

Lucia Tria

“È più facile spezzare un atomo che un pregiudizio.”
Albert Einstein

*Il divieto di discriminazione tra Corte di Strasburgo e Corti interne*¹

SOMMARIO: 1.– Lineamenti generali del diritto antidiscriminatorio: la pluralità delle fonti. 2.– Le varie forme di discriminazione. 3.– I diversi fattori discriminatori. 4.– Tecniche di interrelazione normativa. 5.– Principio di uguaglianza e azioni positive nel diritto nazionale. 6.– Le Convenzioni ONU. 7.– Il principio di uguaglianza in ambito UE. 8.– Margine di discrezionalità riconosciuto agli Stati. 9.– Il principio di uguaglianza nel sistema della CEDU. 10.– La Carta Sociale Europea e il Comitato Europeo per i Diritti Sociali. 11.– La tutela allargata del principio di uguaglianza. 11.1.– Sistema del Consiglio di Europa. 11.2.– Unione europea. Cooperazione UE-Consiglio d'Europa. 12.– Il diverso modo di operare dei vari Giudici nazionali e/o europei. 12.1.– La Corte di Strasburgo. 12.2.– Recente giurisprudenza della Corte di giustizia UE. 12.3.– Giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di discriminazioni. 12.4.– Giurisprudenza della Corte di cassazione in materia di discriminazioni di genere. 13.– Giurisprudenza nazionale in materia di discriminazioni ai danni di extracomunitari e apolidi nel mondo del lavoro. Cenni. 14.– Tanti problemi, ma pochi ricorsi giurisdizionali interni. 15.– Conclusioni.

1.– Lineamenti generali del diritto antidiscriminatorio: la pluralità delle fonti

In momenti di crisi economica e anche politica (al livello nazionale, europeo e mondiale) come quella che stiamo vivendo ormai da anni, **il problema delle discriminazioni** — che purtroppo si può considerare connaturato allo svilupparsi di società variegata nella loro composizione — **diventa ancora più acuto.**

E questo si sente **anche da noi in Italia** ove le cronache dei giornali sempre più frequentemente riportano episodi di violenza — fisica e/o verbale — motivati da spirito discriminatorio, di vario tipo.

Va detto, però, che **la maggior parte degli atti discriminatori non si traduce in fatti criminali** e se questo può senz'altro essere considerato positivo, deve anche farci riflettere sul fatto che la maggior parte delle discriminazioni — quelle, cioè, che non varcano la soglia dei fatti penalmente rilevanti, ma non per questo sono “indolori” — restano “sommerse” perché la vittima, per le più svariate ragioni, non le denuncia.

Questo accade di frequente specialmente **per le discriminazioni in danno degli immigrati, in danno delle donne o per quelle sul lavoro.**

L'argomento ovviamente è vastissimo e quindi in questa sede ci si limiterà a tratteggiarne i lineamenti generali, a partire dalle **discriminazioni di genere**, che sono anche quelle dalle quali ha preso l'avvio tutto l'ormai articolato **“diritto antidiscriminatorio”**.

Tale diritto, infatti, prevede specifiche tutele per molteplici situazioni di potenziale discriminazione e lo fa con una **normativa piuttosto complessa** che risulta dalla commistione e sovrapposizione di norme di diritto nazionale, norme di recepimento di direttive comunitarie, norme primarie UE (in particolare: la Carta dei diritti fondamentali della UE), cui si aggiungono le

¹ Lezione tenuta il 21 novembre 2014, nell'ambito del Corso di specializzazione organizzato dall'Unione Forense per la Tutela dei Diritti Umani su “Tutela europea dei diritti umani”, svoltosi in Roma, presso il CNEL, Aula Parlamentino.

Convenzioni ONU, ratificate dal nostro Stato, l'**art. 14 della CEDU**, che proclama il divieto di discriminazione, pur se con una applicazione particolare, come vedremo più avanti, nonché la **Carta Sociale Europea Riveduta**, anch'essa dotata di una efficacia del tutto peculiare.

