri dovranno mettere in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla direttiva entro il 21 maggio 2016.

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* 7 maggio 1986, causa n. 131/85).

La questione dell'accesso ai rapporti di pubblico impiego dei cittadini di Paesi terzi non membri UE, familiari di cittadini dell'Unione, ha trovato definitiva soluzione solo con l'approvazione della 'legge europea 2013' (legge 6 agosto 2013, n. 97, art. 7). Quest'ultima, in risposta ad un procedura preliminare di infrazione del diritto UE aperta dalla Commissione europea nell'ambito del programma "EU Pilot", ha finalmente adeguato la normativa di settore relativa al pubblico impiego agli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione europea in materia di libera circolazione. Precisamente, l'art. 7 della legge ha disposto le opportune modifiche all'art. 38, comma 1 del d.lgs. n. 165/2001, estendendo l'accesso ai rapporti di pubblico impiego, alle stesse condizioni e con le stesse limitazioni previste per i cittadini di altri Stati membri UE, fra l'altro, anche ai familiari di cittadini dell'Unione non aventi la cittadinanza di uno Stato membro e che siano titolari del diritto di soggiorno o del diritto di soggiorno permanente. La norma deve ritenersi applicabile anche ai familiari di cittadini italiani. L'art. 23 del d.lgs. n. 30/2007 già prevedeva 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

Milano, sez. lavoro, ordinanza 4 marzo 2015 e 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 deterioro 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 riaffermato dapprima 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."

Tali due commi si trovano ora riprodotti con formulazione pressoché identica nella legge 24.12.2012, n. 234 - con la quale si è previsto lo smembramento della «vecchia» legge

comunitaria in due atti normativi diversi, la 'legge europea' e la 'legge di delegazione europea' - sebbene tali disposizioni sono state incluse in due articoli diversi: il primo comma nell'art. 32, 1° comma, lett. i) ed il secondo nell'art. 53. In questo modo la garanzia della parità di trattamento ed il divieto di discriminazioni 'a rovescio' assume

rispettivamente il rango di un principio e criterio direttivo generale che deve essere osservato ogni volta che si dà attuazione alle direttive UE, così come costituisce una norma generale di diretta ed immediata applicazione da parte della pubblica amministrazione o della giurisdizione.⁴

3.3

La tutela dalle discriminazioni offerta dal diritto UE ad 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 menzionare 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 la "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 permane anche dopo l'adozione ed entrata in vigore 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

4) Per approfondimenti, si rinvia a: F. Spitaleri, *Le discriminazioni alla rovescia nel diritto dell'Unione Europea*, Aracne, Roma, 2010.

(direttiva n. 109/2003/CE), che continuano 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 affianca ad altre quattro direttive destinate ciascuna a trattare le condizioni di ingresso e di soggiorno di casi particolari di lavoratori (i lavoratori altamente qualificati (n. 2009/50/CE), i lavoratori qualificati di Paesi terzi nell'ambito di trasferimenti temporanei all'interno di società multinazionali (n. 2014/54/UE), i lavoratori stagionali (n. 2014/36/UE), 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).

L'Italia ha recepito la direttiva n. 2011/98/UE con il **d.lgs. n. 40 del 4 marzo 2014**.

Tuttavia, la normativa interna di recepimento non ha apportato alcuna novità in materia di parità di trattamento nell'ambito della 'sicurezza sociale'. Il legislatore ha, infatti, erroneamente inteso la nozione di 'sicurezza sociale' contenuta nella direttiva 2011/98 nell'accezione propria del diritto interno e quindi limitata alle prestazioni nell'ambito pensionistico aventi carattere contributivo e in relazione alla quale viene previsto un principio di parità di trattamento a favore dei titolari del permesso unico per lavoro.

Il legislatore italiano ha volutamente ignorato che la nozione di sicurezza sociale deve essere intesa nell'accezione propria del diritto dell'Unione europea sulla base della lettura combinata degli artt. 3 comma 3 e art. 70 del Regolamento (CE) n. 883/2004. Come già in precedenza ricordato, debbono essere considerate quali prestazioni di 'sicurezza sociale' non solo quelle prettamente pensionistiche, ma anche quelle c.d. 'miste', ovvero aventi carattere assistenziale da un lato in quanto non sorrette da meccanismi contributivi e finanziate dalla fiscalità generale, ma che dall'altro costituiscono diritti soggettivi, in quanto criteri e condizioni per l'accesso sono regolati dalla normativa interna senza margini di discrezionalità lasciati alle P.A. Pertanto, sulla base di quanto previsto dalla direttiva 2011/98, deve essere garantita la piena parità di trattamento tra cittadini di Paesi terzi regolarmente soggiornanti titolari del permesso di soggiorno unico per lavoro e cittadini nazionali con riferimento perlomeno a quelle prestazioni elencate nell'allegato X (già allegato II-bis) al Regolamento (CE) 883/2004, introdotto con Regolamento (CE) n. 988/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 settembre 2009, (tra cui l'assegno sociale) così come alle "prestazioni familiari" ovvero quelle "prestazioni in natura o in denaro destinate a compensare i carichi familiari" (art. 3 c. 1 lett. j) e art. 1 lett. z) Reg. CE n. 883/2004), inclusi gli assegni speciali di nascita o di adozione, in quanto l'Italia non ha menzionato alcuno di essi nell'apposito allegato I al Regolamento. Pertanto, il decreto legislativo di recepimento avrebbe dovuto adeguare tutta una serie di normative di settore nell'ambito del welfare contenenti clausole di esclusione

dei lavoratori/trici di Paesi terzi non lungo soggiornanti da determinate prestazioni di assistenza sociale (tra cui *l'assegno INPS nuclei familiari numerosi* di cui all'art. 65 della legge 23 dicembre 1998, n. 448, *l'assegno di maternità comunale* di cui all'art. 74 del D.lgs. n. 151/2001, la "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)). Non avendolo fatto, l'Italia si trova ora esposta al rischio di possibili procedure di infrazione del diritto UE, così come a contenziosi in sede giudiziaria, ove i ricorrenti possono fare valere il principio della diretta ed immediata applicazione del diritto UE e del suo primato su norme di diritto interno ad esso incompatibili anche ed innanzitutto nei confronti dei Comuni cui spetta il potere concessorio dei benefici in oggetto. Per tale ragione, taluni Comuni italiani hanno agito in autotutela estendendo il beneficio dell'assegno di maternità comunale anche alle cittadine di Paesi terzi non membri dell'UE, anche se non lungosoggiornanti (si veda in proposito determinazione dirigenziale del Comune di Verona- Servizi sociali e integrazione socio-sanitaria n. 918 dd. 25.02.2014 e analoga decisione del Comune di Bergamo). Va, peraltro, ricordato che anche successivamente al recepimento della direttiva 2011/98, sono state introdotte nuove normative contenenti clausole di esclusione dei lavoratori di Paesi terzi non lungosoggiornanti da prestazioni sociali non contributive, come *l'assegno di natalità* di cui all'art. 3 c. 125 della Legge 23 dicembre 2014, n. 190 "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2015)".

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 in ordine di tempo tra questi accordi è quello 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, 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).⁵ 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 euro-mediterraneo 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 prevedeva 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.

5] Tale interpretazione è stata fatta propria dalla Corte di Giustizia europea nelle 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.

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. 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'analoga 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 euro-mediterranei stipulati tra la Comunità Europea e i relativi Stati terzi. Si tratta, nello specifico, degli accordi euro-mediterranei 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 euro-mediterraneo 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.

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 euro-mediterranei - 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 euro-mediterraneo 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 Youssef 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 sentenza del 2011, la Suprema Corte prende finalmente atto della corretta portata applicativa della clausola di parità di trattamento in materia di sicurezza sociale contenuta negli accordi euro-mediterranei.

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 perché *“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).

A cavallo della 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.⁶

6) 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); Tribunale di Lucca, sez. lavoro, sentenza n. 32/2013 del 17 gennaio 2013 (relativa alla pensione di inabilità lavorativa per disabili); Corte di Appello di Trento, sentenza n. 42/2014 del 30 maggio 2014 nella causa n. 102/2013 r.g. (relativa all'assegno di maternità comunale); Tribunale di Alessandria, sez. lavoro, ordinanza del 9 dicembre 2014 nella causa n. r.g. 1199/2014 (relativa all'assegno di maternità comunale)

Dunque, la clausola di parità di trattamento in materia di sicurezza sociale contenuta in tali accordi di associazione euro-mediterranei 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 o quella 'sperimentale', l'assegno di maternità comunale di cui all'art. 74 del d.lgs. n. 151/2001 e l'"assegno di natalità" di cui all'art. 3 c. 125 della Legge 23 dicembre 2014, n. 190: "*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2015)*". Al riguardo, si veda anche il parere reso dall'UNAR (Ufficio Nazionale Anti-Discriminazioni Razziali) in data 11 giugno 2014 (prot. P-4.25.16.) in risposta ad un quesito sottoposto dal Comune di Pordenone.

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 è avvenuta con l'ordinanza del Tribunale di Reggio Emilia 16 luglio 2012 (*O.N. c. INPS, Comune di Fabbro e Unione dei Comuni della Pianura Reggina*). 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, purché 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 licenziamen-

to 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.

Le autorità italiane avevano sostenuto che tale formulazione avrebbe consentito di mantenere l'esclusione dei lungosoggiornanti dai **rapporti di impiego pubblico**, ma l'argomento non ha trovato concorde la Commissione europea che ha avviato un procedimento preliminare di informazione sulla violazione degli obblighi connessi all'attuazione della direttiva 109/2003, nell'ambito del programma europeo "EU Pilot". In risposta ai rilievi mossi dall'autorità europea, il legislatore italiano, con la 'legge europea 2013' (legge 6.8.2013, n. 97, art. 7), ha finalmente adeguato la normativa di settore relativa al pubblico impiego, apportando le opportune modifiche all'art. 38, comma 1 del d.lgs. n. 165/2001, estendendo, fra gli altri, anche ai 'lungosoggiornanti' l'accesso ai rapporti di pubblico impiego, alle stesse condizioni e con le stesse limitazioni previste per i cittadini di altri Stati membri UE.

La direttiva europea 109/2003 prevede il principio di parità di trattamento in materia di **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. Né 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, poiché 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 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.

C'è da segnalare, al riguardo, la vastissima giurisprudenza maturata con riferimento

alla normativa nazionale che escludeva inizialmente i cittadini di Paesi terzi non membri dell'UE dal beneficio dell'assegno INPS per i nuclei familiari numerosi, previsto dall'art. 65 della legge n. 448/1998 (ad es. da ultime: Corte Appello Milano, 5 novembre 2014, *INPS e Comune Milano c. O., ASGI, APN ONLUS*; Trib. Alessandria, *Ait Omar Mbarek + 7 - INPS Comune di Novi Ligure*, Ord. 06.11.2014; Trib. Pavia, *Benchardoud - Com. Gambolo* - Ord. del 23.7.14; Tribunale di Bergamo, *Barry + 1 / Verdellino + Inps*, del 18.9.2014; in precedenza si veda ad es.: Tribunale di Gorizia, ordinanza n. 351/2010 del 1 ottobre 2010, ordinanza confermata in sede di reclamo con Tribunale di Gorizia, ordinanza del 7 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).

La questione dell'accesso dei 'lungosoggiornanti' all'assegno INPS per i nuclei familiari numerosi ha trovato finalmente soluzione con l'approvazione della 'Legge europea 2013 (legge 6.08.2013, n. 97, art. 13), che ha risposto alla formale procedura di infrazione del diritto UE avviata in proposito dalla Commissione europea (n. 2013/4009), giunta alla fase di messa in mora ex art. 258 TFUE. Il testo della 'legge europea 2013' modifica infatti l'articolo 65, comma 1, della legge 23 dicembre 1998, n. 448, estendendo il beneficio anche ai cittadini di paesi terzi soggiornanti di lungo periodo, nonché ai familiari di cittadini UE non aventi la cittadinanza di uno Stato membro, titolari del diritto di soggiorno o del diritto di soggiorno permanente.

