

L'azione civile anti-discriminazione ex art. 44 T.U. Immigrazione (D.lgs 286/98)

di Pietro Adami

▪ **SOMMARIO:** *I. Premessa. La discriminazione nella normativa comunitaria e nazionale; I.a. Decreto Legislativo 25 luglio 1998, n. 286; I.b. Norme europee e trattati internazionali; I.c. D.lgs nn. 215 e 216 del 2003;*

II. Il ricorso ex art. 44 D.lgs 286/98; II.a. La legittimazione ad agire; II.b. Introduzione ed istruzione del giudizio II.c. Decisione e reclamo. Natura cautelare del giudizio; II.d. Contenuto del provvedimento.

I. Premessa. La discriminazione nella normativa comunitaria e nazionale

Il principio di uguaglianza, formale e sostanziale, tra tutte le donne e gli uomini fonda la società umana. L'uguaglianza umana è concetto pre-giuridico, nasce prima del diritto, ed il diritto non deve fare altro che riconoscerla e garantirla¹. Si tratta, insomma, del tipico precetto di 'diritto naturale'.

Con la nascita dello Stato di diritto il concetto filosofico di uguaglianza si travasa negli Statuti fondamentali. Come noto, tra i principi fondamentali della Costituzione Italiana, vi è quello posto dall'art. 3, per cui *"Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali"*.

In Italia le basi giuridiche per una tutela rafforzata dell'uguaglianza² si rinvencono, quindi, fin dall'adozione della Carta Costituzionale³

Come corollario ed espressione dell'eguaglianza, e della pari dignità sociale, vi è il diritto dei cittadini a non essere discriminati⁴. Ogni diritto sostanziale, deve avere però adeguati mezzi di tutela, se non vuole essere una mera petizione di principio.

¹ *"We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness."* (Noi riteniamo che queste verità siano di per se stesse evidenti: che tutti gli uomini sono stati creati uguali e che sono dotati dal loro Creatore di certi inalienabili diritti tra i quali quelli alla vita, alla libertà e al perseguimento della felicità) Dichiarazione di indipendenza degli Stati Uniti d'America; cfr T. BONAZZI, Marsilio, Venezia, 1999, pp. 68 e 69.

² Tra le innumerevoli pubblicazioni in materia N. BOBBIO, *Eguaglianza e libertà* Einaudi - Torino, 1995; A. CERRI, *Uguaglianza (principio costituzionale di)*, in Enc. Giur., vol. XXXII, Roma, 1994, p. 2. dello stesso autore *Eguaglianza giuridica ed egualitarismo*, Roma-L'Aquila 1984; L. PALADIN, *Il principio costituzionale di eguaglianza*, Milano, 1965, p. 3; U. ROMAGNOLI, *Il principio d'uguaglianza sostanziale*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1973, 1289 ss.; S. Cotta, *Eguaglianza ed egualitarismo*, Roma 1978; B. ROMANO *Il riconoscimento come relazione giuridica fondamentale*, Roma, Bulzoni, 1986; B. CARAVITA, *Oltre l'eguaglianza formale*, Padova 1984; A.; A. BARBERA, *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, in DLRI, 2003, p.399; E. GHERA, *Azioni positive e pari opportunità*, in DLRI, 1995.

³ Ed ancor prima con l'articolo 24 dello Statuto Albertino (*"Tutti i regnicoli, qualunque sia il loro titolo o grado, sono eguali dinanzi alla legge"*), cfr. L. CIAURRO (a cura di), *Lo Statuto Albertino illustrato dai lavori preparatori*, Roma, 1996, p. 179.

⁴ CEDU, Articolo 14, (Divieto di discriminazione) *"Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione."*

Quando l'ordinamento si è posto il problema di regolamentare i flussi migratori, ha ritenuto, del pari, di dover garantire gli immigrati da eventuali discriminazioni. In questo quadro è nata l'azione civile anti-discriminazione, che progressivamente si è estesa oltre il campo di applicazione originario, a coprire ogni forma di discriminazione (religiosa, di genere etc).

La prima disciplina italiana espressamente finalizzata al contrasto delle discriminazioni nei confronti di cittadini stranieri risale alla l. n. 654 del 1975, di ratifica ed esecuzione della Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale; tale legge si rivelò però inefficace sia perché sanzionava soltanto gli atti più eclatanti e violenti, sia perché mancava di una previsione sanzionatoria diversificata e gradata⁵.

Successivamente, con la L. n. 205 del 1993⁶, è stata ampliata l'operatività del divieto di discriminazione, che è stato esteso alla commissione e all'incitamento ad atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi (limitandosi la precedente normativa a sanzionare la commissione o l'incitamento alla commissione di atti *di violenza* o di provocazione *alla violenza* per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi).

Tuttavia anche quest'ultima normativa non apprestava forme di tutela e garanzie efficaci⁷.

⁵ L. EINAUDI, *Le politiche dell'immigrazione in Italia dall'Unità a oggi*, Laterza, Bari, 2007.

⁶ Legge 205/1993 del 25 giugno 1993, n. 205 Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 26 aprile 1993, n. 122, recante misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa. Si veda in particolare l'Articolo 1 (Discriminazione, odio o violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi): *1. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, anche ai fini dell'attuazione della disposizione dell'articolo 4 della convenzione, è punito:*

A) con la reclusione sino a tre anni chi diffonde in qualsiasi modo idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, ovvero incita a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi;

B) con la reclusione da sei mesi a quattro anni chi, in qualsiasi modo incita a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi."

Tale norma è stata applicata, e la giurisprudenza della Corte di Cassazione ha chiarito che "secondo l'art. 117 Cost., comma 1, la potestà legislativa ordinaria deve essere esercitata nel rispetto degli obblighi internazionali. In questo quadro, vincola il legislatore nazionale la Convenzione internazionale sulla eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, aperta alla firma a New York il 7.3.1966, in forza della quale tutti gli Stati contraenti devono - tra l'altro - condannare ogni propaganda e ogni organizzazione che si ispiri a teorie basate sulla superiorità di una razza o di una etnia, o che giustifichino o incoraggino ogni forma di odio e di discriminazione razziale, e devono dichiarare punibili dalla legge ogni diffusione e ogni organizzazione basate su siffatte teorie, tenendo conto, a tale scopo, dei principi formulati nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (art. 4 della Convenzione)." (Cass. 03 ottobre 2008, n. 37581. Si veda pure Cass. 2129/2009).

⁷ Si legga l'interessante disamina compiuta da E. FRONZA, "Distinguiamo dunque tre tipi di "tensioni razziali" in cui è possibile far confluire la maggior parte dei discorsi, delle posizioni, delle attitudini e dei comportamenti qualificati come razzisti: il razzismo ideologia (racism), il razzismo pregiudizio (racialism) e il razzismo come pratica discriminatoria. La prima difficoltà deriva allora dal fatto che i termini razzismo e discriminazione razziale vengono impiegati anche nei testi normativi per riunire e punire fenomeni che abbiamo visto essere eterogenei. Termini, quali etnico, razziale o ancora odio, superiorità, e poi ancora discriminazione e atti discriminatori, e figure quali associazione, movimento, gruppi sono parole con un significato molto ampio, che poste in una previsione normativa ottengono il risultato di rendere la norma non solo poco determinata e poco tassativa, ma anche poco applicabile. Pertanto se il legislatore decide di combattere le manifestazioni di intolleranza dovrà essere capace di conoscere e di tradurre in norme giuridiche la nuova realtà sociale; altrimenti si aggiungeranno nuovi ostacoli a una tutela che è già intrinsecamente limitata.

La disciplina legale del razzismo copre infatti soltanto una piccolissima parte del razzismo reale: tutte le legislazioni antirazziste finiscono per scontrarsi con forme implicite di razzismo, divenute nella realtà dominanti. Tali leggi, che come abbiamo visto, si caratterizzano per formule ampie e indefinite rischiano di funzionare solo nei casi di

Quando nel 1998 il legislatore ha interamente disciplinato la materia immigrazione attraverso il T.U. n. 286/98, ha dedicato alla discriminazione gli artt. 43 e 44, che integrano l'apparato preesistente, sia estendendo le situazioni soggettive protette, sia riformulando la definizione di discriminazione, suggellando la portata garantistica con la previsione di un'azione civile che può interrompere il comportamento discriminatorio e lesivo dei diritti e consentire il risarcimento del danno, non solo patrimoniale.

Il primo comma dell'art.44 Testo Unico sull'immigrazione, prevede: *“Quando il comportamento di un privato o della pubblica amministrazione produce una discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, il giudice può, su istanza di parte, ordinare la cessazione del comportamento pregiudizievole e adottare ogni altro provvedimento idoneo, secondo le circostanze, a rimuovere gli effetti della discriminazione”*.

L'introduzione di un'azione tipica anti-discriminazione, e l'attribuzione della competenza al Giudice Ordinario, suscitano innumerevoli riflessioni in tema di politica della giurisdizione.

In questa sede alcune di queste considerazioni saranno esposte, senza però perdere di vista l'obiettivo prioritario, che è, chiarita la natura del diritto azionabile, quello di illustrare l'azione, al fine di agevolare chi intenda percorrerla, o chi debba decidere se ricorrervi.

I.a. Decreto Legislativo 25 luglio 1998, n. 286.

E' in primo luogo opportuno chiarire il concetto di discriminazione.

Il concetto di discriminazione, nella normativa nazionale, è oggi definito dal citato “Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero” (cd Testo Unico sull'immigrazione), Decreto Legislativo 25 luglio 1998, n. 286.