Per completare l'inquadramento generale della materia, va, inoltre, tenuto presente che:

a) sia in ambito CEDU sia in ambito UE alla attività delle Corti di Strasburgo e di Lussemburgo si affiancano quella di altri organismi volta a **potenziare, in sede politica**, l'effettività del diritto antidiscriminatorio;

b) la **prospettiva** dalla quale le violazioni del diritto antidiscriminatorio sono esaminate dai diversi Giudici abilitati a farlo – Corte EDU, CGUE, Corte costituzionale, Giudici nazionali comuni – è differente, così come sono diverse le norme procedurali applicabili, nei diversi casi, e il contenuto delle decisioni rispettivamente assunte.

Nella presente lezione vi illustrerò le diverse componenti di questo complesso quadro, le modalità in cui fra loro interferiscano e come si possano combinare le molteplicità di punti di vista diversi al fine di ottenere la più efficace tutela contro le discriminazioni.

Farò, poi, qualche esempio, di pronunce emanate dai diversi Giudici internazionali, UE e nazionali, onde darvi conto del loro differente modo di operare.

2.- Le varie forme di discriminazione

Tutto l'anzidetto complesso normativo – internazionale, europeo e nazionale – poggia sulla distinzione di base tra:

a) **discriminazione diretta**, che si verifica con qualsiasi disposizione, criterio, prassi, atto, patto o comportamento che produca un effetto pregiudizievole, di tipo discriminatorio e comunque con l'attribuzione di un trattamento irragionevolmente meno favorevole ad un soggetto o ad una categoria di soggetti rispetto ad altri che si trovano in situazione analoga, senza che assuma rilevanza l'intento dell'autore dell'atto, tant'è che la discriminazione potrebbe derivare dall'applicazione di regole di un contratto collettivo e persino da norme di legge. Per esempio, si è in presenza di una discriminazione diretta se il padrone di una casa in affitto quando una famiglia africana si reca a visitare l'appartamento, esclude che una loro offerta di prendere l'appartamento in locazione possa venire presa in considerazione perché i condomini potrebbero avere da ridire sul fatto di avere persone "di colore" all'interno dello stabile;

b) **discriminazione indiretta** che si verifica quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri mettono o possono mettere un individuo o una categoria di persone in una posizione di particolare svantaggio rispetto agli altri individui o categorie di persone. Si tratta di una forma più subdola di discriminazione, che, per esempio, può verificarsi se: 1) un datore di lavoro decidesse di escludere candidati che vivono in una specifica area della città, che è quella dove vivono molti Rom, sicché la selezione operata dal potenziale datore di lavoro sarebbe dunque svantaggiosa per gli eventuali candidati Rom, che, di conseguenza, verrebbero discriminati in maniera indiretta; 2) se in un pubblico concorso per un

lavoro ove siano richiesti particolari requisiti di prestanza fisica (come accade in campo militare) fossero previsti dei requisiti di altezza unici per tutti i candidati, senza tenere conto che l'altezza media delle donne è diversa da quella degli uomini.

Si parla di **discriminazioni plurime** nell'ipotesi in cui vi siano più fattori che possono contribuire a generare la discriminazione. La maggior parte delle persone possiede più di un singolo elemento identitario: tutti abbiamo un'età, apparteniamo ad un genere, abbiamo un orientamento sessuale e facciamo parte di un'etnia; altri ancora hanno o acquisiscono un credo religioso o diventano disabili. Questi elementi identitari – isolatamente o in combinazione – possono diventare fattori di discriminazione. Nell'ipotesi in cui vi sia la suindicata combinazione si verifica una discriminazione plurima. Ad esempio, una donna appartenente ad una etnia minoritaria potrebbe essere discriminata in base al sesso o alla razza o a causa di entrambi questi fattori, un Rom disabile potrebbe trovarsi a dover fronteggiare pregiudizi a più livelli etc.

Le **discriminazioni alla rovescia**² sono caratterizzate dal fatto che viene discriminato un soggetto e/o un gruppo di soggetti che normalmente è favorito nell'ambito del sistema giuridico di riferimento.