Uguualmente, sempre a seguito di procedimenti preliminari di infrazione avviati dalla Commissione europea, il Parlamento

italiano ha sanato ulteriori situazioni di non conformità della nostra legislazione sul welfare agli obblighi derivanti dal principio di parità di trattamento previsto, tra l'altro, dalla direttiva n. 109/2003 a favore dei lungo soggiornanti. La *"legge di stabilità 2014"* ha esteso la titolarità del diritto alla *"carta acquisti"* riservata agli anziani over 65 e ai bambini under 3 ai sensi dell'art. 81 d.l. n. 112/2008, convertito nella legge n. 133/2008 (c. 32), anche ai cittadini di Stati membri dell'Unione europea ovvero familiari di cittadini italiani o di Stati membri dell'Unione europea non aventi la cittadinanza di uno Stato membro che siano titolari del diritto di soggiorno o del diritto di soggiorno permanente e agli stranieri in possesso di permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo. In precedenza, l'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"*), aveva introdotto in via sperimentale nei Comuni con più di 250 mila abitanti una nuova e aggiuntiva tipologia di *"carta acquisti"*, la cui applicazione è stata estesa anche ai cittadini di altri Stati membri dell'Unione europea e ai cittadini di Paesi terzi lungosoggiornanti. L'art. 1 c. 1 lett. b) della legge 30 ottobre 2014, n. 161 (*"Legge europea 2013-bis"*) ha eliminato la clausola di cittadinanza italiana per l'accesso alle *borse di studio universitarie per il perfezionamento all'estero* di cui alla legge n. 398/1989.

In materia di *assegno sociale per gli anziani over 65 anni*, permane, invece, il requisito di anzianità di residenza decennale in Italia, in relazione alle domande inoltrate a partire dal 1 gennaio 2009, in base all'art. 20 c. 10 d.l. n. 112/2008, convertito con

legge n. 133/2008, che appare fondare una discriminazione indiretta contraria al principio di parità di trattamento per le categorie *"protette"* dal diritto UE.

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, in condizioni di piena parità di trattamento con i cittadini nazionali, all'assegnazione di alloggi o agli interventi volti ad agevolare l'accesso all'abitazione dei ceti sociali sfavoriti o meno abbienti.

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. L'art. 13 c. 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 come violi il diritto dell'Unione una normativa nazionale o regionale, la quale – nell'ambito della distribuzione dei fondi destinati al sussidio per l'alloggio – riservi 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. Quest'ultimo, peraltro, nel compiere tale accertamento, deve tener conto che, conformemente all'articolo 34 della Carta europea dei diritti fondamentali, l'Unione europea riconosce e rispetta il diritto all'assistenza sociale e all'assistenza abitativa volte a garantire un'esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongono di risorse sufficienti. Ne consegue che, nei limiti in cui un sussidio volto a garantire il diritto all'accesso all'abitazione risponde alla finalità enunciata nel citato articolo della Carta, esso non può essere considerato, nell'ambito del diritto dell'Unione, come non compreso tra le prestazioni essenziali ai sensi dell'articolo 11, paragrafo 4, della direttiva 2003/109 (paragrafo 92 della citata sentenza).

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"). Ugualmente, la Commissione europea ha ritenuto che sia in violazione del principio di parità di trattamento in materia di diritto sociale all'abitazione contenuto nella direttiva 109/2003 sui lungosoggiornanti (art. 11 comma 13), una normativa regionale sull'assegnazione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica come quella del Veneto (l'art. 2 comma 1 lett. a) della legge della Regione Veneto 2 aprile 1996, n. 10), la quale preveda –per i soli cittadini di Paesi terzi non membri UE, inclusi i lungo soggiornanti- un requisito aggiuntivo dello svolgimento di attività lavorativa regolare nell'anno precedente la data di scadenza del bando di concorso, non previsto invece per i richiedenti in possesso della cittadinanza italiana o di uno Stato aderente all'Unione europea (procedura d'infrazione n. 2009/2001).

La Commissione europea ha aperto un procedimento d'infrazione del diritto UE nei confronti dell'Italia riguardo al contributo pari a € 200 per il rilascio del permesso di soggiorno UE di lungo periodo, ritenendo l'importo sproporzionato rispetto ai diritti di natura amministrativa richiesti per la registrazione del soggiorno dei cittadini dell'Unione europea e dunque in violazione degli obiettivi e delle finalità di integrazione di cui alla direttiva 109/2003 (procedimento n. 4253/2014).

3.3.3

Le clausole di non discriminazione a favore dei rifugiati e dei titolari di protezione sussidiaria (direttiva n. 2011/95/UE)

L'art. 26 della direttiva n. 2004/83/CE, poi rifiuta nella direttiva 2011/95/UE (*"Norme sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché 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, poi modificato dal d.lgs. 21.02.2014, n. 18, aveva 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 era stato inizialmente recepito nella normativa

italiana di riferimento. Tale questione ha posto, dunque, un problema di insufficiente adeguamento della normativa interna agli obblighi scaturenti dalla normativa comunitaria che è stato sollevato dalla Commissione europea con una procedura preliminare di informazione nell'ambito del programma europeo *"Pilot"*. In risposta ai rilievi mossi dall'autorità europea, il legislatore italiano, con la *"legge europea 2013"* (legge 6.8.2013, n. 97, art. 7), ha finalmente adeguato la normativa di settore relativa al pubblico impiego, apportando le opportune modifiche all'art. 38, comma 1 del d.lgs. n. 165/2001, estendendo l'accesso ai rapporti di pubblico impiego, alle stesse condizioni e con le stesse limitazioni previste per i cittadini di altri Stati membri UE, fra l'altro, anche ai titolari della protezione sussidiaria.

Gli art. 27 e 28 della direttiva 2011/95/UE sanciscono il diritto alla parità di trattamento dei rifugiati e dei titolari della protezione sussidiaria rispettivamente 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 n. 2011/95/

UE. L'art. 29 di detta direttiva stabilisce infatti che

"1. Gli Stati membri provvedono affinché i beneficiari di protezione sussidiaria ricevano, nello Stato membro che ha concesso tale protezione, 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. 45 introduttivo al testo della direttiva medesima, nel quale si afferma: *"Per scongiurare soprattutto il disagio sociale, è opportuno offrire ai beneficiari di protezione internazionale, 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).

In virtù di tale principio, sono state progressivamente eliminate quelle forme di discriminazione a danno dei rifugiati che inizialmente erano state previste nella legislazione nazionale in materia di alcuni istituti di welfare.

L'accesso dei rifugiati e dei titolari della protezione sussidiaria all'assegno INPS per i nuclei familiari numerosi (con almeno tre figli minori a carico), è stato riconosciuto, in via amministrativa, con la circolare INPS n. 9 dd. 22 gennaio 2010. In sede applicativa, ha trovato soluzione la questione dell'accesso dei rifugiati e dei titolari della protezione sussidiaria alla "carta acquisti" e alla "nuova carta acquisti", quest'ultima 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"*). In sede legislativa, era stata prevista l'inclusione, tra i beneficiari del provvedimento, dei cittadini di altri Stati membri dell'Unione europea e dei cittadini di Paesi terzi lungosoggiornanti, ma non dei rifugiati e dei titolari della protezione sussidiaria. Tale lacuna ha trovato rimedio con il decreto del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali dd. 10.01.2013 (pubblicato in G.U. n. 102 dd. 03.05.2013) in cui sono state definitive le modalità attuative del nuovo beneficio sociale con riferimento a: - i criteri di identificazione dei beneficiari da parte dei Comuni; - l'ammontare delle disponibilità sulle carte acquisti; - le modalità di implementazione del beneficio e dei flussi informativi riguardo ai rapporti tra Comuni, INPS

quale 'soggetto attuatore' e Poste italiane quale "gestore del servizio".

In questa sede, i rifugiati e i titolari della protezione sussidiaria sono stati inseriti tra i beneficiari della prestazione sociale, come si evince dal facsimile del modulo di domanda predisposto dal Ministero del Lavoro ed allegato al decreto medesimo. Lo stesso è avvenuto con riferimento alla "carta acquisti" ordinaria.

La 'legge di stabilità 2014', ha esteso la titolarità del diritto, oltre che ai cittadini italiani, anche ai «*cittadini di Stati membri dell'Unione europea ovvero familiari di cittadini italiani o di Stati membri dell'Unione europea non aventi la cittadinanza di uno Stato membro che siano titolari del diritto di soggiorno o del diritto di soggiorno permanente, ovvero stranieri in possesso di permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo*», senza dunque fare espresso riferimento ai rifugiati e titolari della protezione sussidiaria (legge n. 147/2013-art. 1, co. 216).

Con il decreto del 3 febbraio 2014, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 82 dell'8 aprile 2014, sono state definite le modalità di presentazione della domanda di carta acquisti da parte dei cittadini stranieri e nella modulistica approntata allo scopo è stata inserita tra i beneficiari anche la casella riferita ai rifugiati e titolari della protezione sussidiaria.

Infine, con riferimento alla tematica del **diritto all'abitazione**, occorre ricordare che l'art. 1 del d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 18, ha aggiunto all'art. 29 del d.lgs. n. 251/2007 il comma 3-ter, con il quale è stato esteso anche ai titolari di status di rifugiato e di protezione sussidiaria

il regime di parità di trattamento con i cittadini nazionali per l'accesso ai benefici previsti dall'art. 40 c. 6 del d.lgs. n. 286/98. In tal modo, a favore dei rifugiati e dei titolari della protezione sussidiaria, la legislazione nazionale ha previsto in termini di benefici per l'accesso all'abitazione, un trattamento più favorevole rispetto a quello previsto dalla stessa direttiva 2011/95/UE, che non va aldilà del trattamento previsto per i cittadini di Paesi terzi in soggiorno regolare nello Stato membro. Ne consegue che, dopo l'entrata in vigore del d.lgs n. 18/2014, nei bandi emanati dai Comuni italiani per l'accesso al fondo per il sostegno alle locazioni previsto dalla legge n. 431/98, e nelle regioni ove detta legislazione trova diretta applicazione, il requisito di anzianità di residenza decennale sul territorio italiano o quinquennale sul territorio regionale previsto dal comma 13 dell'art. 11 della legge n. 133/2008, che ha convertito, con modificazioni, il decreto-legge n. 112/2008, non deve più trovare applicazione nei confronti dei rifugiati e titolari della protezione sussidiaria, che debbono essere equiparati ai cittadini italiani. Tanto più lo stesso deve valere per i beneficiari della protezione internazionale che acquisiscono lo status di lungosoggiornanti ai sensi della direttiva n. 2011/51/UE, recepita con d.lgs. 13 febbraio 2014, n. 12, i quali debbono godere del medesimo trattamento previsto per i cittadini nazionali, ai sensi del già citato art. 11 c. 1 lett. f) della direttiva n. 109/2003/CE.

4 LE DIRETTIVE EUROPEE ANTI-DISCRIMINATORIE DI NUOVA GENERAZIONE

La direttiva n. 2000/43 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". Alcuni criteri interpretativi dei termini "razza" e "origine etnica" possono essere ricavati dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo. Nella sentenza *Timishev c. Federazione Russa*, del 13 dicembre 2005, la Corte di Strasburgo

ha ricondotto la "discriminazione razziale" a quelle situazioni in cui questa viene a fondarsi su caratteristiche morfologiche della vittima (colore della pelle, tratti somatici,...), mentre la discriminazione fondata sull'origine

etnica sarebbe da collegarsi a fattori quali la comunanza fondata sulla nazionalità, l'affiliazione tribale, la fede religiosa, la lingua, l'origine ed i contesti culturali.

4.1

L'ambito di applicazione ratione materiae della Direttiva 2000/43

Il campo di applicazione comune alle due normative è quello dell'occupazione e del lavoro autonomo e dipendente. 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'alloggio. La protezione dalla discriminazione nel settore dell'occupazione riguarda non soltanto ogni condizione collegata ad un rapporto di lavoro già esistente (condizioni di lavoro, comprese le condizioni di promozione e carriera, licenziamento e di retribuzione), ma espressamente si estende anche le condizioni di accesso all'occupazione e ad un rapporto di lavoro, compresi i criteri di selezione e le condizioni di assunzione, nonché tutti i livelli di formazione, orientamento, riqualificazione e tirocinio professionale. La nozione di **retribuzione** deve essere intesa ai sensi dell'art. 157 TFUE e all'interpretazione che ne è stata data dalla Corte di Giustizia europea, in senso estensivo, includendovi tutti i vantaggi, in contanti o in natura, collegati ad un rapporto di impiego (ad es. agevolazioni in materia di trasporto o prestazioni assicurative complementari,

indennità di dislocazione, gratifiche natalizie o in occasione di altre ricorrenze fino ai regimi pensionistici professionali o comunque con la sola esclusione delle prestazioni di previdenza sociale obbligatoria e delle pensioni di anzianità per legge applicabili a categorie generali di lavoratori, che fruiscono di tali prestazioni non in proporzione di quanto versato dal datore di lavoro, ma secondo le condizioni stabilite dalla legge (cfr. da ultimo, in materia di discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, CGUE, sentenza *Maruko*, 13 novembre 2008, causa C-46/07 e sentenza *Römer*, 10 maggio 2011, causa C-147/08).