Con l'entrata in vigore degli artt. 43 e 44 del T.U. per la prima volta si garantisce una tutela antidiscriminatoria e viene data del concetto di discriminazione una precisa definizione

L'art. 43, riprendendo la formula usata dalla Convenzione dell'OIL n. 111/1958, chiarisce che per “discriminazione” si intende qualsiasi *“trattamento che direttamente o indirettamente, comporti una distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica, le convinzioni e le pratiche religiose, e che abbia lo scopo o l'effetto di distruggere o 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”*.

Da tale definizione emerge innanzitutto un concetto oggettivo di discriminazione; essa infatti prende in considerazione il comportamento discriminatorio così come posto in essere dal soggetto agente, senza che rilevi la volontà o intenzione discriminatoria (la condotta dunque, per essere

forme dichiarate, facilmente osservabili e decodificabili, proprie spesso di gruppi minoritari ed emarginati.” (E. FRONZA, *Osservazioni sull'attività di propaganda razzista*, Rivista internazionale dei diritti dell'uomo, n. 2 del 1998).

qualificata come discriminatoria, oltre ad essere stata causata da una differenza di trattamento ispirata a fattori razziali, etnici o religiosi, deve avere un effetto pregiudizievole sul soggetto che lo subisce, a prescindere dall'intenzione).

Ulteriore elemento fondamentale è che la tutela garantita viene spostata sul piano civilistico, con ciò attribuendo **dignità di diritto soggettivo pieno** alla posizione tutelata⁸. Secondo la giurisprudenza e la dottrina, infatti, il diritto alla non discriminazione è un diritto fondamentale, di rilievo costituzionale, primario ed assoluto dell'individuo, che non può soffrire compressioni di fronte all'azione amministrativa.

I.b. Norme europee e trattati internazionali

Il principio di non discriminazione, diretto corollario del principio di eguaglianza, costituisce un principio generale del diritto dell'Unione. Originariamente concepito per garantire il corretto funzionamento del mercato interno e della libera circolazione dei cittadini senza distinzioni legate alla nazionalità⁹ si è esteso fino a coprire ogni forma di indebita discriminazione.

L'adozione delle recenti direttive comunitarie nn. 2000/43/CE e 2000/78/CE ha costituito il momento più significativo per l'innalzamento del livello di tutela contro la discriminazione nell'Unione Europea. A seguito di queste norme, l'Unione possiede attualmente uno dei sistemi giuridici più evoluti al mondo¹⁰.

La direttiva n. 43, emanata il 29 giugno del 2000, ha lo scopo di attuare "il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica", ad essa è seguita, poco dopo, la Direttiva n.78 del 27 novembre 2000 che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro.

⁸ In merito può essere citata l'ordinanza 2380, 11 febbraio 2008, del Tribunale di Milano, Sez. I, in Foro it., 2009, I, 1966. (emessa nel quadro di un giudizio ex art. 44 TU): *"La circostanza che, nella fattispecie, il comportamento che si assume lesivo del diritto in parola sia riconducibile all'applicazione di un atto amministrativo (la circolare n. 20 del Settore Servizi all'Infanzia del Comune di Milano) non vale a mutare la natura della posizione soggettiva azionata, che non può essere degradata ad interesse legittimo neppure in conseguenza dell'emanazione di un atto da parte di un'autorità amministrativa. Il diritto alla non discriminazione è infatti un diritto fondamentale, di rilievo costituzionale, primario ed assoluto dell'individuo, come tale incompressibile dall'amministrazione e dunque di naturale competenza del giudice ordinario, pur se oggetto dell'azione amministrativa. .. Il carattere di assolutezza del diritto alla non discriminazione determina, infatti, proprio il superamento e l'irrelevanza della distinzione tra atto e comportamento della pubblica amministrazione (cui corrisponde, correlativamente, la distinzione tra interesse legittimo e diritto soggettivo in capo al privato) poiché il diritto alla non discriminazione è un diritto incompressibile, che si sottrae al meccanismo dell'affievolimento..."*. Si veda, in applicazione del principio, l'Ordinanza del Tribunale di Perugia - sez. Lavoro - n. 807 del 8 giugno 2012, relativa ad un bando pubblico di concorso giudicato ritenuto discriminatorio, o anche l'Ordinanza del Tribunale di Brescia n. 488 dell'11 aprile 2012 che ha giudicato discriminatoria un'ordinanza del Sindaco di Chiari in tema di matrimonio degli stranieri irregolari.

⁹ Art. 13 Trattato CE *"Nel campo di applicazione del presente Trattato, e senza pregiudizio delle disposizioni particolari dallo stesso previste, è vietata ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità"* G. TESAURO, *Eguaglianza e legalità nel diritto comunitario*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 1999, 1 ss.

¹⁰ A. CELOTTO, in AA. VV., *L'Europa dei diritti- Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Il Mulino, Bologna, 2001, p. 164.

La direttiva 2000/43/CE ha lo scopo di contrastare ogni forma di discriminazione che possa trarre origine da distinzioni fondate sulla razza o sull'etnia.

Essa si inquadra all'interno di un più ampio contesto giuridico internazionale di tutela generale dei principi di uguaglianza e parità di trattamento. Espliciti, in tal senso, i richiami, contenuti nel preambolo della direttiva, alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, alla Convenzione delle Nazioni Unite sull'eliminazione delle discriminazioni nei confronti delle donne, alla Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, ai Patti delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici ed alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, di cui tutti gli Stati membri sono firmatari.

E' opportuno poi rammentare, tra le innumerevoli fonti internazionali¹¹ la Carta di San Francisco del 26 giugno 1945, istitutiva delle Nazioni Unite (art. 1, terzo comma) e la Convenzione Internazionale sui Diritti del Fanciullo, New York, 1989 (recepita con L. 176/91 in Italia) che prevede all'art. 2 *"1. Gli Stati parti si impegnano a rispettare i diritti enunciati nella presente Convenzione e a garantirli a ogni fanciullo che dipende dalla loro giurisdizione, senza distinzione di sorta e a prescindere da ogni considerazione di razza, di colore, di sesso, di lingua, di religione, di opinione politica o altra del fanciullo o dei suoi genitori o rappresentanti legali, dalla loro origine nazionale, etnica o sociale, dalla loro situazione finanziaria, dalla loro incapacità, dalla loro nascita o da ogni altra circostanza. 2. Gli Stati parti adottano tutti i provvedimenti appropriati affinché il fanciullo sia effettivamente tutelato contro ogni forma di discriminazione o di sanzione motivate dalla condizione sociale, dalle attività, opinioni professate o convinzioni dei suoi genitori, dei suoi rappresentanti legali o dei suoi familiari"*.

Tal principio vieta pertanto ogni forma di discriminazione del minore in base alla razza, colore, sesso, lingua, religione, opinione politica del fanciullo o dei suoi genitori o rappresentanti legali, dalla loro origine nazionale, etnica o sociale, dalla loro situazione finanziaria, dalla loro incapacità, dalla loro nascita o da ogni altra circostanza.

La predetta direttiva costituisce una chiara risposta alle spinte xenofobe e razziste determinate dall'incremento dell'immigrazione in Europa, nonché un monito per gli Stati membri al rispetto di

¹¹ Tra cui Patti del 19 dicembre 1966 elaborati dalle Nazioni Unite sui diritti civili e politici e sui diritti economici, sociali e culturali, laddove all'art. 2, si afferma che *"ciascuno degli Stati si impegna a rispettare e garantire a tutti gli individui che si trovino sul suo territorio e siano sottoposti alla sua giurisdizione i diritti riconosciuti nel presente Patto senza distinzione alcuna"*. Il divieto di discriminazione proclamato dalla Dichiarazione sul progresso sociale e lo sviluppo del 1969 (art. 2 lett. a), dalla Convenzione contro l'apartheid del 1973, dalla Convenzione per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione contro le donne del 1979, e dalla Dichiarazione sull'eliminazione di tutte le forme di intolleranza e di discriminazione basate sulla religione del 1981. Il divieto di ogni discriminazione è poi sancito dall'Atto Unico Europeo, che richiama l'impegno per i diritti fondamentali di cui Convenzione Europea del 1950. Infine occorre ricordare l'art. F, 2° comma, del Trattato dell'Unione Europea (Maastricht, 7 febbraio 1992).

un livello minimo di protezione contro le discriminazioni e di tutela del principio della parità di trattamento¹².

I.c. D.lgs nn. 215 e 216 del 2003

Una più specifica ed efficace politica in materia di lotta contro il razzismo e la xenofobia è stata intrapresa dal Governo italiano con l'emanazione dei decreti legislativi del 9 luglio 2003 nn. 215 e 216, attuativi, rispettivamente, delle sopraccitate direttive comunitarie nn. 43 e 78 del 2000.

Il pieno recepimento delle direttive si è completato con il D.P.C.M. dell'11 dicembre 2003, che ha istituito l'Ufficio per la promozione della parità di trattamento e la rimozione delle discriminazioni fondate sulla razza o sull'origine etnica, denominato più brevemente UNAR – Ufficio Nazionale Antidiscriminazioni Razziali.

L'emanazione di questi decreti legislativi è avvenuta in esecuzione della previsione di cui all'articolo 29 della legge comunitaria 1 marzo 2002, n. 39, che ha dettato le disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea. In particolare, il Governo italiano, in applicazione della disposizione sopra richiamata, è stato delegato a dare organica attuazione alla direttiva comunitaria 2000/43/CE ed a coordinare le disposizioni vigenti in materia di garanzie contro le discriminazioni (sia dirette che indirette) fondate sulla razza o sull'origine etnica.