Nell'ambito delle “discriminazioni alla rovescia” rientrano:

a) le situazioni di svantaggio, subite dai soggetti che si trovano in una “**situazione interna**” ad uno Stato UE, situazione che deriva dalla mancata applicazione a questi soggetti delle norme comunitarie che garantiscono le libertà di circolazione, ovvero — mutando prospettiva — dalla mancata applicazione agli operatori comunitari delle norme nazionali che tali libertà, illegittimamente, restringono. Sono dette “alla rovescia”, in quanto ad essere discriminata è una categoria di soggetti (gli operatori interni) normalmente privilegiata nell'ambito degli ordinamenti nazionali. Si tratta quindi di situazioni “inverse” rispetto a quelle più frequenti, nelle quali a essere svantaggiati sono di solito gli operatori di altri Stati membri. Per rimediare a questo tipo di discriminazioni è stata ripetutamente adita la CGUE, la quale però, almeno fino al 2000, ha negato la propria competenza per l'irrelevanza comunitaria di tutte quelle situazioni che, non avendo diretti collegamenti con il diritto comunitario, trovano il proprio fondamento nella legislazione interna del singolo Stato membro³, mentre, a partire dalla sentenza 5 dicembre 2000, C-448/98, Guimont, la CGUE ha abbandonato la sua posizione di chiusura sperimentando strade interpretative diverse, per cercare di dare tutela alle suddette situazioni, senza violare i Trattati. Comunque, nel nostro ordinamento, la strada che si è dimostrata più efficace è quella dell'incidente di costituzionalità, in riferimento all'art. 3 Cost. Infatti, in questo modo, la Corte costituzionale è intervenuta prima nella vicenda dei produttori di pasta, dichiarando costituzionalmente illegittime, per violazione del principio di eguaglianza, quelle disposizioni suscettibili di discriminare i cittadini italiani costringendoli a rispettare una disciplina più restrittiva di quella applicata ai cittadini degli Stati membri, in ordine ad una medesima fattispecie (sentenza n. 443 del 1997, in materia si vedano

² Vedi, per tutti; F. SPITALERI, *Le discriminazioni alla rovescia nel diritto dell'Unione europea e nell'ordinamento interno*, ASGI, 2011.

³ CGUE sentenze 27 ottobre 1982, C-35 e C-36/82 (riunite), Morson e Jhanjan; 10 gennaio 1985, C-229/83, Leclerc; 23 ottobre 1986, C-355/85, Cognet; 14 luglio 1988, C-90/86, Zoni; 30 maggio 1989, C-33/88, Allué I; 2 agosto 1993, C-259/91, C-331/91 e C-332/91 (riunite), Allué II; 16 febbraio 1995, da C-29/94 a C-35/94 (riunite), Aubertin e a.

anche le sentenze n. 249 del 1995 e n. 61 del 1996). Successivamente, analoghi interventi hanno riguardato i lettori universitari di lingua straniera;

b) il diverso fenomeno che ha trovato i suoi primi significativi sviluppi nell'esperienza giuridica degli USA e che si manifesta, con analogie e differenze, anche nel sistema giuridico della UE, riguardante quelle possibili **discriminazioni a danno degli uomini**, derivanti dall'introduzione di trattamenti preferenziali a favore delle donne, predisposti nell'ambito di programmi volti a garantire pari opportunità dei sessi sul mercato del lavoro (c.d. azioni positive). Esse sono dette "alla rovescia" in quanto a essere discriminata può essere una categoria di soggetti (gli uomini) più spesso privilegiata nelle relazioni sociali. Si tratta quindi, anche in tal caso, di situazioni "inverse" rispetto a quelle più frequenti, nelle quali a essere svantaggiate sono invece le donne⁴.