Nell'interpretazione offerta dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, l'ambito di applicazione *ratione materiae* di cui alla direttiva n. 2000/43 riferito all'accesso ai beni e servizi offerti al pubblico sembrerebbe essere limitato esclusivamente a quei beni e servizi funzionali all'integrazione sociale ed economica (inclusi ad es. crediti e prestiti bancari, rapporti assicurativi, ..., ma non ad esempio le questioni attinenti l'utilizzo di grafia proprie della lingua ufficiale nazionale nelle registrazioni negli atti di stato civile dei nomi di persone appartenenti a minoranze

nazionali o provenienti da altri Paesi, cfr. Conclusioni dell'Avvocato generale nella causa *Runevič-Vardyn*, causa C-391/09, sentenza CGUE 12 maggio 2011). Ugualmente, la Corte di Giustizia europea ha ricordato come, durante i lavori preparatori della direttiva 2000/43, il Consiglio europeo non abbia voluto prendere in considerazione una proposta di modifica del Parlamento europeo secondo cui «l'esercizio delle funzioni di qualsiasi organismo pubblico, comprese le autorità nei settori di polizia, dell'immigrazione e della giustizia penale e civile» avrebbe dovuto essere incluso nella sfera di applicazione *ratione materiae* (CGUE, sentenza 12 maggio 2011, *Runevič-Vardyn*, causa C-391/09, par. 46). La Corte di Giustizia europea sarà, peraltro, presto chiamata ad esprimersi nuovamente sull'interpretazione dell'ambito di applicazione riferito all'accesso ai beni e servizi offerti al pubblico nella causa *CEZ Razpredelenie Bulgaria AD/Komisija za zashtita ot diskriminatsia* (Causa C-83/14), riferita ad una domanda di pronuncia pregiudiziale sulla conformità o meno alla direttiva 2000/43 della prassi seguita da un fornitore di energia elettrica di installare i contatori dei consumi nei quartieri abitati da popolazione del gruppo etnico Rom ad un'altezza compresa tra i 6 ed i 7 metri, con la giustificazione di garantire la sicurezza degli impianti e di evitarne la manomissione. 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. Questo innanzitutto in ragione del fatto che 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 cap. 4 par. 2.). Tali considerazioni sembrano sottostare a quanto disposto dall'art. 1 del d.lgs. 215/03 di recepimento della direttiva n. 2000/43: *"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.

4.2

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. Due casi sono stati sottoposti dinanzi ai giudici di Lussemburgo. Il primo ha riguardato 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 secondo ha riguardato le dichiarazioni di un patron di una famosa squadra calcistica rumena che, sollecitato rispetto all'opportunità di ingaggiare un calciatore asseritamente omosessuale, aveva dichiarato che non avrebbe mai voluto stabilire una collaborazione lavorativa con un calciatore di questo orientamento sessuale (CGUE, sentenza 25 aprile 2013, causa C-81/12, *Associatia Accept*). 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 distortivo 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.

Un' applicazione del criterio interpretativo sancito dalla Corte di Giustizia europea con la sentenza Feryn, è 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 ossequio al 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). Con riferimento al fattore di discriminazione

dell'orientamento sessuale, si rammenta inoltre l'importante ordinanza del Tribunale di Bergamo del 6 agosto 2014, poi confermata dalla Corte di Appello di Brescia, con sentenza del 11 dicembre 2014, con la quale un noto avvocato italiano è stato condannato per violazione del divieto di discriminazioni per aver dichiarato nell'ottobre 2013, durante una trasmissione radiofonica, che non avrebbe mai avviato nel suo studio alcuna forma di assunzione o collaborazione con professionisti omosessuali, accompagnando le sue 'argomentazioni' con espressioni omofobiche e volgari.

Le discriminazioni dirette 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 da due formazioni politiche per le elezioni municipali). Analoga alla pronuncia del tribunale di Milano, va segnalata l'ordinanza del Tribunale di Pescara del 25 giugno 2013, che ha accertato il carattere discriminatorio della condotta di due partiti politici per avere, con manifesti e comunicati, accomunato i rom ai delinquenti. Gli esponenti locali di tali partiti avevano strumentalizzato l'appartenenza al gruppo sociale dei rom di un giovane protagonista di un triste episodio di delinquenza avvenuto nel comune di Pescara nel maggio 2012 per connotare in negativo l'intera comunità rom sia attraverso la pubblicazione di un comunicato sul sito internet della sezione regionale di uno dei partiti, sia mediante l'affissione, da parte del coordinamento pescarese dell'altro partito, di un manifesto recante la seguente affermazione: *"Il PDL mantiene gli impegni: fuori dalle case popolari rom e delinquenti"*.

Con riferimento al divieto di molestie nell'ambito lavorativo e fondate sulle convinzioni personali (direttiva 2000/78), si segnala invece l'ordinanza del Tribunale di Brescia 29 novembre 2010, poi confermata in sede di reclamo da Tribunale di Brescia, ordinanza 7 febbraio 2011, la quale 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.

Le direttive stabiliscono che **l'ordine di discriminare** sulla base di uno dei fattori vietati è equiparato ad una vera e propria discriminazione. Si pensi alla situazione di un datore di lavoro che, servendosi di un'agenzia di somministrazione per reclutare lavoratori per la sua impresa, richieda di selezionare o viceversa escludere personale appartenente ad certa razza o religione, ovvero ad un proprietario di immobile che, servendosi di un'agenzia di intermediazione immobiliare per darlo in locazione, richieda di selezionare i potenziali affittuari sulla base di un elemento etnico-nazionale. In tali situazioni, potranno essere chiamati a rispondere del comportamento discriminatorio tanto chi lo ha concretamente messo in atto, quanto chi l'ha ordinato. La tutela potrà essere invocata anche da chi, rifiutando di agire in base agli ordini del suo superiore, venga sottoposto a trattamento sfavorevole (si pensi, con riferimento agli esempi di cui sopra al dipendente di un'agenzia di somministrazione lavoro o di un'agenzia immobiliare che, rifiutando di mettere in atto l'ordine di discriminare impartito dal datore di lavoro utilizzatore o dal proprietario immobiliare, venga licenziato o subisca un trattamento sfavorevole da parte del titolare). Questo anche alla luce del riconoscimento della fattispecie di "discriminazione per associazione" avvenuta da parte della Corte di Giustizia europea nella già

citata causa *S. Coleman contro Attridge Law e Steve Law*, C-303/06.

La tutela civile nei casi di discriminazione, molestia e ordine di discriminazione può trovare applicazione anche nei confronti di soggetti diversi dall'agente individuale della discriminazione alla luce dei principi generali della responsabilità civile contrattuale. Va richiamato ad esempio l'art. 2087 del Codice Civile sul dovere dell'imprenditore di protezione dell'integrità fisica e morale dei prestatori di lavoro (*"L'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro"*). Ne consegue, pertanto, che anche il titolare dell'impresa potrà essere chiamato a rispondere della molestia a sfondo etnico-razziale o religioso perpetuata da un suo dipendente nei confronti di un altro dipendente, qualora, pur se debitamente informato e messo a conoscenza del comportamento vietato, non abbia messo in atto adeguate misure per prevenirlo o reprimerlo. Ciò vale a confermare che la responsabilità civile per discriminazione può derivare in taluni casi anche da un comportamento 'omissivo' rispetto ad un 'obbligo di fare'. Ugualmente, potrà eventualmente sorgere una responsabilità civile della 'persona legale' oltretutto dei singoli. In un caso di qualche anno fa, il Tribunale di Milano ha dichiarato la responsabilità di una persona legale, una banca, per la molestia a sfondo etnico-razziale perpetuata dai suoi dirigenti nei confronti di un impiegato di colore (Tribunale di Milano, X. c. Extrabanca, ordinanza 23 marzo 2012). Secondo il giudice, la banca doveva ritenersi responsabile perché la molestia razziale era stata perpetuata dai suoi dirigenti in posizione apicale, così da essere in grado di influenzare la maggioranza degli altri impiegati.

4.3

L'ambito di applicazione "ratione personae" delle direttive 2000/43 e 2000/78

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 deve 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 una discriminazione fondata sulla nazionalità ovvero mirante a colpire gli stranieri in quanto tali, in quanto espressione esplicita di sentimenti di razzismo e xenofobia, può rendere applicabile la direttiva n. 2000/43 (CGE, sentenza *Firma Feryn*, 10 luglio 2008, C-54/07).

4.4

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).

4.5

I mezzi di ricorso ed esecuzione

Il capo II di entrambe le direttive antidiscriminatorie è intitolato *«Mezzi di ricorso ed esecuzione»* ed 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.

4.5.1

Il bilanciamento o ripartizione 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 selezione e reclutamento del personale da parte dell'impresa non corrisponde a tali dichiarazioni (par. 34). Considerazioni analoghe, sebbene riferite al divieto di discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale, sono contenute nella sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea nel caso *Asociația Accept c. Romania* (causa C-81/12), ove i giudici di Lussemburgo concludono che le dichiarazioni omofobe del «patron» di una squadra di calcio professionistica possono far gravare su di essa l'onere di dimostrare che non segue una politica discriminatoria in materia di assunzioni ed ingaggi.

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. Questo 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 anti-discriminatoria anche con riferimento alle procedure di selezione e reclutamento del personale, perché altrimenti, 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, unitamente alle altre circostanze fattuali, 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", perché 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. 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.

4.5.1.1

l'«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 sostenere 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. Non risulta, peraltro, 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.

4.6

La protezione dalla ritorsione

L'Art. 9 della direttiva 2000/43 prevede l'obbligo per gli Stati membri di apprestare una tutela specifica in favore delle persone che hanno assunto iniziative tese ad affermare la parità di trattamento ed il contrasto alle discriminazioni (*"Gli Stati membri introducono nei rispettivi ordinamenti giuridici le disposizioni necessarie per proteggere le persone da trattamenti o conseguenze sfavorevoli, quale reazione a un reclamo o a un'azione volta a ottenere il rispetto del principio della parità di trattamento"*). La ratio della norma è evidentemente quella di evitare che azioni, non necessariamente

giudiziarie, volte ad affermare la parità di trattamento siano scoraggiate dal timore di condotte ritorsive poste in essere dall'agente della discriminazione.

Il legislatore italiano ha recepito l'obbligo di cui all'art. 9 della direttiva estendendo anche alle vittime di ritorsione le forme di tutela giurisdizionali dalle discriminazioni, e principalmente l'azione giudiziaria anti-discriminazione (art. 4-bis d.lgs. n. 215/2003: *"La tutela giurisdizionale di cui all'articolo 4 si applica altresì nei casi di comportamenti, trattamenti o altre conseguenze pregiudizievoli*

posti in essere o determinate, nei confronti della persona lesa da una discriminazione diretta o indiretta o di qualunque altra persona, quale reazione ad una qualsiasi attività diretta ad ottenere la parità di trattamento").

In giurisprudenza si è posta la questione se la legittimazione attiva a proporre un'azione giudiziaria di tutela contro un comportamento ritorsivo spetti anche a chi non appartenga al gruppo discriminato, ma venga comunque soggetto ad azioni e comportamenti ritorsivi per aver assunto iniziative a salvaguardia della parità di trattamento di gruppi etnici, razziali, nazionali o religiosi. Il caso in specie ha riguardato un manifesto fatto affiggere dal Sindaco e dal pro-Sindaco del Comune di Varallo offensivo e di scherno nei confronti di due cittadini italiani che si erano opposti con varie iniziative, anche giudiziarie, ai cartelli stradali posti dall'amministrazione comunale all'ingresso della località che riportavano la prescrizione contenuta in un'ordinanza comunale del divieto dell'uso del *burqa*, del *burkini* e del *niqab* sul territorio comunale. Il Tribunale di Milano, con ordinanza 23.09.2014, ha adottato un'interpretazione restrittiva, secondo la quale la condotta ritorsiva è sanzionabile solo ove sia tenuta nei confronti

di una vittima diretta di discriminazione o nei confronti di quanti sono legati da particolari vincoli (*"ad esempio di parentela"*) con la persona discriminata o appartengono al *"medesimo gruppo di persone discriminate o collegato con quello, e quindi portatori degli stessi o di analoghi interessi,..."*. Il Tribunale di Vercelli, con ordinanza n. 1241/2014 dd. 4 dicembre 2014, ha invece più correttamente ritenuto la necessità di un'interpretazione secondo i canoni ermeneutici indicati dall'art. 12 delle preleggi, ovvero in base al criterio letterale e dell'intenzione del legislatore (*ratio legis*). Il giudice di Vercelli ha pertanto sottolineato la mancata necessità che la vittima della ritorsione sia anche vittima della discriminazione, in quanto il legislatore ha inteso aggiungere espressamente la locuzione *"qualunque altra persona"* nella costruzione della norma, confermando così che la norma medesima è incentrata sul carattere ritorsivo della condotta pregiudizievole più che sul danneggiato, così soddisfacendo l'obiettivo del legislatore, europeo e nazionale, di apprestare una tutela specifica in favore di quanti (pur non essendo direttamente vittime di discriminazioni) abbiano assunto iniziative a favore della parità di trattamento.