L'articolo 2 della direttiva 2000/43/CE, detta il principio secondo il quale la parità di trattamento fra le persone comporta che non sia praticata alcuna discriminazione, diretta o indiretta a causa della razza o dell'origine etnica.

Si ribadisce così una distinzione fra discriminazione diretta e discriminazione indiretta¹³.

Sussiste una discriminazione diretta quando, a causa della razza od origine etnica, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra persona in una situazione analoga.

Si tratta di comportamenti, spesso difficili da accertare, ma di indubbia rilevanza giuridica.

La discriminazione indiretta è di più difficile delimitazione. L'evolversi della società ha reso chiaro come la discriminazione possa avvenire anche con strumenti apparentemente neutri, o

¹² Secondo la Corte Giustizia Europea, il principio di non discriminazione, ed il principio di proporzionalità, fanno parte dei principi generali del diritto comunitario (23 marzo 2006, C-535/03, *Unitymark Ltd*, in *Raccolta*, 2006, I, 2689).

¹³ G. DE SIMONE, *La nozione di discriminazione diretta e indiretta*, in *La riforma delle istituzioni e degli strumenti delle politiche di pari opportunità (d.lgs. 23 maggio 2000 n. 196)*, in *Nuove Leggi Civ.*, 2004, 221; A. MANTELERO, *Note minime sull'attuazione delle direttive comunitarie 2000/43/Ce e 2000/78/Ce in materia di parità di trattamento*, in *Contratto e impr./Europa*, 2003, 709; R. NUNIN, *Recepimento le direttive comunitarie in materia di lotta contro le discriminazioni*, in *Lavoro giur.*, 2003, 905; M. RIZZO, *Il recepimento italiano delle direttive comunitarie n. 43 del 29 giugno 2000 e n. 78 del 27 novembre 2000*, in *Riv. critica dir. lav.*, 2004, 221; N. FIORITA, *Le direttive comunitarie in tema di lotta alla discriminazione, la loro tempestiva attuazione e l'eterogenesi dei fini*, in *Quaderni dir. e politica ecclesiastica*, 2004, 361; F. AMATO, *Il divieto di discriminazione per motivi non di genere in materia di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, I, 271; G. DE MARZO, *La nuova disciplina contro le discriminazioni in danno dei disabili*, in *Foro it.*, 2006, I, 1206 ss.

obiettivamente volti a perseguire fini leciti, che hanno però un effetto oggettivamente discriminatorio.

L'accertamento sulla sussistenza o meno della discriminazione indiretta riguarderà la ricerca del diverso impatto che la condotta discriminante esercita sulle diverse categorie di persone cui la stessa si rivolge¹⁴.

Il decreto legislativo recepisce la formula usata dal legislatore comunitario, laddove si descrive l'impatto che tale discriminazione produce, mettendo in "una situazione di particolare svantaggio" i soggetti appartenenti alla categoria di volta in volta discriminata. La giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo ha contribuito a chiarire il concetto : "*The Court reiterates that a difference in treatment is discriminatory if "it has no objective and reasonable justification", that is, if it does not pursue a "legitimate aim" or if there is not a "reasonable relationship of proportionality" between the means employed and the aim sought to be realised (see, among many other authorities, Larkos v. Cyprus [GC], no. 29515/95, § 29, ECHR 1999-I; and Stec and Others, cited above, § 51). Where the difference in treatment is based on race, colour or ethnic origin, the notion of objective and reasonable justification must be interpreted as strictly as possible.*" ("La Corte ribadisce che una differenza di trattamento è discriminatoria se "non ha alcuna giustificazione obiettiva e ragionevole", cioè, se non perseguire un "obiettivo legittimo" o se non c'è un "ragionevole rapporto di proporzionalità" tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito da realizzare (cfr., tra le molte altre pronunce, Larkos v. Cipro [GC], no. 29515/95, § 29, ECHR 1999-I, e Stec e a., citata, § 51). Se la differenza di trattamento sia basata su razza, colore della pelle o l'origine etnica, la nozione di giustificazione obiettiva e ragionevole deve essere interpretato nel senso più restrittivo possibile .") Corte Europea Diritti dell'Uomo, Case Of D.H. And Others V. The Czech Republic, Application no. 57325/00.

Aggiunge la Corte: "*The Court has already accepted in previous cases that a difference in treatment may take the form of disproportionately prejudicial effects of a general policy or measure which, though couched in neutral terms, discriminates against a group (Hugh Jordan, cited above, § 154; and Hoogendijk, cited above). In accordance with, for instance, Council Directives 97/80/EC and 2000/43/EC (see paragraphs 82 and 84 above) and the definition provided by ECRI (see paragraph 60 above), such a situation may amount to "indirect discrimination", which does not necessarily require a discriminatory intent*" ("La Corte ha già accertato in casi precedenti che una differenza di trattamento può assumere la forma di effetti sproporzionatamente negativi di una politica generale o di una misura che, sebbene assunte in termini neutrali, discriminano un gruppo (Hugh Giordania, citata, § 154; Hoogendijk, citata. In conformità con, ad esempio, le direttive del Consiglio 97/80/CE e 2000/43/CE (cfr. i paragrafi 82 e 84 sopra) e la definizione data dalla ECRI

¹⁴ M. TATARELLI, *Al giudice adito dai consiglieri di parità la decisione sul risarcimento dei danni*, in Guida dir. 2005, n. 36, pp. 30 ss.

(cfr. punto 60 sopra), una tale situazione può essere configurata come "discriminazione indiretta", che non necessariamente richiede un intento discriminatorio) Corte Europea Diritti dell'Uomo - Case Of D.H. And Others V. The Czech Republic- Application no. 57325/00¹⁵.

In altri termini, il provvedimento è discriminatorio tanto se si rivolge direttamente verso (o contro) una comunità, tanto se definisce il suo campo di applicazione in modo tale che ad essere 'colpita' dal provvedimento, sia prevalentemente, se non unicamente, una comunità.

La Corte chiarisce dunque che non è necessario che vi sia uno specifico intento discriminatorio nel provvedimento sottoposto al vaglio¹⁶. E' sufficiente che il provvedimento sia oggettivamente discriminatorio¹⁷.

Per meglio chiarire tale concetto, si immagini un provvedimento lesivo che, pur non rivolgendosi ad una confessione religiosa, o ad una etnia, sia riferito agli abitanti di uno quartiere abitato in modo preponderante da quella comunità. Il provvedimento, apparentemente neutro, è in effetti discriminatorio, perché i suoi effetti cadono in misura preponderante su una specifica minoranza¹⁸.

II. Il ricorso ex art. 44 D.lgs 286/98.

Si è dunque, in estrema sintesi, chiarita la genesi dell'azione ex art. 44 D.lgs 286/98.

La norma sopra citata è legata alla necessità di precludere il formarsi di zone d'ombra nell'ordinamento, e soprattutto di vuoti di tutela lasciati dalla tradizionale dicotomia tra diritti soggettivi ed interessi legittimi¹⁹.

In tema di discriminazione si è percorsa la strada di una 'doppia tutela'. Pur senza sottrarre ai soggetti lesi la possibilità di tutela impugnatoria (quando la lesione derivi da un atto amministrativo

¹⁵ Pertanto, prosegue la decisione "La Corte ha anche accertato che una politica generale o di una misura sproporzionata che ha effetti negativi su un particolare gruppo può essere considerato discriminatorio nonostante che non sia specificamente rivolta a quel gruppo (Hugh Jordan contro il Regno Unito, no. 24746/94, § 154 del 4 maggio 2001; v. Hoogendijk e Paesi Bassi (dicembre), no. 58461/00, 6 gennaio 2005), e che la discriminazione potenzialmente in contrasto con la Convenzione può derivare da una situazione di fatto (v. Zarb Adami Malta, no. 17209/02, § 76, ECHR 2006 ...). (Corte Europea Diritti dell'Uomo -Case Of D.H. And Others V. The Czech Republic- Application no. 57325/00).

¹⁶ Corte Giustizia Europea, 7 luglio 2005, causa C-147/03, Commiss. Ce c. Gov. Austria, in Raccolta, 2005, I, 5969 secondo cui viene meno agli obblighi ad esso incombenti ai sensi degli art. 12 Ce, 149 Ce e 150 Ce, uno stato membro che non adotti i provvedimenti necessari a garantire che, i titolari di diplomi d'istruzione secondaria conseguiti negli altri stati membri, possano accedere agli studi superiori e universitari che esso organizza alle stesse condizioni dei titolari di diplomi d'istruzione secondaria conseguiti in tale stato.

¹⁷ C. MONACO, *I principi di non discriminazione, non restrizione e ragionevolezza nel diritto comunitario e nel diritto del commercio internazionale: struttura, contenuto e incidenza sui sistemi fiscali nazionali*, Riv. dir. fin. 2006, 449 ss.

¹⁸ Si veda in proposito Trib. Prato, 21 novembre 2007, in Riv. Critica dir. lav., 2008, 574, (nota di Amato e Romoli. Secondo il Tribunale, la nozione oggettiva delle discriminazioni di genere ex art. 4, 1° e 2° comma, l. 10 aprile 1991 n. 125, implica l'irrelevanza dell'intento discriminatorio e l'azione in giudizio di tipo collettivo della consigliera di parità (vedi ultra), ha come presupposto non i singoli comportamenti discriminatori in ragione del sesso ai danni di soggetti individuati, bensì fatti, patti o comportamenti discriminatori, idonei a svantaggiare, in ragione del sesso, una collettività di persone, anche non individuabili in modo immediato.