Le due suindicate situazioni, pur rientrando tra le "discriminazioni alla rovescia" sono molto diverse tra loro. Infatti, la causa genetica delle discriminazioni alla rovescia a danno degli operatori interni è da individuare nell'"inconsapevole" e inevitabile sovrapporsi di due ordinamenti integrati (quello comunitario e quello nazionale). Esse, pertanto, possono essere qualificate "alla rovescia" anche perché esse costituiscono il risvolto non voluto, quindi appunto "il rovescio", dell'abolizione di un ostacolo alla libera circolazione vietato dal diritto comunitario. Invece, le discriminazioni alla rovescia derivanti da azioni positive sono il frutto di una scelta consapevole dei legislatori nazionali, che va nel senso di riconoscere alle lavoratrici un trattamento preferenziale che può, talvolta, risultare sproporzionato.

Di discriminazioni simili a quelle del tipo da ultimo considerato ha avuto modo di occuparsi anche la **Corte EDU**, in alcuni casi in cui i ricorrenti di sesso maschile lamentavano la discriminazione per il diniego della **pensione di reversibilità**, prevista solo in favore delle vedove (e non anche dei vedovi). Tali casi sono stati risolti dalla Corte facendo riferimento, anziché all'art. 8, al combinato disposto degli artt. 14 della Convenzione e 1 del Protocollo n. 1, sul principale assunto secondo cui la differenza di trattamento prevista tra uomini e donne rispetto al diritto ad ottenere il pagamento della pensione del coniuge defunto, non era basata su una "giustificazione obiettiva e ragionevole"⁵.

Quanto al lavoro, inoltre, il diritto a **non essere discriminati vale sia nell'accesso al lavoro (privato o pubblico) sia nello svolgimento del rapporto di lavoro**.

Ne consegue, che in questa ambito, sono vietati trattamenti discriminatori che si traducano sia nella **mancata assunzione o ammissione alle procedure selettive per l'assunzione** sia in comportamenti del datore di lavoro o di altri soggetti in base ai quali ad uno o a più dipendenti determinati sia riservato sul luogo di lavoro **un trattamento differente** rispetto a quello applicato nei confronti della generalità dei dipendenti e tale trattamento non sia sorretto da una ragione idonea

⁴ CGUE, sentenze 17 ottobre 1995, C-450/93, Kalanke; 11 novembre 1997, C-409/95, Marshall; 28 marzo 2000, C-158/97, Badeck; 19 marzo 2002, C-476/99, Lommers; 29 novembre 2001, C-366/99, Griesmar; 30 settembre 2004, causa C-319/03, Briheche; 30 settembre 2010, C-104/09, Roca Álvarez.

⁵ Vedi, fra le altre: *Willis c. Regno Unito*, 11 giugno 2002 nonché *Twizell c. Regno Unito*, 20 maggio 2008.

a giustificarlo, ma sia determinato solo da fattori (quali, ad esempio, il sesso, la razza, la fede, l'età) del tutto irrilevanti ai fini dello svolgimento dell'attività lavorativa.

Nel nostro ordinamento l'individuazione di quali comportamenti possano integrare un trattamento discriminatorio sul luogo di lavoro è particolarmente rilevante e tale rilevanza, nel nostro ordinamento, è ulteriormente aumentata per effetto della c.d. **Riforma Fornero** (legge n. 92 del 2012), che prevede che il lavoratore **licenziato per ragioni discriminatorie** sia protetto con la forma di tutela più forte (ossia, con la reintegrazione nel posto di lavoro e il risarcimento integrale del danno). Tale norma, infatti, ha reso ancor più importante verificare se, dietro ad un licenziamento formalmente intimato per ragioni oggettive o tecnico-organizzative, non si nascondano motivi sostanzialmente discriminatori.

Sono altresì proibite:

a) le **molestie** perpetrate allo scopo o con la conseguenza di violare la dignità di una persona a causa della sua origine razziale o etnica, religione o convinzioni personali, di una disabilità, per l'età o per il proprio orientamento sessuale, e di creare un ambiente di intimidazione, ostilità, degradazione, umiliazione e offesa;

b) la **ritorsione**, che si verifica quando qualcuno è trattato male o diversamente solo per aver sporto denuncia contro le discriminazioni subite o per aver appoggiato un collega che abbia sporto denuncia.