4.7

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 viene ritenuta da molti commentatori non pienamente conforme 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).⁷ 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.

Al fine di favorire l'accesso alla giustizia da parte delle vittime di discriminazioni, il Dipartimento Pari Opportunità della Presidenza del Consiglio dei Ministri ha recentemente istituito un **Fondo di solidarietà per la tutela giurisdizionale**, gestito in collaborazione dal Consiglio Nazionale Forense e dall'UNAR.

⁷] Da ultimo, si veda: *ECRI Conclusions on the implementation of the recommendations in respect of Italy subject to interim follow-up*, adopted on 9 December 2014, published on 24 February 2015.

Il Fondo consente alle vittime di discriminazione di accedere alla tutela giurisdizionale grazie all'anticipazione delle spese legali, che saranno restituite, attraverso un meccanismo di rotazione, in caso di esito favorevole della causa. Le domande di accesso al Fondo possono essere presentate anche dalle associazioni titolari della legittimazione processuale (si veda al cap. 6 par. 1). Istruzioni specifiche sul funzionamento del Fondo e sulle condizioni di ammissione sono reperibili sul sito dell'UNAR.

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, 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.

Con la legge regionale 19 maggio 2014, n. 9, è stato istituito nella Regione autonoma Friuli Venezia Giulia, il **Garante regionale dei diritti della persona**, al cui interno opera un componente con funzioni **di garanzia per le persone a rischio di discriminazione**. Le attività del Garante consistono, tra l'altro, in attività di informazione e assistenza alle vittime, segnalazione delle violazioni, raccolta e monitoraggio di dati, con riferimento a discriminazioni fondate su ragioni di ascendenza o di origine nazionale o etnica, appartenenza linguistica o culturale,

convinzioni personali e religiose, condizioni personali e sociali, comprese le condizioni di disabilità temporanee o permanenti, età, identità di genere o orientamento sessuale.



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’, predispone una prima forma di prevenzione della discriminazione, laddove vieta al datore di lavoro *“...ai fini dell'assunzione, come nel corso dello 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; con riferimento all'asserito carattere ritorsivo del licenziamento, Cass. Civ. Sez. lavoro, 14 luglio 2005, n. 14816 e da ultimo, Cass. Civ. Sez. lavoro, 18 marzo 2011, n. 6282). Ugualmente, la giurisprudenza ha pure affermato l'insussistenza della nullità del recesso del rapporto di lavoro per motivo di discriminazione, quando il licenziamento sia comunque sorretto da giusta causa, con conseguente onere a carico del lavoratore a dimostrare che l'intento discriminatorio *"abbia avuto l'efficacia determinativa esclusiva della volontà del datore di lavoro"* (Cass. Civ., Sez. lavoro, 14 luglio 2005, n. 14816 e Cass. Civ., Sez. lavoro, 25 maggio 2004, n. 10047). Tuttavia tale giurisprudenza del giudice di legittimità non appare conforme al regime probatorio agevolato a tutela della vittima di discriminazione, imposto dalla fonte sovranazionale di cui alle citate direttive europee n. 2000/43/CE e 2000/78/CE (e, per le questioni di discriminazioni di genere, dalla direttiva n. 2006/54). In virtù del principio del bilanciamento dell'onere probatorio, il lavoratore soggetto al licenziamento viene favorito nella dimostrazione del nesso di causalità tra il trattamento differenziato ed il fattore di discriminazione vietato, ove egli possa dimostrare *prima facie* l'esistenza di un trattamento peggiore rispetto ad un terzo, correlato ad uno dei fattori "protetti" dal diritto dell'Unione europea (si pensi a solo titolo di esempio ad un lavoratore 'di colore' che venisse licenziato per motivi

disciplinari in ragione di una causa rispetto alla quale un altro lavoratore 'autoctono' nella medesima situazione non venisse sottoposto allo stesso trattamento di recesso del rapporto di lavoro). In tali casi, la corretta applicazione del principio del bilanciamento dell'onere della prova (*sopra* cap. 4 par. 5 sub.1), farà gravare sul datore di lavoro l'onere di provare la ragione obiettiva di un tale trattamento differenziato, indifferente in via esclusiva rispetto al fattore "vietato", con conseguenze dunque opposte rispetto all'orientamento della giurisprudenza nazionale sinora maturata.⁸ Questo tanto sul piano dell'apprezzamento della legittimità/illegittimità del licenziamento, quanto delle conseguenze sanzionatorie dell'accertata illegittimità, alla luce delle

modifiche intervenute all'art.18 dello 'Statuto dei Lavoratori' con il c.d. "Jobs Act" (legge 10 dicembre 2014, n. 183 e conseguente d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23 "Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti"). A seguito di detta riforma, la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro è stata conservata per i nuovi assunti a partire dal 7 marzo 2015 solo nelle ipotesi di licenziamento discriminatorio, nullo ed intimato per forma orale o nei casi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per motivi disciplinari, per questi ultimi solo quando sia direttamente dimostrata l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, restando esclusa ogni valutazione circa la proporzionalità del licenziamento.

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"*) e poi la legge 10 dicembre 2014, n. 183 (*"Deleghe al Governo in materia di riforma degli ammortizzatori sociali, dei servizi per il lavoro e delle politiche attive, nonché in materia di riordino della disciplina dei rapporti di lavoro e dell'attività ispettiva e di tutela e conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro"*), attuata tra l'altro con il già richiamato d.lgs. n. 23/2015, pur

riformando l'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori, non hanno inciso sul diritto alla 'tutela reale', ovvero alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, nei casi di licenziamento discriminatorio, a prescindere dal numero di occupati nell'impresa. Quindi, il giudice, con la sentenza con la quale dichiara la nullità del licenziamento perché discriminatorio, ordina al datore di lavoro la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, indipendentemente dal motivo formalmente adottato. L'unica eccezione

8] Per un'applicazione rigorosa di tale nuovo approccio fondato sul giudizio di comparazione in un trasferimento di una lavoratrice madre, si veda Corte di Appello di Torino, 19 febbraio 2013. Per approfondimenti si rimanda a Elisabetta Tarquini, *Le discriminazioni sul lavoro e la tutela giudiziale*, Giuffrè editore, 2015, pp. 29-39 e 75-82).

alla reintegrazione del lavoratore 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. 2 c. 3 d.lgs. n. 23/2015), la cui richiesta determina la risoluzione del rapporto di lavoro. 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 (Art. 2 c. 2 d.lgs. n. 23/2015).

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). Come chiarito dall'art. 9 c. 2 del d.lgs. n. 23/2015, la *“tutela reale”* e dunque l'obbligo di reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro in caso di licenziamento discriminatorio - salva la richiesta di indennità sostitutiva avanzata dallo stesso lavoratore - trova applicazione anche nei confronti dei datori di lavoro che costituiscono *“organizzazioni di tendenza”*. Già nel vigore dell'art. 4 della legge n. 108/1990, la giurisprudenza di Cassazione aveva comunque chiarito che, se il licenziamento operato dall'organizzazione di tendenza era discriminatorio, valeva 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 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 invece 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 solo 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 in astratto ritenersi legittimo il licenziamento del dipendente di un istituto educativo cattolico, se le sue mansioni effettive avessero un legame con la protezione e promozione della tendenza ideologica dell'istituto, ma non certo se svolgesse 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 sarebbe 'neutra' o irrilevante per i fini istituzionali dell'ente. Peraltro, anche il licenziamento ideologico dell'educatore in astratto potrebbe ritenersi legittimo soltanto se si trattasse di persone svolgenti mansioni educative ed insegnamenti caratterizzanti la "tendenza" dell'ente o non 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 quattro 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 20.10.2009, caso *Vallauri c. Italia*, n. 39128/05 (sul licenziamento di un docente universitario da parte dell'Università Cattolica di Milano);
- 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, caso *Siebenhaar c. Germania*, n. 18136/02 (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 prevede 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; norma successivamente riformata dall'art. 80 c. 19 della legge n. 388/2000, che introduce il requisito

della carta di soggiorno (poi permesso CE per lungo soggiornanti) per accedere alle prestazioni di assistenza sociale che sono previste quali diritti soggettivi dalla legislazione vigente, ma successivamente dichiarata incostituzionale da numerose pronunce della Corte Costituzionale (n. 306/2008, 11/2009, 285/2009, 187/2010, 329/2011, 40/2013, n. 22/2015; si veda sopra cap. 2 par. 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 sia attuata in modo diretto (cioè quando una persona viene trattata meno favorevolmente di quanto lo sarebbe un'altra 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 Roma, con ordinanza del 16 febbraio 2015 (n. 37070/12 r.g.), ha condannato una casa editrice per condotta discriminatoria nei confronti di Rom e Sinti, ordinando il ritiro dal mercato di una pubblicazione, rivolta ai partecipanti al concorso di abilitazione per l'esercizio della professione

di avvocato, in cui persone appartenenti a tali gruppi etnici venivano automaticamente associate alla commissione di reati ai fini della spiegazione didattica degli elementi costitutivi dei medesimi. Il giudice di Roma ha sottolineato *“l'irrelevanza di un'ipotetica indagine volta a ricostruire se l'intento effettivo dell'autore della pubblicazione fosse quello di proporre in termini di disvalore la mera appartenenza alla categoria degli zingari, posto che il risultato obiettivo della comunicazione, al di là dell'intento del redattore del parere, è quello di suggerire una simile lettura”*, con conseguente messaggio lesivo della dignità e della reputazione del gruppo etnico rom e sinti nella sua interezza, al quale viene associato uno stereotipo negativo ed un preconcetto razziale, fondato sull'associazione *“rom=delinquente”*, con conseguente stigmatizzazione di un'intera comunità.⁹ Analogamente, 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, addotta 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 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.), di quello dell'Unione europea (Trattati UE e Carta europea dei diritti fondamentali) e di quello 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).

9) Nel volume in questione, per spiegare il reato previsto dall'art. 712 del c.p. (*“Acquisto di cose di sospetta provenienza”*), l'autore analizza le circostanze che debbono far sorgere nel soggetto che acquista o riceve il sospetto che la cosa provenga da un reato indicando, in particolare, l'acquisto da *“un mendicante, da uno zingaro o da un noto pregiudicato”*; cfr. Tribunale di Roma, sez.I civ., ordinanza 16 febbraio 2015 (r.g. n. 37070/12), *D.S. ASGI e Associazione 21 luglio c. Gruppo editoriale Simone*.

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).

Pertanto, 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 L. n. 300/70 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 estende anche agli altri fattori illegittimi di discriminazione.

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 antidiscriminatoria 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 ritenga l'art. 43 c. 3 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. Verrebbe violato, infatti, il principio comunitario di equivalenza dei rimedi, per cui l'ordinamento interno non può approntare per la violazione di diritti che trovano fondamento nel diritto dell'Unione europea, sanzioni e rimedi, anche processuali, di livello ed efficacia inferiori rispetto a quelli approntati per la violazione di diritti garantiti dall'ordinamento nazionale (CGE, sentenza 16 dicembre 1976, *Rewe*, causa C-33/76). 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 01.03.2006 n. 67 (discriminazioni delle persone con disabilità anche al di fuori dell'ambito lavorativo) e quelle di cui all'art. 55 *quinques* 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) e 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 cap. 4 par. 5 sub. 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* (per alcuni esempi di provvedimenti di urgenza in procedimenti antidiscriminazione cfr.: Tribunale di Trieste, decreto 13 marzo 2012; Tribunale di Trieste, decreto 4 luglio 2013; Tribunale di Roma, sez. II civ., ordinanza 8 agosto 2012; Tribunale di Udine, decreto 30

agosto 2013).

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 soggettivi 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). La menzione espressa dell'art. 15 dello Statuto dei lavoratori effettuata all'art. 43 c. 2 lett. e) del T.U. imm. apre la questione relativa alla concorrenzialità dei rimedi processuali.

In materia di **licenziamento discriminatorio**, il d.lgs. n. 23/2015, attuativo della legge n. 183/2014 (il c.d. *"Jobs Act"*), ha abrogato (sebbene per i soli lavoratori assunti dopo il 7 marzo 2015) il rito specifico dei licenziamenti ex art. 18 dello Statuto dei Lavoratori, precedentemente introdotto dalla L. n. 91/92 (c.d. *"Legge Fornero"*).