¹⁹ D. MEMMO, *Disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero: prime riflessioni sui diritti civili della persona tra normative speciali e l. 6 marzo 1998 n. 40*, in Contratto e impr., 1998, 941.

determinato) si è prevista un'azione generale e sussidiaria davanti al giudice civile, quando manchino i presupposti tipici del ricorso giurisdizionale amministrativo.

In primo luogo questo ha significato spostare l'attenzione dall'atto all'azione, in secondo luogo si è posta sotto osservazione anche l'azione del privato, vagliando anche una fase di tale azione tradizionalmente ritenuta libera²⁰.

Ad esempio a fronte di una circolare, come è noto, non è ammesso ricorso al Giudice Amministrativo, essendo considerato un atto a valenza interna, con effetti verso i privati solo di tipo mediato²¹.

La circolare amministrativa, è ritenuto atto espressivo del potere di autorganizzazione dell'ente pubblico e si colloca nel rapporto tra uffici di grado diverso, appartenenti alla medesima Amministrazione ovvero a diverse Amministrazioni²², ed è ritenuta indirizzata coloro che svolgono la propria attività nell'ambito della P.A. La giurisprudenza amministrativa le ha dunque dichiarate non immediatamente impugnabili, dovendosi attendere l'atto amministrativo applicativo²³.

Con gli ordinari mezzi non vi è la possibilità per i privati di rimuovere un atto interno dell'amministrazione, anche laddove abbia contenuto palesemente illegittimo²⁴.

Vi è però la possibilità che una circolare orienti l'attività dell'amministrazione in senso non solo illegittimo, ma discriminatorio.

In simili casi è chiaro che, vista la rilevanza costituzionale dei diritti lesi, non si possa e non si debba attendere la concreta lesione, per concedere uno strumento di tutela giurisdizionale, ma che debba essere anticipata la tutela, onde evitare che venga posto in atto il comportamento discriminatorio.

La stessa strada è peraltro seguita dalla Legge 1° marzo 2006, n. 67 "Misure per la tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazioni", che, nel definire una specifica azione anti-discriminazione nei casi di disabilità, rinvia alle forme dell'art. 44 del d.L. lgs 286/98²⁵.

²⁰ Trib. Monza, 27 marzo 2003 in Foro it., 2003, I, p. 3175 (con nota di D. Piombo) ha sanzionato la norma dello statuto di una cooperativa edilizia che non ammetteva tra i soci i cittadini extracomunitari. Trib. Roma, 16 luglio 2008, in Resp. e risarcimento, 2008, fasc. 9, 31, (nota di Bilotta), ha sanzionato il rifiuto di un soggetto privato di concludere il contratto di fornitura beni/servizi offerti al pubblico, avendo come unica ragione la condizione di straniero dell'acquirente. Il Tribunale ha irrogato una condanna al risarcimento del danno non patrimoniale quantificabile equitativamente. Stesso orientamento, in vicenda in parte analoga, Trib. Padova, 19 maggio 2005 in *Dir. uomo*, 2005, fasc. 3, 107, (nota di Garzia e Nicotra).

²¹ In ordine alle circolari cd. normative, la dottrina ha chiarito che le stesse sono "espressione del potere di indirizzo politico-amministrativo dell'organo sovraordinato. [...] Sono tendenzialmente dotate del carattere di vincolatività all'interno dell'amministrazione" F. CARINGELLA, Corso di Diritto Amministrativo, 2005, I, p. 319.

²² R. GALLI, Corso di Diritto Amministrativo, II ed., CEDAM, pag. 53.

²³ Consiglio Stato sez. IV, 09 novembre 2005. L'unica possibilità di sottrarsi all'attuazione fedele della circolare è che quest'ultima sia *contra legem*. "Nel caso contrario essa è vincolante, nel senso che, a prescindere da eventuali dubbi del titolare dell'ufficio procedente, sarebbe comunque viziato l'atto che non ne facesse doverosa applicazione" (Tar Piemonte, sez. I, Sent. n. 1986 del 2001; Tar Lazio, Roma, sez. III, Sent. N. 1737 del 1999; Cons. Stato, sez. IV, n. 6299 del 2000).

²⁴ Si veda la sentenza del Tribunale di Roma 12 gennaio 2010 n. 338/2010, avente ad oggetto una circolare INPS che invitava i destinatari a privilegiare l'attività ispettiva verso 'aziende etniche'.

II.a. La legittimazione ad agire

In primo luogo sono legittimati ad agire i destinatari diretti delle condotte discriminatorie, quando siano individuati *'in modo diretto e immediato'* (D.lgs 215/2003 art.5 co. 3).

Sono altresì legittimati alla tutela collettiva alcuni soggetti esponenziali²⁶.

In particolare il Decreto Legislativo 9 luglio 2003, n. 215 ("Attuazione della direttiva 2000/43/CE per la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica") all'art. 5, legittimazione ad agire, precisa che :

1. *Sono legittimati ad agire ai sensi dell'articolo 4, in forza di delega, rilasciata, a pena di nullità, per atto pubblico o scrittura privata autenticata, in nome e per conto o a sostegno del soggetto passivo della discriminazione, le associazioni e gli enti inseriti in un apposito elenco approvato con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali e del Ministro per le pari opportunità ed individuati sulla base delle finalità programmatiche e della continuità dell'azione.*

2. *Nell'elenco di cui al comma 1 possono essere inseriti le associazioni e gli enti iscritti nel registro di cui all'articolo 52, comma 1, lettera a), del decreto del Presidente della Repubblica 31 agosto 1999, n. 394, nonché le associazioni e gli enti iscritti nel registro di cui all'articolo 6.*

3. *Le associazioni e gli enti inseriti nell'elenco di cui al comma 1 sono, altresì, legittimati ad agire ai sensi dell'articolo 4 nei casi di discriminazione collettiva qualora non siano individuabili in modo diretto e immediato le persone lese dalla discriminazione*²⁷.

²⁵ Si veda R. MARUFFI, "Le nuove norme sulla tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazioni", in "Rivista di diritto processuale", 2007, 1, pag. 123-124: " *l'aspetto più innovativo del provvedimento de quo, consiste nell'estensione a tutti i settori della vita del disabile della particolare tutela accordata nell'ambito del lavoro. Lo strumento previsto per combattere le discriminazioni nel contesto specificamente individuato diviene, per effetto delle disposizioni contenute nella legge n. 67, rimedio di carattere generale, che non si sostituisce, ma si aggiunge a quelli esistenti*" Vedi anche V. TURCO, "Lotta alla discriminazione dei disabili. Doppia tutela: inibitoria e risarcitoria. Ma la norma è lacunosa e pone seri problemi di interpretazione.", in "Diritto e Giustizia", 2006, 16, pag. 103; P. VIRGADAMO, "la tutela risarcitoria del danno non patrimoniale patito dai disabili: dalle barriere architettoniche alla legge n. 67 del 2006", in "Giustizia civile", 2007, 7-8, II, pag. 263; R. MARCHE "Gli effetti discriminatori della condotta omissiva della p.a.: legge 67/2006 e mancata attuazione del progetto individuale ex art. 14 legge 328/2000" in <http://www.diritto.it/pdf/28305.pdf>, 2009; S. BALDI LAZZARI, *Misure per la tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazioni* (l. 1° marzo 2006 n. 67), in Nuove leggi civ., 2007, 3.

²⁶ D'altra parte si tratta di un meccanismo poco adoperato in tema di diritti soggettivi, ma ben noto al diritto amministrativo, dove è recepita la figura dell'interesse diffuso e collettivo: " *gli interessi diffusi (rectius collettivi) ben possono essere ricompresi, come specie, nel più ampio genere, dell'interesse legittimo, se di quest'ultimo si ha una visione più estesa di quella tradizionale, non circoscritta alla tutela delle situazioni soggettive di appartenenza esclusiva... la concentrazione dell'interesse diffuso in interesse collettivo si realizza proprio attraverso l'individuazione di soggetti qualificati, e quindi di organismi collettivi, che agiscano istituzionalmente e statutariamente per la sua tutela, e che di conseguenza, proprio per la particolarità del fine che perseguono, emergono dalla collettività indifferenziata e si fanno portatori delle istanze del gruppo sociale di cui sono esponenziali. Quindi, dall'interesse diffuso, in cui ciascun membro del gruppo, che fruisce del bene di uso collettivo è titolare di un interesse omogeneo rispetto a quello facente capo agli altri, si passa all'interesse collettivo, in cui emerge una organizzazione che agisce a tutela di quell'interesse e che diviene come tale portatrice di una posizione soggettiva giuridicamente rilevante che la legittima ad impugnare provvedimenti amministrativi o ad opporsi a comportamenti della p.a. che siano lesivi della posizione giuridica protetta.*" (Consiglio di Stato Sez. VI, 11 luglio 2008, n.3507/08).

²⁷ All'Art. 4, intitolato 'Tutela giurisdizionale dei diritti', comma 1, si precisa che "La tutela giurisdizionale avverso gli atti e i comportamenti di cui all'articolo 2 si svolge nelle forme previste dall'articolo 44, commi da 1 a 6, 8 e 11, del testo unico."

Sono dunque legittimate ad agire le Associazioni iscritte nell'elenco di cui al suddetto art.5 Decreto Legislativo 9 luglio 2003, n. 215²⁸.