3.– I diversi fattori discriminatori

In base agli studi del settore, sono stati identificati come **casi più frequenti di discriminazione i seguenti**:

- discriminazioni di genere, cui si collega il divieto di molestie generiche o sessuali;
- discriminazioni sulla base dell'orientamento sessuale;
- discriminazioni basate sull'età, che possono riguardare sia i giovani sia gli anziani;
- discriminazioni basate sulla disabilità;
- discriminazioni religiose;
- discriminazioni basate sulla razza e sull'origine etica, riguardo alle quali va ricordato che il concetto di etnia assume una valenza più ampia del concetto di razza, includendo la comunanza, oltre che degli aspetti esteriori, ereditari e somatici, anche di quelli legati a fattori culturali e linguistici. Inoltre, nel considerando 6 della direttiva 2000/43/CE, che ha attuato l'art. 13 del Trattato CE – ove, per la prima volta, è stata evidenziata al Consiglio UE l'opportunità di prevedere l'attivazione di provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate, tra l'altro, sulla razza o l'origine etica– si è specificato 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”;

- discriminazioni in base sulla nazionalità in danno dei cittadini UE, proibite dai trattati e disciplinate dalla direttiva 2004/38/CE. In particolare, il principio di “uguaglianza come divieto di discriminazione in base alla nazionalità” nella UE è considerato basilare per promuovere lo

sviluppo equilibrato e competitivo delle attività economiche all'interno dell'Unione. Da questo generale principio, derivano le libertà fondamentali garantite ai cittadini degli Stati membri nel territorio dell'Unione europea: a) libera circolazione delle persone; b) libera circolazione delle merci; c) libera circolazione dei capitali; d) diritto di stabilimento (libertà di decidere il luogo ove svolgere la propria attività economica); e) libertà di prestazione di servizi;

- discriminazioni politiche;
- discriminazioni sindacali;
- discriminazioni basate sulle condizioni sociali;
- discriminazioni basate sulla lingua;
- discriminazioni basate sulle caratteristiche fisiche, sui tratti somatici, sull'altezza, sul peso;
- discriminazioni basate sullo stato di salute;
- discriminazioni basate sulle convinzioni personali.

Naturalmente, **non si tratta di una elencazione tassativa**, perché l'evoluzione della normativa dimostra che la tendenza è quella di ampliare il concetto di discriminazione, tanto da dargli una valenza di tipo "assoluto": non solo desunta dal giudizio comparativo fra il singolo soggetto ed il gruppo in cui è inserito, ma anche da una valutazione effettuata sulla sola situazione del singolo individuo che ha subito il trattamento negativo.

Si deve anche considerare che il **divieto** di discriminazione è per sua natura **relativo**, in quanto assume valenza e portata diversa a seconda del periodo storico e dell'ambito sociale nel quale è preso in considerazione.

Inoltre, va aggiunto che la suddetta elencazione risponde maggiormente alla logica dei **Paesi di common law**, mentre è meno rilevante nei Paesi di civil law, nei quali, in via interpretativa, è più agevole tutelare tutte le situazioni, anche se, in ipotesi, non contemplate nella suddetta elencazione. E ciò si verifica, in particolare, in Italia ove il principio di razionalità-equità, sancito dall'art. 3 della Costituzione ha portata generale.

4.- Tecniche di interrelazione normativa

Prima di passare ad illustrare gli elementi principali del quadro normativo di riferimento è opportuno indicare quale è il **metodo che l'interprete deve utilizzare** nel diritto antidiscriminatorio – così come in altri settori riguardanti diritti fondamentali – al fine di svolgere il primario compito delicato e complesso relativo alla **regolazione delle interazioni e/o dei contrasti** che possono riscontrarsi tra norme del diritto nazionale, del internazionale, del diritto UE e/o della CEDU, ambiti per i quali, rispettivamente, valgono regole ermeneutiche non del tutto coincidenti.