La questione dell'eventuale conflitto tra rito antidiscriminatorio e rito speciale per i licenziamenti è dunque destinata a esaurirsi, ma resta tuttavia la questione del rapporto tra rito ordinario del lavoro in applicazione dell'art. 18 della L. n. 300/1970, così come riformulato dal d.lgs. n. 23/2015, ed il rito sommario di cognizione ex art. 28 d.lgs. n. 150/2011: chi voglia impugnare un licenziamento perché discriminatorio dovrà comunque decidere di quale dei due strumenti avvalersi.

La tesi preferibile sembra senz'altro quella della concorrenza dei due rimedi.

Qualora il lavoratore voglia dedurre il carattere discriminatorio del licenziamento per uno dei motivi di cui all'art. 28 d.lgs. n. 150/11 potrà agire con l'azione civile contro la discriminazione prevista da detto articolo: in questo caso potrà certamente chiedere la rimozione della discriminazione e pertanto la reintegrazione in servizio, ma senza poter accedere allo strumento specifico dell'art. 18

dello *"Statuto dei Lavoratori"* e dunque senza poter poi formulare (ove lo ritenga) l'opzione sostitutiva della reintegrazione ex art. 2 c. 3 d.lgs. n. 23/2015.

In alternativa, potrà avvalersi del rito ordinario del lavoro (come peraltro già prima poteva avvalersi del c.d. *"rito Fornero"*), deducendo la sussistenza di un licenziamento discriminatorio per uno dei motivi di cui all'art. 15 L. 300/70 (badando che i fattori di discriminazione *"vietati"* dallo Statuto dei Lavoratori non coincidono esattamente con quelli di cui all'art. 28 d.lgs. n. 150/11: i primi non comprendono la nazionalità che è compresa nei secondi; comprendono, altresì, le opinioni politiche e sindacali che non sono previste dal d.lgs. n. 150/2011 se non sotto il profilo delle convinzioni personali).

In questo caso potrà (e anzi dovrà) richiedere l'applicazione dell'art. 18 dello *"Statuto dei Lavoratori"* con ogni conseguenza.

In entrambi i casi troveranno applicazione i principi comunitari in materia di attenuazione dell'onere probatorio (principi che non dipendono dalla scelta di uno o dell'altro rito). Infatti, come già indicato (sopra cap. 5 par. 1 sub 1), quando sia in oggetto l'assunto discriminatorio dell'atto, si ritiene che i principi di bilanciamento dell'onere probatorio derivanti dalle norme del diritto dell'Unione devono trovare applicazione anche nell'ambito del rito del lavoro in virtù della diretta applicazione e del primato del diritto dell'Unione europea sulle norme interne e conseguentemente dell'obbligo di interpretazione conforme delle ultime rispetto alle prime, capace dunque di operare anche rispetto alle disposizioni

10) In proposito si rinvia a E. Tarquini, *Le discriminazioni sul lavoro e la tutela giudiziale*, op. cit.

previste in via generale in materia di onere della prova, quale nel nostro ordinamento l'art. 2697 c.c.¹⁰ Sull'esperibilità del sistema di tutela previsto dall'azione civile contro la discriminazione anche nelle situazioni attinenti alle discriminazioni nell'ambito lavorativo di cui all'art. 15 dello Statuto dei lavoratori, si veda l'ordinanza della Corte di Appello di

Roma, 19 ottobre 2012, ove peraltro, viene rimarcato il carattere distinto e particolare dell'azione giudiziaria antidiscriminazione rispetto al ricorso per condotta antisindacale ex art. 28 St. Lav., in quanto la prima mira alla tutela dell'interesse individuale del lavoratore a non essere discriminato, il secondo alla tutela dell'interesse collettivo del sindacato.¹¹

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 recepite 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 nelle 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

11) Ugualmente, la Corte di Appello di Milano, con decisione 15 aprile 2014 riferita ad un licenziamento fondato sull'età, ha respinto la tesi del giudice di primo grado secondo il quale l'art. 4 del d.lgs. 216/03 doveva ritenersi abrogato per effetto della "legge Fornero", per cui l'azione giudiziaria anti-discriminazione non poteva essere più esperita ed il rito specifico dei licenziamenti introdotto dalla legge n. 91/92 l'unico strumento utilizzabile.

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, 9 aprile 2010 (G.U. n. 180 dd. 04.08.2010), con il Decreto del Ministro del Lavoro e delle Politiche sociali 12 ottobre 2011 (Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 256 del 3 novembre 2011) e, da ultimo, con il Decreto del Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali del 13 marzo 2013. Tale elenco include circa 600 associazioni ed enti, tra quelli già inclusi nel registro delle associazioni che si occupano dell'integrazione dei migranti, previsto dall'art. 49 T.U., e quelli 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 una giurisprudenza di merito 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 giudiziali 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 perché colpisce persone appartenenti a gruppi etnico-razziali 'alloctoni' e diversi rispetto a quelli che in larga parte compongono il popolo italiano, sicché può essere fatta rientrare comunque nell'ambito applicativo della normativa di attuazione della direttiva europea n. 2000/43/CE. La stessa Commissione europea nel rapporto sull'applicazione della direttiva 2000/43 dd. 17 gennaio 2014 ha riconosciuto che differenze in base alla nazionalità o al linguaggio possono tradursi in discriminazioni indirette sulla base dell'origine etnica (*Joint Report on the application of Council Directive 2000/43/EC and 2000/78/EC*, Brussels, 17.01.2014, par. 5.1. doc. 13).

Questa interpretazione è largamente maggioritaria nella giurisprudenza di



merito, 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.¹²

Un avvallo implicito a tale orientamento è stato dato dalla Corte di Cassazione, SS.UU., la quale con l'ordinanza n. 20661/2014 ha sollevato questione di costituzionalità circa la legittimità dell'esclusione dei cittadini stranieri dal bando per il Servizio Civile, senza rilevare alcun difetto di legittimazione attiva delle due associazioni iscritti nel citato elenco che avevano proposto il ricorso; questione che avrebbe potuto essere rilevata d'ufficio. b) secondo una linea interpretativa

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 'proporzionalmente più rappresentative', 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.¹³

12) Si vedano in particolare: Corte d'Appello Brescia, 21.10.2013, *Baushi e Fondazione Guido Piccini c. Presidenza del Consiglio dei Ministri*; Corte d'Appello Milano 22.3.2013, *Syed+ASGI+APN c. Ministero interno*, in tema di ammissione degli stranieri al Servizio Civile Nazionale; Corte d'Appello Brescia, 12.3.2013, *Comune di Chiari c. ASGI e Fondazione Piccini*, 4.3.2010, in giudizio avente ad oggetto esclusivamente la questione della legittimazione attiva; Trib. Brescia, 10.1.2013, *Hossain+ altri, ASGI c. Comune di Brescia*; Trib. di Bergamo, sez. lavoro, 28 novembre 2009, *APN, ASGI, ANOLF c. Comune di Brignano Gera d'Adda*; Trib. di Bergamo, Sez. Lavoro, 17 Maggio 2010, *ANOLF, ASGI C. Comune di Palazzago*; Trib. di Milano, 1 agosto 2009, *APN, NAGA c. Provincia di Sondrio*; Trib. Brescia, 19 gennaio 2010, *ASGI e Fondazione Piccini c. Comune di Chiari*; Trib. Brescia, 29 gennaio 2010, *Diallo e altri, ASGI, Fondazione Guido Piccini c. Comune di Trenzano*; Trib. Brescia, 9 aprile 2010, *ASGI e Fondazione Piccini c. Comune di Montichiari e Ministero dell'Interno*; Trib. Milano, sez. lav. 26 luglio 2010, *ASGI APN Farsi Prossimo ONLUS c. Comune di Tradate*; Trib. Bergamo, 15 marzo 2011, *Tahir, ANOLF e ASGI c. Comune di Poliscio* espressamente sulla legittimazione; Trib. Milano, sez. I, 2 maggio 2011, *APN, Farsi prossimo Onlus c. Comune di Gerezano e Cristiano Borghi*; Trib. Brescia, 12 giugno 2012, *ASGI e Fondazione Piccini c. Comune di Ghedi*, espressamente sulla legittimazione. Nello stesso senso Trib. di Udine, 30 giugno 2010, B. c. *Comune di Latisana*.

13) In tale senso, ad es. Tribunale di Reggio Emilia, sez. lavoro, ordinanza 16 luglio 2012 (*O.N. c. INPS, Comune di Fabbro e Unione dei Comuni della Pianura Reggina*); Tribunale di Roma, ordinanza 14 dicembre 2012 (*XX e ASGI c. MIUR*) e Tribunale di Roma, ordinanza n. 57197/2012 del 9 luglio 2013 (*ASGI c. ISS*).

Se così interpretato, nei casi di discriminazione collettiva l'attuale assetto normativo fornirebbe una tutela differenziata, a seconda dei diversi fattori di discriminazione considerati, con conseguenti possibili profili di incompatibilità con il principio comunitario di equivalenza dei rimedi così come di incostituzionalità per violazione dei principi di uguaglianza e ragionevolezza.¹⁴

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 ed 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 2 maggio 2011, pag. 4; Tribunale di Brescia, ordinanza 7 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 impedirne la ripetizione. 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 ed impedire la ripetizione dell'atto o comportamento discriminatorio, sono molto ampie e diversificate. Possono innanzitutto

¹⁴ In proposito si veda: A. Guariso, *Appunti sulla legittimazione attiva delle associazioni nelle azioni contro le discriminazioni collettive per nazionalità*, in www.asgi.it.

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 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 escluso¹⁵; fino all'ordine impartito alla Pubblica amministrazione di dare adeguata pubblicità al provvedimento giudiziario, comunicandolo a tutte le sedi periferiche e ai patronati sindacali e modificando la propria pagina internet, precisando che un beneficio sociale destinato ai disabili spetta a tutti gli stranieri regolarmente soggiornanti, anche se privi del permesso di soggiorno CE per lungo soggiornanti, con l'evidente finalità di prevenire la ripetizione della discriminazione accertata (Tribunale di Pavia, sez. lavoro, ordinanza n. 1474/13 del 12 luglio 2013, relativa alla mancata attuazione da parte dell'INPS delle sentenze della Corte Costituzionale sull'illegittimità costituzionale dell'art. 80 c. 19 legge n. 388/2000).

15) 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. Più recentemente, l'ordinanza del Tribunale di Milano, sez. lavoro, 4 marzo 2015 che, accertando la natura discriminatoria tanto del requisito di cittadinanza italiana o comunitaria per l'accesso alle graduatorie per le supplenze di insegnamento, quanto della preferenza a favore dei cittadini italiani nelle graduatorie per l'insegnamento di conversazione in lingua straniera, ordina al MIUR rispettivamente di riaprire i termini per la presentazione delle domande di inclusione e a provvedere in autotutela ad ammettere le domande presentate da cittadini stranieri e respinte, e di non collocare in posizione subordinata i cittadini stranieri ammessi alle graduatorie per l'insegnamento di conversazione in lingua straniera. Ugualmente, si possono citare le ordinanze del Tribunale di Milano 12 agosto 2012 e di Genova 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. Di tenore analogo l'ordinanza del Tribunale di Milano, Sez. lavoro, 19 novembre 2013 (N. r.g. 2013/14219) che, dichiarando il carattere discriminatorio del requisito di cittadinanza italiana per l'accesso al Servizio Civile Nazionale, ha ordinato all'apposito ufficio presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri di modificare i bandi ammissione, riaprendo i termini per una durata non inferiore a 10 giorni per consentire anche agli stranieri regolarmente soggiornanti in Italia di presentare le domande.

Sempre con riferimento alle funzioni inibitorie/repressive dell'azione del giudice nel giudizio antidiscriminatorio, va menzionata la recente ordinanza del Tribunale di Roma 16 febbraio 2015 che, dichiarando il contenuto discriminatorio in danno della comunità Rom e Sinta di una pubblicazione, ne ha ordinato il ritiro dal mercato e l'obbligo, in caso di stampa di successive edizioni, di eliminare l'espressione discriminatoria.