E' stato istituito, quindi, presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri Dipartimento per le Pari Opportunità, Ufficio per la promozione della parità di trattamento e la rimozione delle discriminazioni fondate sulla razza o sull'origine, un registro delle associazioni e degli enti che svolgono attività nel campo della lotta alle discriminazioni, di cui all'articolo 6 del Decreto Legislativo 9 luglio 2003 n. 215.

L'albo delle associazioni legittimate è pubblicato sul sito del Ministero delle Pari Opportunità²⁹.

Le associazioni iscritte nei registri, sono legittimate ad agire quando *"non siano individuabili in modo diretto e immediato le persone lese dalla discriminazione"*.

Ciò avviene quando l'azione (pubblica o privata) si rivolge ad un numero indeterminato di soggetti, e può essere attivata anche prima della concreta individuazione dei soggetti effettivamente percossi e lesi. D'altra parte, in taluni casi, individuazione e azione discriminatoria sono un *unum* inscindibile. Se la tutela dovesse necessariamente attendere l'esecuzione del comportamento discriminatorio sarebbe di ben poca efficacia.

Nel caso di comportamento discriminatorio di carattere collettivo sul posto di lavoro, anche se non sono individuabili in modo immediato e diretto i lavoratori lesi dalle discriminazioni, il ricorso può essere presentato dalle rappresentanze locali delle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello nazionale (art. 44 TU co. 10°).

Per quanto riguarda le discriminazioni di genere occorre ricordare il ruolo svolto dalle consigliere di parità regionali, e nazionali, che hanno competenza a proporre ricorsi collettivi avverso comportamenti discriminatori in ragione del sesso e/o idonei a svantaggiare, in ragione del sesso, una collettività di persone³⁰.

II.b. Introduzione ed istruzione del giudizio

²⁸ E' ancora una volta il caso di menzionare la norma europea della direttiva 2000/43/CE (Parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica), laddove il considerando n. 19 prevede che: *"Le vittime di discriminazione a causa della razza o dell'origine etnica dovrebbe disporre di mezzi adeguati di protezione legale. Al fine di assicurare un livello più efficace di protezione, anche alle associazioni o alle persone giuridiche dovrebbe essere conferito il potere di avviare una procedura"*

La giurisprudenza precisa che *"l'organizzazione che agisce a tutela di quell'interesse e che diviene come tale portatrice di una posizione soggettiva giuridicamente rilevante che la legittima ad impugnare provvedimenti amministrativi o ad opporsi a comportamenti della p.a. che siano lesivi della posizione giuridica protetta"*. (Consiglio di Stato Sez. VI, 11 luglio 2008, n.3507/08).

²⁹ Il sito è:

http://www.pariopportunita.gov.it/images/stories/documenti_vari/UserFiles/II_Dipartimento/UNAR/Registro/ELENCIO ASSOCIAZIONI_OK.pdf.

³⁰ Art. 37 d.lgs. co. 2 198/06 (Legittimazione processuale a tutela di più soggetti): 2. *Con riguardo alle discriminazioni di carattere collettivo di cui al comma 1, le consigliere o i consiglieri di parità, qualora non ritengano di avvalersi della procedura di conciliazione di cui al medesimo comma o in caso di esito negativo della stessa, possono proporre ricorso davanti al tribunale in funzione di giudice del lavoro o al tribunale amministrativo regionale territorialmente competenti."*

In base all'art. 44 del T.U. sull'immigrazione la domanda si propone con ricorso depositato, nella cancelleria del tribunale in composizione monocratica del luogo di domicilio dell'istante (comma 2). Si tratta di competenza del G.O., per territorio inderogabile ex art. 28 c.p.c.³¹.

Vi è da osservare che, a norma del medesimo comma 2 la domanda può essere promossa *'anche personalmente dalla parte'*. Tale disposizione deve essere ricondotta alla estrema libertà di forme che questa azione ammette, più che a scarsa considerazione verso la funzione del patrocinio forense. Gioca, forse, anche l'idea che l'azione è in effetti mista, giurisdizionale ed amministrativa nello stesso tempo, con elementi riconducibili al giudizio di ottemperanza (in relazione all'orientamento di condotte future). Sul tema torneremo.

Trattandosi di azione che si propone con ricorso, il Giudice dovrà fissare l'udienza e definire modalità (es. a mezzo fax) e termini per notificare alla controparte.

In questa fase, quindi, il giudice definisce, con una certa discrezionalità, anche i termini a difesa, modulandoli sulle esigenze di urgenza, tenendo conto anche della complessità della difesa stessa.

La parte convenuta costituendosi, vista la libertà di forme, potrà, ovviamente, segnalare l'esiguità dei termini concessi e chiedere una nuova udienza per formulare difese e articolare mezzi istruttori.

L'art. 44 comma 3 T.U. prosegue statuendo che *" Il tribunale in composizione monocratica, sentite le parti, omissa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione indispensabili in relazione ai presupposti e ai fini del provvedimento richiesto "*.

Il successivo comma 4 prevede che *" Il tribunale in composizione monocratica provvede con ordinanza all'accoglimento o al rigetto della domanda. Se accoglie la domanda emette i provvedimenti richiesti che sono immediatamente esecutivi. "*

Si tratta dunque di una procedura estremamente snella, nella quale il giudice viene dotato di ampi poteri di regolazione del giudizio, in particolare per quanto riguarda i termini a difesa e l'assunzione delle prove.

Il tenore della norma invita il giudice ad uscire dal ruolo meramente passivo, normalmente svolto nell'istruzione della causa (*iuxta alligata et probata*). In un giudizio di tal segno il giudice deve svolgere un ruolo più attivo, nell'indicare alle parti le questioni che non appaiono chiare o sufficientemente provate. Deve insomma perseguire, per quanto possibile, e senza sostituirsi alle parti, ma collaborando con esse, l'accertamento della verità sostanziale e non meramente processuale. Sembrano conclusioni ardite, ma la giurisprudenza europea invita fortemente il diritto

³¹ Cass. civ., Sez. III, 19 maggio 2004, n. 9567; Trib. Milano 21 marzo 2002, in Foro Italiano, 2003, I, pag. 3175: *"pacifica la competenza del giudice ordinario anche se l'atto discriminatorio è posto in essere da una Pubblica Amministrazione non rilevando in contrario che il comportamento che si assume discriminatorio sia stato posto in essere dalla pubblica amministrazione e sia riconducibile all'applicazione di un atto amministrativo"*.

italiano ad avviarsi su questa strada³². E d'altra parte le modifiche processuali in tema di questioni rilevabili d'ufficio (art.73 c.p.a. comma 3) danno atto di un movimento in tal senso³³. Si consideri peraltro che tale trasparenza del giudice è maggiormente necessaria in un giudizio in cui l'onere della prova è parzialmente invertito.

In merito all'onere ed ai mezzi di prova assume rilievo il successivo comma 9 (art.44 TU) *"Il ricorrente, al fine di dimostrare la sussistenza a proprio danno del comportamento discriminatorio in ragione della razza, del gruppo etnico o linguistico, della provenienza geografica, della confessione religiosa o della cittadinanza può dedurre elementi di fatto anche a carattere statistico relativi alle assunzioni, ai regimi contributivi, all'assegnazione delle mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera e ai licenziamenti dell'azienda interessata. Il giudice valuta i fatti dedotti nei limiti di cui all'articolo 2729, primo comma, del codice civile."*

L'articolo costituisce applicazione della 'regola dell'inversione dell'onere della prova' di cui all'art. 8, n. 1, della direttiva 2000/43, volta a rafforzare la tutela nei casi di discriminazione. In particolare l'art. 8 citato (Onere della prova) prevede che: *"1. Gli Stati membri prendono le misure necessarie, conformemente ai loro sistemi giudiziari nazionali, per assicurare che, allorché persone che si ritengono lese dalla mancata applicazione nei loro riguardi del principio della parità di trattamento espongono, dinanzi a un tribunale o a un'altra autorità competente, 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 del principio della parità di trattamento."*

Si tratta di una norma che ha suscitato diverse perplessità³⁴, ma che viene ritenuta pacificamente applicabile dalla giurisprudenza europea, anche se l'inversione opera in presenza di indizi a carico del convenuto³⁵.

³² Corte Europea Dei Diritti Dell'uomo Seconda Sezione Causa Udorovic C. Italia - Ricorso no 38532/02.; "La Convenzione non mira a garantire diritti teorici o illusori, ma diritti concreti ed effettivi (Artico c. Italia del 13 maggio 1980, serie A no 37, p. 16, § 33), questo diritto può essere considerato effettivo soltanto se queste osservazioni sono veramente "comprese", ossia debitamente esaminate dal tribunale adito. In altre parole, l'articolo 6 implica soprattutto, a carico del "tribunale", l'obbligo di eseguire un effettivo esame dei mezzi, delle argomentazioni e delle prove offerte dalle parti, salvo poi valutarne la pertinenza (Van de Hurk c. Paesi Bassi del 19 aprile 1994, serie A no 288, p. 19, § 59).

³³ Movimento di cui, ad avviso di chi scrive, è parte anche Sentenza 12 marzo 2007, n. 77 della Corte Costituzionale in merito alla *translatio iudicii* "Al principio per cui le disposizioni processuali non sono fine a se stesse, ma funzionali alla miglior qualità della decisione di merito, si ispira pressoché costantemente – nel regolare questioni di rito – il vigente codice di procedura civile, ed in particolare vi si ispira la disciplina che all'individuazione del giudice competente – volta ad assicurare, da un lato, il rispetto della garanzia costituzionale del giudice naturale e, dall'altro lato, l'idoneità (nella valutazione del legislatore) a rendere la migliore decisione di merito – non sacrifica il diritto delle parti ad ottenere una risposta, affermativa o negativa, in ordine al "bene della vita" oggetto della loro contesa".