In astratto, si potrebbe anche ipotizzare una pronuncia costituiva 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 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.¹⁶

La formulazione letterale della direttiva n. 2000/43 conferma la possibilità di utilizzo

16] Diversa tuttavia l'ipotesi in cui la riassunzione dei dipendenti da parte del nuovo appaltatore derivi da obblighi previsti dai contratti collettivi.

della tutela anti-discriminatoria 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’illegitimità 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’illegitimità 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. Un ulteriore esempio giurisprudenziale, sebbene riferito al divieto di discriminazioni fondate sulla disabilità (direttiva n. 2000/78), è costituito dall’ordinanza del Tribunale di Bologna, sezione lavoro, del 18 giugno 2013 (R.G. Lav. 171/2013). Il giudice ha accolto il ricorso anti-discriminazione presentato da un infermiere professionale che, dopo aver vinto un bando di concorso pubblico presso un’Azienda ospedaliera di Bologna, per la copertura di un posto a tempo determinato di durata semestrale, non si è visto concludere il contratto a seguito delle prove mediche di idoneità, che avevano accertato la necessità di evitare il lavoro notturno in ragione di una patologia di ‘epilessia notturna’. Il giudice del lavoro di Bologna ha ritenuto che la mancata assunzione dell’infermiere professionale in ragione soltanto della sua patologia, e senza che l’Azienda ospedaliera avesse prospettato e messo in atto alcun ‘accomodamento ragionevole’ della posizione lavorativa in favore del lavoratore disabile, abbia sostanziato un comportamento discriminatorio fondato sulla ‘disabilità’ vietato dalla direttiva europea n. 2000/78 e dalla legge di ratifica della Convenzione

ONU sui diritti delle persone con disabilità. Accertando il carattere discriminatorio del comportamento dell'Azienda Ospedaliera, e non essendo praticabile il rimedio 'reale' alla discriminazione consistente nell'effettiva assunzione del ricorrente, essendo il bando scaduto e risultando restrizioni per le nuove assunzioni, il giudice dunque ha ordinato il risarcimento del danno patrimoniale subito dal ricorrente, rappresentato dalle retribuzioni cui egli avrebbe beneficiato se fosse stato ammesso in servizio.

Rientra nella nozione di danno patrimoniale, anche la *perdita di chance*, cioè la perdita di una concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato risultato (Cass., SS.UU., n. 7943/2008), che è tuttavia onere del ricorrente dimostrare, anche solo in via presuntiva, tramite il ricorso ad un calcolo della probabilità che evidenzi i margini di possibile raggiungimento del risultato sperato (Cass., n. 14820/2007).¹⁷

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 abbia 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, finalizzato 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'* (Cass., n. 10553/2009) (ad es. Tribunale di Oristano, ord. 6 giugno 2014, Tribunale di Como, sez. II civile, ordinanza 15 maggio 2013; Tribunale di Bergamo, sez. lavoro, ordinanza 15 marzo 2013; 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). Di recente, la sentenza della Corte di Giustizia europea nel caso *Accept contro Romania*, 25 aprile 2013, causa C-81/12, ha affermato – con riferimento all'analogo principio contenuto nella direttiva 2000/78- che *"la severità delle sanzioni deve essere adeguata alla gravità delle violazioni che esse reprimono e comportare, in particolare, un effetto realmente deterrente"*, per cui *"una sanzione meramente simbolica non può essere considerata compatibile con un'attuazione corretta ed efficace della direttiva n. 2000/78"* (paragrafi 63 e 64).

¹⁷ Per un'applicazione concreta dei principi relativi al risarcimento del danno da "perdita di chance" in un'azione giudiziaria antidiscriminazione relativa all'esclusione illegittima di uno straniero da una selezione pubblica per netturbini indetta da una società partecipata, si rimanda a Tribunale di Verona, sez. civile, ordinanza del 18 ottobre 2014.

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. Nei casi di accertata discriminazione, il risarcimento del danno non patrimoniale, ovvero derivante dalla lesione di interessi della persona non connotati da rilevanza economica, trova fondamento, oltretutto dall'espressa previsione di legge, anche nel principio della tutela minima risarcitoria, affermato dalla giurisprudenza di legittimità, in caso di grave violazione di diritti inviolabili della persona oggetto di copertura costituzionale (Cassazione, SS.UU. n. 26972/2008). Questo tenendo in considerazione la natura di diritto fondamentale del principio di uguaglianza e di non discriminazione, pienamente riconosciuto come tale nell'ordinamento internazionale, europeo e costituzionale.

La portata "dissuasiva" della sanzione raccomandata dalle direttive comunitarie e richiamata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia nella citata causa *Accept*, 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, sull'intensità dell'elemento psicologico alla base del comportamento dell'autore, 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, e da liquidarsi secondo un criterio equitativo. In altri termini, affinché il sistema normativo non sia in contraddizione con gli obblighi della sanzione 'dissuasiva' previsti dalla normativa europea, il danno non patrimoniale da discriminazione non dovrebbe ricadere esclusivamente nella tipologia del "danno-conseguenza", ma dovrebbe essere considerato pure alla stregua di un "danno-evento".

Una siffatta interpretazione dei principi inerenti al risarcimento del danno non patrimoniale risulterebbe inoltre maggiormente coerente e conforme alle direttive europee antidiscriminatorie, secondo le quali, nell'interpretazione della Corte di Giustizia nelle citate cause *Feryn* e *Accept*, il carattere effettivo, proporzionato e dissuasivo della sanzioni deve trovare applicazione anche in relazione a quei procedimenti avviati da associazioni legittimate ad agire ove non vi siano vittime individuali identificabili. Nel caso, infatti, di ricorsi collettivi avviati da ONG (*actio popularis*) appare difficile che queste ultime possano indicare e provare in giudizio pregiudizi specifici subiti a seguito dell'evento discriminatorio.

Secondo un altro orientamento, tale riconoscimento presupporrebbe 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). Ne consegue che *"in tema di danni non patrimoniali (...) è onere del danneggiato fornire al giudice di merito i necessari elementi di prova funzionali a dimostrare, sul piano processuale, tanto l'esistenza quanto l'entità delle conseguenze dannose risarcibili asseritamente subite a seguito del prodursi di un evento di danno (...), non essendo legittimamente predicabile, in seno al sottosistema civilistico delle responsabilità, alcuna fattispecie di danni in re ipsa (ovvero per l'evento in sé n.d.r.)"* (Cassazione civile, sez. III, 13 dicembre 2012, n. 22890, citata fra l'altro da: Tribunale di Torino, sez. lavoro, ord. 13 ottobre 2013). I decreti di recepimento delle direttive

europee prima e l'art. 28 c. 6 del d.lgs. n. 150/2011 poi, prevedono, tuttavia, 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 già un'ipotesi di 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).¹⁸

18] 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, sez. lavoro, sentenza n. 3/2012 depositata il 10 gennaio 2013. Qui, il Giudice, censurando il *"comportamento dilatorio posto in essere dall'amministrazione che ha prolungato gli effetti della condotta discriminatoria"*, ha alla fine disposto la liquidazione di un danno non patrimoniale da 'comportamento ritorsivo' ad un'azione volta a far valere il rispetto del trattamento non discriminatorio, nell'ammontare di euro 3.000 per ciascuno dei ricorrenti individuali, e all'ASGL, in quanto ricorrente collettivo, *"un più ampio risarcimento, espressivo della lesione alla generalità dei consociati"*, liquidato in euro 15.000. La Corte di Appello di Brescia, con la sentenza n. 51/2013 del 31 gennaio 2013, ha pure giudicato incompatibile con il divieto di ritorsioni previsto dalla direttiva 2000/43, per cui nessun può subire un danno dalla promozione di un'azione a tutela della parità di trattamento (art. 4 d.lgs. b. 215/2003), il comportamento del Comune di Adro il quale, costretto dall'ordine del giudice di riaprire i termini di un bando per l'assegnazione di un "contributo affitti", inizialmente previsto solo per i cittadini italiani, aveva disposto che avrebbe pagato i nuovi richiedenti di cittadinanza straniera solo allorché avrebbe recuperato dai richiedenti italiani (ai quali nel frattempo il bonus era stato già pagato) la quota necessaria per ridistribuire l'importo su una platea più vasta.

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 'dissuasivo', 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, con conseguente quantificazione svincolata da un onere probatorio rigidamente accollato all'attore del giudizio circa l'esistenza e l'entità delle conseguenze dannose subite a seguito dell'evento, e comunque operata in via equitativa con esiti non meramente simbolici. Nell'ambito delle azioni giudiziarie avviate per discriminazioni fondate sull'elemento etnico-razziale va citata innanzitutto l'ordinanza del Tribunale di Roma, II sez. civile, del 27 maggio 2013, con la quale è stato accolto il ricorso promosso da un cittadino italiano di etnia Rom, unitamente ad 'Associazione 21 luglio', ASGI e Open Society Justice Initiative, contro la Presidenza del Consiglio dei Ministri, la Prefettura di Roma ed il Ministero dell'Interno, in relazione ai fatti avvenuti il 3 gennaio 2010, quando, nell'ambito delle operazioni di sgombero del campo in cui abitava (noto come "Casilino 900"), era stato condotto presso l'Ufficio immigrazione della Questura di Roma e sottoposto a rilievi dattiloscopici e fotografici nonostante non fosse sospettato di alcun reato, né destinatario di alcun provvedimento amministrativo o giudiziario, né vi fossero elementi per dubitare della propria identità in quanto in

possesso della carta di identità. Nell'accertare la natura illegittima e discriminatoria del procedimento di identificazione, di raccolta e conservazione dei dati sensibili, il giudice ha accolto la domanda di risarcimento del danno non patrimoniale arrecato al ricorrente dalla lesione dei diritti alla reputazione e alla riservatezza, liquidandolo, in via equitativa e fondandosi su elementi presuntivi, in € 8,000. Ugualmente, con la citata ordinanza del 16 febbraio 2015, con la quale il Tribunale di Roma ha accertato il carattere discriminatorio della pubblicazione giuridica che associava, in un parere motivato di diritto penale, l'appartenenza al gruppo etnico *"zingaro"* di per sé ad un comportamento criminale, la casa editrice è stata condannata a risarcire la donna rom che aveva introdotto la causa civile per la somma di € 1.000 a titolo di riparazione della lesione personale non patrimoniale. Il Tribunale di Firenze, con sentenza 6 novembre 2013 (n. 3495/2013), ha riconosciuto il carattere discriminatorio dell'intervento dell'autorità di polizia volto ad impedire il matrimonio di un cittadino straniero in condizione irregolare, riconoscendo ai coniugi ricorrenti il diritto al risarcimento del danno non patrimoniale, nella misura di € 1.500 per ciascuno, per l'illecito pregiudizio subito alla loro dignità personale, sia in ragione del carattere plateale dell'intervento di polizia avvenuto dinanzi ai convenuti alla cerimonia di nozze, sia per l'eco avuto dall'evento nella stampa locale e nazionale. Può essere citata pure la sentenza del Tribunale di Varese, sezione distaccata di Luino (23-27 aprile 2012 n. 31), 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 risolvo 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 di Adro (prov. di Brescia) di un partito politico di un manifesto dai contenuti e toni offensivi nei confronti della segretaria locale della CGIL, impegnata a contrastare le iniziative discriminatorie del movimento politico 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 un istituto bancario, 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 € 5.000¹⁹. 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”*.

19] Per quanto riguarda il risarcimento del danno da lesione del diritto a non essere discriminati, in relazione a fattori diversi dall'elemento etnico-razziale, tra i casi più recenti, va certamente menzionata la decisione del Tribunale di Bergamo del 6 agosto 2014, poi confermata dalla Corte di Appello di Brescia, con sentenza del 11 dicembre 2014, con la quale un noto avvocato italiano è stato condannato al pagamento di una somma di denaro pari a € 10.000 a favore dell'associazione ricorrente (Avvocatura dei diritti Rete Lenford) per violazione del divieto di discriminazioni per aver dichiarato nell'ottobre 2013, durante una trasmissione radiofonica, che non avrebbe mai avviato nel suo studio alcuna forma di assunzione o collaborazione con professionisti omosessuali, accompagnando le sue 'argomentazioni' con espressioni omofobiche e volgari. Sempre in materia di discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale, va segnalato come il Tribunale di Catania, con la sentenza 2 luglio 2008, abbia riconosciuto un danno da discriminazione nella misura di € 100.000 ad una persona che, dopo essere stata esonerata dal servizio di leva per "disturbo dell'identità sessuale", era stata segnalata d'ufficio alla Motorizzazione civile per una procedura di revisione della patente, con conseguente rinnovo solo per un anno, così dimostrando la Motorizzazione Civile di considerare il "disturbo dell'identità sessuale" temporaneamente limitativo dell'idoneità di guida (sulla vicenda si veda poi Cassazione, sez. III, sentenza 22 gennaio 2015, n. 1126).

In tema di discriminazione fondata sulla disabilità, va ricordata la sentenza n. 4929 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.

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" nell'accertamento della 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 € 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 € 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 – 10 milioni di vecchie lire a carico di una società immobiliare che discriminava gli stranieri nell'intermediazione nel mercato della locazione. Infine Trib. Padova 6 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 € 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 Bergamo, ordinanza 6 agosto 2014, poi confermata da Corte di Appello di Brescia, sentenza 11 dicembre 2014 (n. 399/2014 R.G.); Tribunale di Bergamo, ord. 6 agosto 2014; Tribunale di Roma, sez. civ. II, ordinanza 27 maggio 2013; Tribunale di Udine, ordinanza 17 novembre 2010, confermata in sede di reclamo con ordinanza Tribunale di Udine 7 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 ha conosciuto in Italia un notevole sviluppo, con riferimento a diversi ambiti sostanziali e a profili discriminatori, tanto nel settore pubblico che privato.

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

7.1

L'accesso degli stranieri al lavoro pubblico e non

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.

La questione ha trovato una parziale ed ancora insoddisfacente soluzione con l'approvazione della 'legge europea 2013' (legge 6 agosto 2013, n. 97, art. 7), con la quale il legislatore italiano ha adeguato la normativa interna sul pubblico impiego e l'accesso ai concorsi e alle selezioni pubbliche (d.lgs. 165/2001) a parte degli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione europea, estendendo espressamente anche nella normativa di settore l'accesso alla funzione pubblica agli stranieri lungosoggiornanti, ai familiari di cittadini dell'Unione, ai rifugiati e titolari di protezione sussidiaria. Tuttavia,

la normativa di settore non è stata riformata anche con riferimento ad altre tre categorie di cittadini di Paesi terzi non membri UE, cui pure l'accesso al pubblico impiego dovrebbe essere consentito per effetto della legislazione europea, ovvero i titolari di Carta Blu UE di cui alla direttiva 2009/50, attuata in Italia con il d.lgs. n. 108/2012 (art. 12 c. 3 direttiva 2009/50) (in questo senso Tribunale di Milano, sez. lav., ordinanza 4 marzo 2015), i titolari di permesso di soggiorno CE per lungosoggiornanti rilasciato da altro Stato membro che hanno acquisito il diritto di soggiorno in Italia per motivi di lavoro (art. 21 direttiva n. 109/2003) e i familiari del rifugiato soggiornanti in Italia (art. 22 c. 2 del d.lgs. n. 251/2007) (in questo senso anche: Tribunale di Firenze, sez. lavoro, ordinanza del 23 gennaio 2014, R.G. n. 2013/2679).

Riformando la normativa di settore sull'accesso al pubblico impiego, l'Italia ha evitato il procedimento di infrazione del diritto UE che altrimenti la Commissione europea avrebbe potuto promuovere ai sensi del Trattato UE, avendo già aperto quest'ultima due procedure preliminari di consultazione nell'ambito del programma europeo "Pilot".²⁰

La legge n. 97/2013 non ha inteso adeguare formalmente la normativa sul pubblico impiego al principio di parità di trattamento previsto a favore della generalità dei lavoratori migranti regolarmente soggiornanti in Italia dall'art. 2 c. 3 del d.lgs. n. 286/98, facente riferimento alla Convenzione OIL (Organizzazione Internazionale del Lavoro) n. 143/1975.

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 delle pronunce, di segno contrario, della Cassazione (n. 24170 del 13 novembre 2006 e n. 18523 del 2 settembre 2014).

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. Ugualmente, la riforma operata con la legge n. 97/2013, con l'apertura operata dal legislatore solo nei confronti di talune categorie di cittadini di Paesi terzi non membri dell'UE "protette" dal diritto UE, manifesterebbe la volontà del legislatore di escludere le ulteriori categorie di cittadini extracomunitari non espressamente contemplati (Cassazione, sez. lavoro, sentenza 2 settembre 2014, n. 18523).

L'orientamento favorevole afferma che l'art. 2 c. 3 del T.U. immigrazione avrebbe implicitamente abrogato l'assetto normativo preesistente, così come decisivo sarebbe il riferimento alla Convenzione OIL n. 143/75

20] Anche dopo l'approvazione della 'legge europea 2013', tuttavia, alcune amministrazioni statali hanno continuato ad escludere tout court i cittadini di Stati terzi non membri dell'UE dalla partecipazione a bandi e concorsi. E' il caso del bando indetto dal MIUR con D.M. 353/2014 per la formazione delle graduatorie triennali di circolo e di istituto per le supplenze di insegnamento, nella parte in cui ha previsto il requisito della cittadinanza italiana o comunitaria, così come la precedenza dei cittadini italiani nelle graduatorie per la supplenza di conversazione in lingua straniera, le uniche in cui i cittadini stranieri venivano ammessi. Il Tribunale di Milano, sez. lavoro, con ordinanza 4 marzo 2015, *ASGI APN, CUB SUR c. MIUR*, ha dichiarato la natura discriminatoria ed illegittima del bando.

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. Inoltre, l'art. 51 della Cost. non andrebbe 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 espressamente previste dalla legislazione

per determinate categorie di non cittadini (come appunto sancito dalla 'legge europea 2013').²¹

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 volessero accogliere 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 sarebbe 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 avrebbe 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, ..."***.

21] Tra le innumerevoli decisioni della giurisprudenza favorevoli all'accesso dei cittadini extracomunitari ai rapporti di pubblico impiego, tutte però antecedenti alla riforma del 2013, si possono citare: Tribunale di Como, ordinanza 15 maggio 2013; Tribunale di Reggio Emilia, ordinanza 19 dicembre 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 del 05 ottobre 2011; Tribunale di Genova, ordinanza n. 1329/11 del 19 giugno 2011; Tribunale di Genova, ordinanza del 19 luglio 2011; Tribunale di Bologna, sentenza n. 528/2010 del 08.03.2011; Tribunale di Milano, ordinanza 11 gennaio 2010; Corte di Appello di Firenze, sentenza 28 novembre 2008.

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).

Perciò l'art. 27 c. 1 lett. r) bis consentirebbe 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, si veda: Tribunale di Oristano, sez. lavoro, sentenza 6 giugno 2014 (causa n. 1191/2012), di particolare rilevanza in quanto successiva alla legge n. 97/2013.²²

Una questione che spesso si pone riguarda l'accesso degli stranieri alle selezioni del personale operate da **società partecipate a capitale pubblico**. Al riguardo è importante precisare che dette società, in quanto enti pubblici economici, non rientrano nella nozione di amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1 c. 2 della d.lgs. n. 165/2001 in materia di pubblico impiego, e pertanto tali rapporti di lavoro non rientrano nell'ambito di applicazione di tale normativa. Ai sensi dell'art. 18 c. 2 del D.L. 112/2009, convertito nella legge n. 133/2008, le società partecipate sono unicamente tenute a conformarsi nelle procedure di selezione e reclutamento del personale ai criteri e

principi generali di trasparenza e imparzialità fissati dall'art. 35 c. 3 del d.lgs. n. 165/2001, senza che debbano trovare applicazione le limitazioni all'accesso degli stranieri di Paesi terzi alla funzione pubblica di cui all'art. 38 d.lgs. n. 165/2001, come modificato dall'art. 7 della legge 6 agosto 2013, n. 97 ("legge europea 2013"). Si ritiene, pertanto, che in questi casi trovi applicazione la normativa generale in materia di rapporti di impiego dei cittadini di Paesi terzi non appartenenti all'Unione europea e dunque la piena parità di trattamento con i lavoratori nazionali di cui all'art. 2 c. 3 del T.U. immigrazione (per applicazioni giurisprudenziali al riguardo si rimanda a: Tribunale di Verona, sez. civile, ordinanza 18 ottobre 2014; Tribunale di Milano, sez. lavoro, *C.S.M. e CISL Milano c. ALER Milano*, ordinanza 30 luglio 2010).

L'accesso dei cittadini stranieri di Paesi terzi ai rapporti di lavoro nelle **imprese del trasporto pubblico urbano ed extraurbano** ha trovato finalmente soluzione con l'art. 2 c. 1 lett. b) del d.lgs. n. 40 dd. 4 marzo 2014 di attuazione della direttiva 2011/98/UE, ove viene inoltre

22) Per pronunce antecedenti alla legge n. 97/2013: Trib. Biella 23 luglio 2010 (ord.), T. c. *Azienda Sanitaria Locale Biella*; Trib. Milano 17 luglio 2009, (ord.), *Montes c. Asl Provincia di Milano 1*; Trib. Di Milano 01.08.08 Ao San Paolo c. Cgil Cisl Uil; Trib. Perugia 6 dicembre 2006, *XX c. Asl Perugia*; Trib. Imperia 12 settembre 2006, *AB c. Asl 1 Imperiese*; Trib. Genova, 26.6.04, *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, *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 1 luglio 2011, confermata in sede di reclamo con ordinanza Tribunale di Trieste 22 luglio 2011; Tribunale di Trieste, decreto 17 marzo 2012; Tribunale di Perugia, ordinanza 08 giugno 2012; Tribunale di Trieste, decreto 4 luglio 2013.

espressamente prevista l'abrogazione della norma dell'articolo 10, n. 1°, dell'Allegato A al regio decreto 8 gennaio 1931, n. 148, che prevedeva il requisito della cittadinanza italiana per i lavoratori delle imprese del settore autoferrotranviario e che era stata estesa anche al settore del trasporto pubblico locale, urbano ed extraurbano, per effetto delle leggi 3 novembre 1952, n. 628, e 22 settembre 1960, n. 1054. In questo caso, più che di abrogazione espressa si tratta di una conferma dell'abrogazione tacita avvenuta con l'entrata in vigore del T.U. immigrazione (d.lgs. n. 286/98) e del principio di parità di trattamento tra lavoratori migranti e nazionali di cui all'art. 2 c. 3 facente riferimento alla legge di ratifica della Convenzione O.I.L. n. 143/1975. Tale principio di parità di trattamento, tuttavia, non veniva rispettato dalla maggior parte dell'impresa del trasporto pubblico locale e regionale, che continuavano ad applicare le desuete ed anacronistiche norme della 'legge sulle corporazioni' del 1931. Questo aveva dato luogo ad un contenzioso giudiziario e alla pronuncia di alcuni tribunali italiani favorevoli al principio di parità di trattamento (si veda in proposito: Tribunale di Milano, ordinanza 20 luglio 2009, e Tribunale di Torino, ordinanza del 13 ottobre 2013 (Rgl. n. 7026/2012 – 831/2013).

A chiusura, sperabilmente, di una lunga e controversa vicenda, il Ministero dell'Istruzione, con la nota 3 aprile 2013 (prot. n. 7935), ha chiarito che, ai sensi della legge n. 271/2004, i medici cittadini di Stati terzi non membri UE, titolari di carta di soggiorno, di permesso di soggiorno UE per lungo soggiornanti, di permesso di soggiorno per lavoro autonomo o subordinato o per motivi familiari, ovvero regolarmente

soggiornanti per motivi di studio dopo aver conseguito la laurea o l'abilitazione in Italia, sono ammessi, in condizioni di parità di trattamento con i cittadini italiani, ai **concorsi per l'ammissione alle scuole di specializzazione in medicina generale** indetti dalle Regioni, finalizzate principalmente alla formazione dei medici di famiglia che vanno ad operare in regime di convenzione con il SSN. Al riguardo, il Tribunale di Udine, con decreto 30 agosto 2013, ha accolto il ricorso di un medico di nazionalità albanese lungosoggiornante in Italia, contro la clausola di cittadinanza italiana o comunitaria che era stata contenuta nel bando indetto con delibera dalla Regione F.V.G.

Va, inoltre, sottolineata la sostanziale ambiguità della normativa interna in materia di accesso dello straniero di Paese terzo **all'esercizio di attività di lavoro autonomo** che implicino **l'iscrizione ad albi o registri professionali**, con conseguenti profili di contrasto con il principio di parità di trattamento previsto dalle direttive 2004/38 e 2003/109 riguardanti rispettivamente i familiari di cittadini UE e i lungosoggiornanti.