³⁴ V. TURCO, "il ricorrente dovrebbe provare in primo luogo la realizzazione di una discriminazione (o di un effetto discriminatorio, cioè di una discriminazione indiretta), quindi allegare – e provare – i fatti che costituiscono gli indizi della discriminazione; tra questi ultimi vanno annoverati dati statistici dai quali emerga una differenza di trattamento, cioè che l'autore della discriminazione abbia posto in essere atti o comportamenti diversi (o addirittura opposti) nei confronti delle diverse classi dei soggetti considerati, relativamente al bene-interesse sul quale insiste l'effetto discriminatorio". In "Lotta alla discriminazione dei disabili. Doppia tutela: inibitoria e risarcitoria. Ma la norma è lacunosa e pone seri problemi di interpretazione.", in "Diritto e Giustizia", 2006, 16, pag. 105. Vedi anche C. FAVILLI, La non discriminazione dell'Unione europea, Bologna 2008, pag.263.

Il regime della prova si presenta in parte diverso riguardo sulla parità di trattamento in materia di lavoro. L'art. 4, comma 4, del d.lgs. n. 216/2003 (modificato dalla l. 6 giugno 2008, n. 101) prevede che: *“quando il ricorrente fornisce elementi di fatto idonei a fondare, in termini gravi, precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori, spetta al convenuto l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione”*.

II.c. Decisione e reclamo. Natura cautelare del giudizio.

Il provvedimento che definisce il giudizio come detto è un'ordinanza, e costituisce un titolo immediatamente esecutivo, se accoglie il ricorso (art. 44 comma 4).

Il comma 6 dell'art. 44 TU prevede che, contro i provvedimenti del tribunale in composizione monocratica, è ammesso reclamo al tribunale nei termini di cui all'articolo 739, secondo comma, del codice di procedura civile e *“Si applicano, in quanto compatibili, gli articoli 737, 738 e 739 del codice di procedura civile”*.

³⁵ Una recente sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee (10 luglio 2008, procedimento C 54/07, Firma Feryn NV) ha riguardato la constatazione della discriminazione diretta da parte di un'impresa, la Firma Feryn, in ragione delle dichiarazioni pubbliche, ma verbali, del direttore della stessa che aveva affermato che non avrebbe assunto lavoratori appartenenti a “minoranze etniche” (“alloctoni”), successivamente ritrattate. Nel giudizio conseguente la Firma Feryn ha sostenuto che non era stata dimostrata l'effettiva discriminazione verso specifici soggetti (vista peraltro la ritrattazione della dichiarazione).

La Corte di Giustizia ha ritenuto che: *“l'art. 8 della direttiva 2000/43 precisa che incombe alla parte convenuta provare che non vi è stata violazione del principio della parità di trattamento allorché elementi di fatto permettono di presumere l'esistenza di una discriminazione diretta o indiretta. L'obbligo di fornire la prova contraria, che incombe in tal modo al presunto autore di una discriminazione, è subordinato unicamente alla constatazione di una presunzione di discriminazione, dal momento che quest'ultima si fonda su elementi di fatto accertati. 31 Le dichiarazioni con cui un datore di lavoro rende pubblicamente noto che, nell'ambito della sua politica di assunzione, non assumerà lavoratori dipendenti aventi una certa origine etnica o razziale possono configurare tali elementi di fatto idonei a far presumere una politica di assunzione discriminatoria.*

32 Di conseguenza incombe a tale datore di lavoro fornire la prova di non aver violato il principio della parità di trattamento, in particolare dimostrando che la prassi effettiva di assunzione dell'impresa non corrisponde a tali dichiarazioni.” (Corte di Giustizia delle Comunità europee - 10 luglio 2008, procedimento C 54/07, Firma Feryn NV).

Si pone il problema se il giudizio di cui trattasi sia sommario o cautelare³⁶. Il problema pratico fondamentale, configurando il giudizio come cautelare, era relativo all'onere del ricorrente di introdurre un giudizio di merito per confermare l'ordinanza ottenuta. Minore rilievo pratico ha la questione dopo la novella normativa del 2005 – d.l. 14 marzo 2005 n. 35 – che ha introdotto il comma 6 nell'art. 669 octies c.p.c.³⁷, e che ha reso il giudizio di merito (in questi casi) non più necessario a convalidare l'ordinanza. Il giudizio di merito, in tale nuova configurazione, non verrà quindi introdotto dalla parte vittoriosa nel giudizio speciale ex art.44 T.U., ma da quella soccombente, configurandosi quindi, di fatto, come impugnazione.

Ove si accolga la natura cautelare del giudizio ex art. 44 T.U. si avranno quindi, potenzialmente, cinque gradi di giudizio, due in sede cautelare (ricorso ex art.44 comma 1, e reclamo ex art. 44 comma 6, T.U.) e tre (come d'ordinario) nel merito.

Ove si accolga invece la natura sommaria, i gradi sarebbero tre, oltre ai due previsti dall'art.44, il ricorso per Cassazione ex art.111 Cost..

La Corte di Cassazione, a SSUU, ha risolto la questione con Sentenza n. 6172/2008, propendendo per la prima soluzione (procedimento cautelare): *“Il procedimento previsto dal D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, art. 44 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero) costituisce un procedimento cautelare, cui si applicano, in forza dell'art. 669 c.p.c., comma 14, le norme sul procedimento cautelare uniforme previsto dal libro 4^o, titolo 1^o, capo 3^o, c.p.c. in quanto compatibili; in particolare si applica l'art. 669 c.p.c., comma 8, sull'inizio della fase di merito. Ne deriva che, non essendo l'ordinanza resa su ricorso o il decreto della Corte d'Appello reso su reclamo provvedimento definitivo con carattere decisorio, è*

³⁶ La Cassazione nella nota sentenza n. 6172/2008 ricapitola le diverse posizioni assunte dalla dottrina *“Sulla natura del procedimento in questione la dottrina dominante è per il carattere cautelare. In favore di questa tesi sono spesi i seguenti argomenti: sul piano lessicale il procedimento disciplinato dal D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, art. 44, commi 2 e 5 ripete la formulazione dell'art. 669 septies c.p.c., che detta la disciplina del procedimento cautelare uniforme; il D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, art. 44, comma 7, nel disporre che il giudice, con la decisione che definisce il giudizio, può altresì condannare il convenuto al risarcimento del danno anche non patrimoniale, prefigurerebbe chiaramente un giudizio di merito.*

Una dottrina minoritaria ritiene che gli elementi testuali configurino un procedimento monofasico: il D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, art. 44, non riproduce nè rinvia all'articolo 669 octies c.p.c., che, nel disciplinare il passaggio al giudizio di merito, costituisce la norma cardine per configurare il procedimento previsto dall'art. 669 bis c.p.c. e segg. come rigidamente strumentale al giudizio di merito a cognizione piena, e quindi sommario e cautelare;

la previsione del D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, art. 44, comma 7 non avrebbe senso se riferita al giudizio di merito, che implica di per sé la possibilità della condanna al risarcimento del danno; al contrario, essa, consentendo una pronuncia sul risarcimento del danno, configurerebbe il procedimento come a forma semplificata, ma non cautelare.

Un terzo orientamento, pur rilevando la mancanza, nel D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, art. 44, di una norma sul passaggio alla fase di merito, solleva dubbi sulla legittimità costituzionale di un modello a struttura monofasica, in relazione al principio del giusto processo, di cui all'art. 111 Cost., e sollecita questa Corte ad intervenire nomofilaticamente sulla questione, dettando una interpretazione costituzionalmente orientata.” (Corte di Cassazione a SSUU, n. 6172/2008).

³⁷ Il comma 6 dell'art. 669 octies c.p.c. prevede che *“ Le disposizioni di cui al presente articolo e al primo comma dell'articolo 669-novies non si applicano ai provvedimenti di urgenza emessi ai sensi dell'articolo 700 e agli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito, previsti dal codice civile o da leggi speciali, nonché ai provvedimenti emessi a seguito di denuncia di nuova opera o di danno temuto ai sensi dell'articolo 688, ma ciascuna parte può iniziare il giudizio di merito.”*

*inammissibile contro di essa il ricorso per Cassazione ex art. 111 Cost., nè questo può essere convertito in regolamento preventivo di giurisdizione*³⁸.

La Corte di Cassazione, nel giungere a tale conclusione percorre considerazioni di ordine sistematico (anche volte alla uniformità dei riti), mentre tiene in minore considerazione quella che era l'intenzione del legislatore, il quale, con una certa evidenza, riteneva di creare un rito *ad hoc*, sommario ed autoconclusivo³⁹. Vi è però da ricordare che la Suprema Corte ha anche inteso offrire del procedimento un'interpretazione costituzionalmente orientata. Configurando il procedimento, ex art. 44 T.U., come procedimento sommario a struttura monofasica, senza un più accurato accertamento della prova, si sospettava un conflitto con il principio del giusto processo di cui all'art. 111 Cost.⁴⁰

Ciò denota la difficoltà di accogliere nel nostro ordinamento, oltremodo attento alle garanzie processuali delle parti, principi di origine europea, indubbiamente meno attenti al rispetto del contraddittorio⁴¹.