Le disposizioni normative ordinamentali di molte libere professioni contengono la clausola di esclusione dei cittadini di Paesi terzi non membri dell'Unione europea, con la sola eccezione nei casi in cui questi siano in grado di dimostrare la sussistenza della condizione di reciprocità. La normativa generale sull'immigrazione (T.U. immigrazione, d.lgs. n. 286/98 ed il relativo regolamento applicativo, d.P.R. n. 394/99), ha previsto una deroga solo temporanea dal requisito di cittadinanza per l'iscrizione di cittadini di Paesi terzi



regolarmente soggiornanti ad albi, collegi ed elenchi professionali, da esercitarsi entro un anno dalla data di entrata in vigore della legge (ovvero entro il 27 marzo 1999). Scaduti i termini di tale deroga, l'iscrizione in deroga al requisito della cittadinanza italiana ad albi, collegi ed elenchi professionali verrebbe subordinata al soddisfacimento del requisito delle quote annuali dei flussi di ingresso con priorità assegnata agli stranieri regolarmente soggiornanti in Italia da almeno cinque anni, ma la norma non avrebbe mai trovato effettiva applicazione nella prassi in quanto alcun decreto annuale dei flussi di ingresso ha mai previsto una tale quota. La legge di riforma degli ordinamenti professionali e relativo regolamento applicativo (art. 3 comma 5 del D.L. 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148; art. 2 c. 4 d.P.R. 7 agosto 2012, n. 137), hanno espressamente previsto il divieto di limitazioni discriminatorie, anche indirette, fondate sulla nazionalità, all'accesso e all'esercizio delle libere professioni.²³

L'effettiva applicazione di dette norme, con conseguente effetti abrogativi delle restrizioni previste nelle normative precedenti, appare ancora incerta. Il Tribunale di Milano, sez. lavoro, con ordinanza 29 agosto 2013 (causa *Lejda Hasani c. Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali*), ha accolto il ricorso di un lungosoggiornante di nazionalità albanese

che si era visto notificare il diniego a concorrere all'esame di Stato per l'abilitazione all'esercizio della professione di consulente del lavoro per mancanza del requisito di cittadinanza italiana o di Paese membro UE o della condizione di reciprocità.

Il giudice di Milano ha ritenuto immediatamente applicabile il principio di parità di trattamento nell'esercizio di attività di lavoro autonomo previsto a favore dei lungosoggiornanti dall'art. 11 c. 1 della direttiva 109/2003. L'anno successivo, il Ministero del Lavoro ha indetto una nuova sessione degli esami di Stato per l'abilitazione all'esercizio della professione di consulente del lavoro, estendendone la partecipazione anche ai lungosoggiornanti e ai familiari di cittadini italiani o comunitari titolari del diritto di soggiorno o del diritto di soggiorno permanente.

La citata recente normativa sulla liberalizzazione dell'esercizio di attività economiche e professionali (l. n. 148/2011), dovrebbe comportare un effetto abrogativo tacito su pregresse normative di settore contenenti clausole limitative e restrittive per i cittadini di Stati terzi non membri UE. E' il caso della legge n. 22 dicembre 1957 n. 1293 che esclude i cittadini extra-UE dalla **gestione dei magazzini di vendita e delle rivendite di generi di monopolio (tabacchi)**, così come dalla stessa possibilità di essere assunti come dipendenti dal titolare di una rivendita.

23] Il riferimento al divieto di discriminazioni anche indirette è suscettibile di applicazione anche in quelle situazioni ove vengano introdotti requisiti specifici e particolarmente gravosi per l'esercizio di quelle attività economiche professionali esercitate in prevalenza da cittadini stranieri (si pensi ad esempio ad esercizi commerciali quali i *phone center* o le rosticcerie di kebab). In proposito, si veda Corte Cost., sentenza 24 ottobre 2008 n. 350/2008 sull'illegittimità costituzionale della legge regionale Lombardia n. 6/2006.

Uguualmente, i regolamenti di molti Comuni italiani tuttora subordinano l'accesso **all'esercizio di autoservizi pubblici non di linea**, tra cui il **servizio taxi**, da parte di cittadini di Stati terzi non membri dell'Unione europea, alla verifica della condizione di reciprocità. Il tal modo, i Comuni sembrano ignorare che la condizione di reciprocità, prevista all'art. 16 delle disposizioni preliminari al Codice Civile, pur continuando a rimanere in vigore, ha perso gran parte della sua portata applicativa a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 286/98 e dal relativo regolamento di attuazione (art. 1 c.1 decreto del Presidente della Repubblica 31 agosto 1999, n. 394). Tale condizione di reciprocità, infatti, non può trovare applicazione nei confronti di cittadini di Stati terzi regolarmente soggiornanti in Italia provvisti di permessi di lavoro che li autorizzino all'esercizio dell'attività lavorativa, dovendo i medesimi essere equiparati ai cittadini nazionali, mentre può continuare ad applicarsi esclusivamente nei confronti dei cittadini stranieri di Paesi terzi solo presenti in Italia, ma non regolarmente soggiornanti, o residenti all'estero, e solo in ambiti che esulino dalla sfera dei diritti fondamentali (da ultimo Corte di Cassazione, sentenza n. 23432 dd. 4 novembre 2014). In tal senso, il Tribunale di Firenze, con ordinanza del 3 giugno 2008, ha dichiarato discriminatorio il bando indetto dal Comune di Firenze per il rilascio delle licenze taxi, che prevedeva il requisito di nazionalità italiana o comunitaria.²⁴

Il principio di parità di trattamento e di non discriminazione degli stranieri rispetto ai

lavoratori nazionali nell'ambito dell'occupazione si estende anche alla materia della **formazione professionale**. La questione si è posta con riferimento all'esclusione dei cittadini stranieri dai bandi per lo svolgimento del **Servizio Civile Nazionale** previsto dalla legge 5 aprile 2002, n. 77 e successive modifiche. Dopo un lungo contenzioso giudiziario, e a seguito anche di un procedimento preliminare di infrazione del diritto UE avviato dalla Commissione europea, tale esclusione è stata disapplicata a seguito di un parere del Consiglio di Stato reso in data 9 ottobre 2014 (n. 1091/2014). Nel suo parere, il Consiglio di Stato ripercorre l'evoluzione nel tempo del servizio civile sottolineando come attualmente l'istituto si configuri in maniera autonoma e diversa dal servizio militare, ed il cui fondamento costituzionale si ricolleggi prevalentemente ai doveri di solidarietà sociale e di concorso al progresso materiale e spirituale della società previsti dagli artt. 2 e 4 Cost. gravanti non solo sui cittadini italiani, ma anche su quelli stranieri residenti regolarmente nel nostro Paese. Uguualmente, il Consiglio di Stato prende le mosse dalle osservazioni svolte dai servizi della Commissione europea, ritenendo che il Servizio Civile Nazionale svolga oggettivamente uno scopo formativo e propedeutico all'avvicinamento del giovane al mondo del lavoro che non comporta nel contempo l'esercizio di pubblici poteri, per cui deve ritenersi riconducibile, al pari dell'istituto del tirocinio, all'ambito della formazione professionale, che deve essere garantita anche agli stranieri a parità di condizioni con i cittadini nazionali.

24] Per un approfondimento si rinvia a: A.Guariso, *Approfondimento del Servizio antidiscriminazione del mese di gennaio 2015. Stranieri e accesso al lavoro autonomo*, scaricabile dal sito web: www.asgi.it

7.2

Discriminazioni nell'accesso all'alloggio

Diverse pronunce giurisprudenziali hanno riguardato comportamenti o atti discriminatori nell'ambito del settore pubblico, ovvero a: 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, 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; di contenuto analogo la pronuncia del T.A.R. Liguria, Genova, sez. II, dd. 24.08.2011, n. 1354; 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, poi successivamente riformata, 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 (Tribunale di Udine,

ordinanza 17 novembre 2010, confermata in sede di reclamo con ordinanza 7 marzo 2011; Tribunale di Gorizia, ordinanza 30 giugno 2011; Tribunale di Trieste, ordinanza 5 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 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*). 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. Analoga la pronuncia del Tribunale di Bergamo, ordinanza del 6 agosto 2014 (n. 2881/14 R.G.), che ha dichiarato la natura discriminatoria della delibera di un Comune lombardo, con la quale era stato ridefinito l'importo per il procedimento di rilascio della certificazione di idoneità alloggiativa richiesta agli stranieri per l'esercizio di diritti e prerogative in materia di soggiorno e ricongiungimento familiare, elevandolo a 500 €. Nel caso in specie, il giudice ha rilevato la discriminazione nella fissazione di un importo sproporzionato ed ingiustificato, se comparato in astratto ad altre pratiche amministrative, per cui i cittadini stranieri verrebbero sottoposti a "condizioni non paritarie" per l'accesso ad un procedimento necessario all'esercizio di diritti fondamentali collegati al soggiorno e al ricongiungimento familiare. Ugualmente, confermerebbe il carattere espressamente discriminatorio della delibera la giustificazione addotta dal Comune per cui le "individualità extracomunitarie" dovrebbero essere sottoposte ad oneri maggiori ed aggiuntivi, in relazione ai maggiori dispendi in termini di forze ed energie che l'Amministrazione impiegherebbe per garantire maggiori condizioni di sicurezza e tranquillità alla popolazione a fronte di situazioni delittuose

e danneggiamenti riscontrati.

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 palesa 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 *«e 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; 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.

7.3

Discriminazioni nell'offerta al pubblico di beni e servizi

Molto rare sono state finora 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 dello 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 alcune azioni giudiziarie antidiscriminazione 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 sarebbe stata più inclusa tra i parametri utilizzati per definire il prezzo delle polizze assicurative. La questione è stata oggetto di una circolare emanata il 26 novembre 2014 dall'Istituto per la Vigilanza sulle Assicurazioni (Ivass), che ha invitato le compagnie assicurative ad elaborare preventivi senza tenere in considerazione il paese di nascita dell'assicurato. L'IVASS si è richiamata alla Raccomandazione generale del 31 gennaio 2012 adottata dall'Ufficio Nazionale Antidiscriminazioni Razziali (UNAR) in materia di tariffe differenziate per nazionalità delle polizze R.C.Auto" con cui l'Autorità di Garanzia ha espresso la necessità che *"le imprese di assicurazione consentano la stipula dei contratti per la*

r.c. auto applicando ai contraenti che non abbiano la cittadinanza italiana le medesime tariffe previste, a parità di condizioni, per i cittadini italiani e, comunque, tariffe svincolate dalla cittadinanza dei richiedenti". La stessa Commissione Europea si è espressa in merito nell'aprile del 2012, rispondendo a un esposto presentato dall'Asgi (Associazione Studi Giuridici sull'Immigrazione), e sottolineando l'incompatibilità con il diritto dell'Unione europea dell'utilizzo della cittadinanza dell'assicurato quale fattore per definire le tariffe RC Auto.

Nell'ambito dei servizi finanziari, il Tribunale di Trento, con decreto 4 luglio 2002, ha ritenuto discriminatoria la richiesta avanzata nei confronti di un cittadino extracomunitario e nell'ambito della formula di acquisto 'finanziato' 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.

PER SAPERNE DI PIÙ Siti web – Italia

Siti istituzionali

www.unar.it (Ufficio Nazionale Anti-Discriminazioni Razziali)

www.piemontecontrolediscriminazioni.it (Regione Piemonte – Centro Regionale contro le Discriminazioni)

<http://sociale.regione.emilia-romagna.it/contro-le-discriminazioni> (Regione Emilia-Romagna – Centro Regionale sulle Discriminazioni)

Centri Studi e Ricerche

www.olir.it (Osservatorio delle Libertà ed Istituzioni Religiose)

www.personaedanno.it (Associazione Persona e Danno)

www.immigrazione.it (Rivista professionale di scienze giuridiche e sociali)

Associazioni e Organismi Non Governativi

www.asgi.it (Associazione Studi Giuridici sull'Immigrazione)

www.21luglio.org (Associazione 21 luglio – Promuovere i diritti dei Rom e Sinti in Italia)

www.osservazione.org (Associazione Osservazione – Ricerca e Azione per i diritti di Rom e Sinti)

www.stranieriinitalia.it/briguglio/immigrazione-e-asilo/archivio-completo.html (Archivio Briguglio)

www.avvocatiperniente.it (Avvocati per Niente ONLUS)

www.cronachediordinariorazzismo.org (Associazione Lunaria)

www.cirdi.org (Centro d'Informazioni su Razzismo e Discriminazioni in Italia)

www.cestim.it (Centro Studi Immigrazione ONLUS)

www.cilditalia.org (Coalizione Italiana Libertà e Diritti Civili)

www.meltingpot.org (Progetto Melting Pot Europa- per la promozione dei diritti di cittadinanza)

Siti web – Estero

PER SAPERNE DI PIÙ

www2.ohchr.org/english/bodies/cerdc (United Nations Committee for the Elimination of Racial Discrimination)

www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/default_en.asp (European Commission against Racism and Intolerance, Council of Europe)

<http://fra.europa.eu> (European Union Agency for Fundamental Rights)

www.equineteurope.org (Equinet- European Network of Equality Bodies)

www.migpolgroup.com (MPG- Migration Policy Group)

www.era.int (ERA- Academy of European Law)

www.errc.org (ERRC- European Roma Rights Centre)

www.enar-eu.org (Enar- European Network Against Racism)