³⁸ E' opportuno citare il nucleo centrale della decisione citata "Queste Sezioni Unite ritengono che il carattere cautelare del procedimento introdotto dall'art. 44 in esame, e seguito dalle leggi successive che ad esso rinviano, si evinca dai seguenti prevalenti elementi testuali, interpretati nel quadro ordinamentale generale:

1.1 D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, art. 44, commi 3, 4 e 5 riproducono pedissequamente l'art. 669 sexies c.p.c., sul procedimento cautelare uniforme; in particolare il comma 5 ripete la distinzione dell'art. 669 sexies c.p.c., comma 2, tra decreto motivato, in caso di urgenza, sulla base di sommarie informazioni, ed ordinanza sulla base degli atti di istruzione indispensabili; tale struttura conforme preclude la possibilità di considerare l'ordinanza di cui al D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, art. 44, comma 3, in quanto assicura le esigenze costituzionali di parità di difesa con il rispetto del contraddittorio e la pienezza dell'istruttoria con l'assunzione delle prove indispensabili, come l'atto conclusivo di un procedimento a cognizione piena, anche se abbreviata, proprio perchè le stesse garanzie sono proprie del procedimento cautelare uniforme;

2. il comma 6 ammette, contro i provvedimenti del giudice adito, il reclamo al giudice superiore, rimedio tipico contro i provvedimenti cautelari, alternativo all'appello; il passaggio operato dal legislatore dal modello precedente, basato sull'opposizione al medesimo giudice, al reclamo al giudice superiore, si spiega proprio con l'ingresso nel nostro ordinamento del processo cautelare uniforme;

3. il comma 8 prevede che "chiunque elude l'esecuzione di provvedimenti del pretore di cui ai commi 4 e 5, e dei provvedimenti del Tribunale di cui al comma 6, è punito ai sensi dell'art. 388 c.p., comma 1".

Così disponendo, il comma 8 adotta non la formulazione dell'art. 388 c.p.c., comma 1, relativo a chi si sottrae agli obblighi civili nascenti da una sentenza di condanna, ma quella del comma 2, relativo a chi elude l'esecuzione di un provvedimento del giudice civile (...) che prescriva misure cautelari. Il riferimento che l'art. 44 fa all'art. 388 c.p.c., comma 1 è *quoad poenam*, determinata solo nel primo comma. Con tale formulazione lessicale, il comma 8 presuppone la natura cautelare del provvedimento in esame." (Corte di Cassazione a Sezioni Unite Sentenza n. 6172/2008).

³⁹ R. MARCHE ritiene che "A parere di chi scrive il procedimento a tutela delle vittime della discriminazione può avere natura cautelare quando al giudice è richiesta una tutela inibitoria in via d'urgenza. In buona sostanza, il legislatore, nel predisporre un rito speciale per la tutela della vittima della discriminazione, è stato animato dall'intento di garantire in tempi solleciti una definizione della vicenda con l'ottenimento di un provvedimento in grado di riconoscere al disabile una tutela a tutto tondo (inibitoria, ripristinatoria e risarcitoria). Nel costruire tale modello processuale ha sfruttato lo schema del processo cautelare senza volergli in realtà conferire l'intrinseca natura di una tutela esclusivamente cautelare. Del processo cautelare ha preso parzialmente il volto ma non l'essenza strumentale e ancillare di tale procedimento rispetto ad un giudizio di cognizione o di esecuzione." "Gli effetti discriminatori della condotta omissiva della p.a.: legge 67/2006 e mancata attuazione del progetto individuale ex art. 14 legge 328/2000" in <http://www.diritto.it/pdf/28305.pdf>, 2009.

⁴⁰ Anche se, in effetti, molti passi avanti sono stati compiuti, in relazione ad una maggiore libertà dalle forme processuali prive di effettiva sostanza, cfr Cassazione civile, sez. lav. 07/02/2007 n. 2640; vedi anche 3830 del 18/2/2010; SSUU 19.4.2010 9217.

⁴¹ La scelta tra cautelare e sommario non è però priva di conseguenze. Ad esempio, secondo il governo italiano la natura cautelare comporta che al procedimento non si applichi l'art.6 della CEDU "Il Governo"(Italiano n.d.r.)" *eccepisce prima di tutto l'inapplicabilità dell'articolo 6. Afferma che l'azione civile contro la discriminazione prevista dall'articolo 44 del decreto n° 268 costituisce un procedimento cautelare che prevede l'emissione di una misura urgente*

Tra gli effetti principali della asserita natura cautelare vi è la possibilità, in forza della disposizione dell'art. 669 quaterdecies c.p.c., di applicare al giudizio in esame le norme sul procedimento cautelare 'uniforme' previsto dal libro IV, titolo I, capo III, c.p.c. in quanto compatibili.

Sorge tuttavia il problema di determinare la giurisdizione nel giudizio di merito. Si è infatti detto come l'azione di cui trattasi abbia, pacificamente, ad oggetto anche provvedimenti amministrativi. Pertanto, una volta esperito il cautelare con le forme sopra delineate, sarebbe, astrattamente, possibile adire il Giudice Amministrativo per la fase di merito. Il problema non appare giunto a soluzione definitiva. Tuttavia le SSUU hanno affermato che la competenza del giudice ordinario anche nella 'fase di merito' discende da "incontestabile scelta normativa, coerente alla natura delle situazioni tutelate"⁴².

II.c.1. Il comma 5 dell'art. 44 prevede, poi, che nei casi più urgenti il giudice provveda sulla domanda con decreto motivato *inaudita altera parte* assunte, se ritiene, sommarie informazioni. In tale caso il giudice fissa con lo stesso decreto udienza di comparizione delle parti da notificarsi a cura dell'istante unitamente al ricorso introduttivo nei termini stringenti indicati nello stesso comma 5: "*Nei casi di urgenza il tribunale in composizione monocratica provvede con decreto motivato, assunte, ove occorre, sommarie informazioni. In tal caso fissa, con lo stesso decreto, l'udienza di comparizione delle parti davanti a sé entro un termine non superiore a quindici giorni, assegnando all'istante un termine non superiore a otto giorni per la notificazione del ricorso e del decreto. A tale udienza, il tribunale in composizione monocratica, con ordinanza, conferma, modifica o revoca i provvedimenti emanati nel decreto*".

Si configura dunque un procedimento ultra-cautelare, che trova eco nei provvedimenti presidenziali emanati nel giudizio amministrativo. Naturalmente nulla impedisce al giudice di pronunciare il decreto *audita altera parte*. E' infatti in suo potere assumere sommarie informazioni, e dunque, tra l'altro, convocare la parte convenuta.

II.c.2. In base all'art.44 comma 6 T.U. "*Contro i provvedimenti del tribunale in composizione monocratica è ammesso reclamo al tribunale nei termini di cui all'articolo 739, secondo comma, del*

e provvisoria nell'attesa di un giudizio di merito. A sostegno della sua tesi, il Governo fa riferimento alla sentenza n° 6172/2008 delle sezioni unite della Corte di cassazione, che dichiara che il procedimento previsto dal decreto n° 268 costituisce un procedimento cautelare e che l'ordinanza adottata nell'ambito di questo procedimento ha carattere provvisorio e non definitivo, né esecutivo. Il Governo fa riferimento alla consolidata giurisprudenza della Corte ai sensi della quale i procedimenti cautelari normalmente non sono considerati avere ad oggetto una contestazione sui diritti e doveri di carattere civile e dunque generalmente non rientrano nella tutela dell'articolo 6.

Il ricorrente respinge le tesi del Governo. Afferma che l'azione contro la discriminazione si iscrive in un procedimento ordinario e non cautelare, e non ha come scopo l'emissione di un provvedimento di urgenza. A tale riguardo, contesta le conclusioni della Corte di cassazione e considera non convincenti le argomentazioni dell'alta giurisdizione italiana". "Corte Europea Dei Diritti Dell'uomo Seconda Sezione Causa Udorovic C. Italia - Ricorso no 38532/02).

⁴² Sentenza della Corte di Cassazione n. 3670 del 15 febbraio 2011 che ha sancito la competenza del giudice ordinario anche in sede di merito in ordine alla tutela contro gli atti amministrativi assunti dal Comune di Brescia, ritenuti lesivi del principio di parità (il provvedimento impugnato assegnava il 'bonus bebè' solo agli 'italiani').

codice di procedura civile. Si applicano, in quanto compatibili, gli articoli 737, 738 e 739 del codice di procedura civile.”

L'art. 739 c.p.c. (Reclami delle parti) prevede che *“Contro i decreti del giudice tutelare si può proporre reclamo con ricorso al tribunale, che pronuncia in camera di consiglio. Contro i decreti pronunciati dal tribunale in camera di consiglio in primo grado si può proporre reclamo con ricorso alla Corte d'appello, che pronuncia anch'essa in camera di consiglio.*

Il reclamo deve essere proposto nel termine perentorio di dieci giorni dalla comunicazione del decreto se e' dato in confronto di una sola parte, o dalla notificazione se e' dato in confronto di più parti.

Salvo che la legge disponga altrimenti, non e' ammesso reclamo contro i decreti della Corte d'appello e contro quelli del tribunale pronunciati in sede di reclamo”⁴³

Il reclamo è proposto con ricorso⁴⁴, e vi può essere una riapertura della fase istruttoria.

Chiusa questa fase, si può aprire, come sopra detto, la fase di merito, fino a giungere alla Corte di Cassazione.

II.d. Contenuto del provvedimento.

Occorre ora soffermarsi sul contenuto del provvedimento emesso dal giudice ex art.44 comma 1, nella prima fase del giudizio. E' questo infatti uno degli elementi più rilevanti dell'intera disciplina introdotta.

La norma, lo ricordiamo, prevede che *“Quando il comportamento di un privato o della pubblica amministrazione produce una discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, il giudice però, su istanza di parte, ordinare la cessazione del comportamento pregiudizievole e adottare ogni altro provvedimento idoneo, secondo le circostanze, a rimuovere gli effetti della discriminazione”* (art.44 comma 1 T.U.).

Il comma 7 aggiunge che *“ Con la decisione che definisce il giudizio il giudice può altresì condannare il convenuto al risarcimento del danno, anche non patrimoniale.”*

⁴³ La Corte Costituzionale con sentenza 27 giugno 1986, n. 156 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo nella parte in cui, disciplinando il reclamo avverso i decreti del giudice delegato fa decorrere il termine per reclamo dal deposito del decreto in cancelleria anziché dalla comunicazione eseguita con il rispetto delle vigenti disposizioni procedurali.

Inoltre secondo la Corte Costituzionale "l'effettività del riesame può essere realizzata in virtù dei soli (...) criteri dell'alterità e della collegialità del giudice, e non necessariamente anche al rapporto di sovraordinazione tra i giudici" (Corte Cost. n. 421/1996).

Si vedano pure Cassazione Civile, sez. III, sentenza 25 febbraio 2008, n. 4719 e Cassazione Civile, sez. I, sentenza 14 novembre 2008, n. 27239.

⁴⁴ Art. 737 c.p.c.(Forma della domanda e del provvedimento): *“I provvedimenti, che debbono essere pronunciati in camera di consiglio, si chiedono con ricorso al giudice competente e hanno forma di decreto motivato, salvo che la legge disponga altrimenti”*. Art. 738 c.p.c. (Procedimento): *Il presidente nomina tra i componenti del collegio un relatore, che riferisce in camera di consiglio. Se deve essere sentito il pubblico ministero, gli atti sono a lui previamente comunicati ed egli stende le sue conclusioni in calce al provvedimento del presidente. Il giudice può assumere informazioni.*

Con il provvedimento che accoglie il ricorso il giudice, quindi, oltre a provvedere, se richiesto, al risarcimento del danno anche non patrimoniale⁴⁵, ordina la cessazione del comportamento, della condotta o dell'atto discriminatorio, ove ancora sussistente, nonché la rimozione degli effetti⁴⁶. Ai fini della liquidazione del danno si tiene altresì conto se *"l'atto o comportamento discriminatorio costituiscono ritorsione ad una precedente azione giudiziale ovvero ingiusta reazione ad una precedente attività del soggetto leso volta ad ottenere il rispetto del principio della parità di trattamento"* (art. 4 comma 5 del D.lgs 215/2003 ed art. 4 comma 6 del D.lgs 216/2003).

Il giudice può poi ordinare la pubblicazione della sentenza, a spese del convenuto, per una sola volta su un quotidiano di tiratura nazionale (art. 4 comma 6 del D.lgs 215/2003 ed art. 4 comma 7 del D.lgs 216/2003).

L'utilizzo del termine 'sentenza' nelle norme da ultimo citate ha indotto incertezze.

Secondo taluni sarebbe un mero errore del legislatore, riferendosi in effetti all'ordinanza che definisce il giudizio. Secondo un'altra lettura essa va collocata all'interno del giudizio bifasico (cautelare-merito). In tale seconda ipotesi la pubblicazione potrebbe essere disposta unicamente della (e con la) la sentenza che definisce il merito.

La questione va risolta unitamente all'altra, che taluni hanno posto: se anche il risarcimento del danno debba essere disposto all'esito del giudizio di merito.

In quel caso sarebbe lo stesso ricorrente ad essere interessato a chiedere il giudizio di merito, non per ottenere la conferma del provvedimento, ma per ottenere la condanna al risarcimento e la pubblicazione della sentenza⁴⁷.

Ad avviso di chi scrive, anche accogliendosi la natura cautelare del giudizio, è opportuno che, per quanto possibile esso sia pienamente satisfattivo, e che il giudizio di merito resti una mera eventualità. E' opportuno quindi (e peraltro i Tribunali in prevalenza si sono così orientati) che con l'ordinanza che definisce il giudizio (nella fase c.d. cautelare) si disponga anche il risarcimento e la pubblicazione. In tal modo, peraltro, si ottiene anche una notevole deflazione, riservando il merito ai casi più controversi o combattuti.

II.d.1. In primo luogo l'esecuzione dei provvedimenti, oltre alle ordinarie azioni esecutive civili, quando si tratti di Amministrazioni Pubbliche può avvenire attraverso il giudizio di ottemperanza ex

⁴⁵ Il danno non patrimoniale è pacificamente riconosciuto "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)" Trib. Varese, sez. Luino, sentenza 23 - 27 aprile 2012 n. 31.

⁴⁶ Ad es. Trib. Brescia, 26 gennaio 2009, che ha considerato discriminatoria la scelta del Comune di Brescia di istituire un bonus 'bebè' (di 1000,00 euro) per la nascita di bambini, escludendo da tale beneficio economico i figli di genitori stranieri, ha ordinato al Comune 'previa verifica dei requisiti diversi dalla cittadinanza' il c.d. bonus bebè', prorogando la data di richiesta del beneficio.

⁴⁷ In effetti però Trib. Brescia, 26 gennaio 2009, di cui alla nota precedente, già nell'ordinanza conteneva l'obbligo di pubblicazione, dell'ordinanza stessa.

art. 112 c.p.a. (D.lgs 104/10), che esplicitamente ammette l'ottemperanza di provvedimenti del G.O., purché passati in giudicato (art.112 lett. c)).

Ma l'esecuzione dei provvedimenti del giudice è particolarmente rafforzata nell'azione di cui ci si occupa. Vi è infatti la previsione speciale dell'art. 44 comma 8 "*Chiunque elude l'esecuzione di provvedimenti del tribunale in composizione monocratica di cui ai commi 4 e 5 e dei provvedimenti del tribunale di cui al comma 6 è punito ai sensi dell'articolo 388, primo comma, del codice penale.*"

Il richiamo all'art 388 c.p. (che, come noto, punisce la mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice⁴⁸) è volto a indurre la parte soccombente all'adempimento spontaneo, sulla base del modello anglosassone del *Contempt of Court*⁴⁹.

Si consideri che, visto il campo di cui ci si occupa, il provvedimento, per lo più, avrà ad oggetto la prescrizione di comportamenti attivi onde rimuovere la rilevata discriminazione. Pertanto è veramente insufficiente la mera tutela per equivalente. La tutela penale può poi essere completata dalle c.d. *astreintes*⁵⁰, ovvero sanzioni progressive per il caso di perdurante inadempimento al provvedimento emesso dal giudice.

Insomma, la libertà di forme che permea il procedimento ex art.44 T.U. si riverbera anche sul provvedimento conclusivo. E' l'elemento di maggiore rilievo, riteniamo, di quest'azione giudiziale. Nel nostro ordinamento le azioni non sono un *numerus clausus*, la limitatezza delle azioni deriva dalla limitatezza dei diritti sostanziali riconosciuti. Come noto, i Tribunali sono molto restii a condannare le parti ad un *facere* nel giudizio civile, per le difficoltà che generalmente si incontrano nell'esecuzione del giudicato (preferendo la tutela per equivalente). L'ordinanza che conclude il giudizio ex art. 44 TU interviene quando il danno non si è ancora prodotto integralmente, quando è ancora possibile riportare l'azione pubblica o privata sul corretto binario⁵¹, con vantaggio, in effetti, per tutti gli attori della vicenda (che non sono poi costretti a pagare un rilevante risarcimento).

Il giudizio *de quo* è volto proprio ad intervenire *in medias res*, ad entrare nello svolgersi delle cose ed ad ottenere non un risarcimento per equivalente, ma una piena soddisfazione 'in forma specifica' del diritto all'eguaglianza.

⁴⁸ Art. 388 c.p.: "*Chiunque, per sottrarsi all'adempimento degli obblighi civili nascenti da una sentenza di condanna, o dei quali è in corso l'accertamento dinanzi l'autorità giudiziaria, compie, sui propri o sugli altrui beni, atti simulati o fraudolenti, o commette allo stesso scopo altri fatti fraudolenti, è punito, qualora non ottemperi alla ingiunzione di eseguire la sentenza, con la reclusione fino a tre anni o con la multa da euro 103 a euro 1.032*"

⁴⁹ A. PROTO PISANI, *L'effettività dei mezzi di tutela giurisdizionale con particolare riferimento all'attuazione della sentenza di condanna*, in Riv. dir. proc. 1975, 627.

⁵⁰ A. FRIGNANI, *Le penalità di mora e le astreintes nei diritti che si ispirano al modello francese*, in Riv. dir. civ., 1981, I, p. 506 ss. C. MANDRIOLI, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, in Noviss. dig. it., VI, Torino, 1960, p. 764 ss

⁵¹ Il Trib. Roma, con decisione del 26 maggio 1997 (in *Foro it.*, 1997, I, 2672 -nota di A. CALMIERI) ha ordinato alle FFSS di modificare i carrelli elevatori posti nelle stazioni ferroviarie, per consentire ai disabili con difficoltà di deambulazione l'accesso su tutti i treni e la discesa dagli stessi.