I principali strumenti astrattamente utilizzabili per la soluzione delle suddette questioni sono, in ordine di priorità: a) l'**interpretazione conforme** (del diritto nazionale rispetto alla Costituzione e alle norme UE e/o CEDU rilevanti, come interpretate, rispettivamente dalle Corti di Lussemburgo e di Strasburgo) b) eventuale **disapplicazione** della norma interna asseritamente contrastante con il diritto UE (strumento che, nel nostro ordinamento, non è utilizzabile per le norme contrastanti con la CEDU); c) l'**incidente di costituzionalità**; d) il **rinvio pregiudiziale** (che ha applicazione

generale solo con riguardo al diritto UE rilevante nella specie, mentre per la CEDU sarà praticabile solo nei limiti previsti dal Protocollo n. 16 della Convenzione, che non è ancora entrato in vigore).

Deve essere, in primo luogo, precisato che, in base alla consolidata **giurisprudenza costituzionale**, l'applicazione alla singola fattispecie della normativa comunitaria (direttive o Carta UE) così come della CEDU – con l'utilizzazione dei suindicati strumenti, nel modo stabilito – presuppone che, almeno in tesi, sia ipotizzabile la eventuale operatività di un **plus di tutela** convenzionale o comunitaria rispetto a quella interna (sentenza n. 317 del 2009 e ordinanza n. 11 del 2011). Il che significa che il risultato complessivo dell'integrazione delle garanzie dell'ordinamento deve essere di **segno positivo**, nel senso che dall'incidenza della singola norma CEDU o UE sulla legislazione italiana deve derivare un aumento di tutela per tutto il sistema dei diritti fondamentali.

Tale impostazione, trova riscontro:

1) per i rapporti diritto interno-diritto UE, anche nel **“principio di equivalenza”**, come inteso dalla CGUE, alla cui stregua negli Stati membri la tutela dei diritti attribuiti ai cittadini da norme comunitarie deve essere quantomeno pari a quella dei diritti attribuiti dalle norme nazionali e quindi le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell'Unione non devono essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna, salvo restando che tale principio “non può avere per effetto di dispensare i giudici nazionali, al momento dell'applicazione delle modalità procedurali nazionali, dal rigoroso rispetto dei precetti derivanti dall'articolo 267 TFUE, in materia di rinvio pregiudiziale alla CGUE (vedi, per tutte: CGUE, sentenza 11 settembre 2014, C-112/13, cit.);

2) per i rapporti diritto interno-CEDU, nell'**art. 53 della stessa Convenzione**, secondo cui l'interpretazione delle disposizioni CEDU non può implicare livelli di tutela inferiori a quelli assicurati dalle fonti nazionali.

L'argomento relativo alle tecniche di interrelazione normativa è **molto complesso**, ma ha anche un ruolo determinante per individuare la strada da percorrere onde pervenire ad una combinazione virtuosa delle tutele offerte ai diritti fondamentali, la cui violazione è sempre implicata quando si denunciano delle discriminazioni.

In **estrema sintesi** può dirsi che il giudice di uno Stato europeo membro sia della UE sia del Consiglio d'Europa che sia chiamato a risolvere una controversia in materia di diritti fondamentali, – controversia che, per sua natura, lo obbliga ad effettuare un bilanciamento tra principi e diritti fondamentali rilevanti nella specie – deve, in via graduata, procedere alle seguenti operazioni:

a) **determinare il contenuto sostanziale del diritto fondamentale** (o dei diritti fondamentali) in questione;

b) stabilire, dopo aver cercato di sviluppare le potenzialità insite nelle norme costituzionali nazionali in materia (Corte cost. sentenza n. 317 del 2009), **se è necessario, o meno, ricorrere**, nella specie, a fonti sovranazionali e/o internazionali;

c) in caso negativo (applicazione dei **solì principi costituzionali interni** ovvero dei principi sovranazionali e/o internazionali recepiti dal legislatore nazionale, che offrono una tutela non inferiore a quella offerta dalle fonti sovranazionali e/o internazionali), se la disposizione di legge da applicare non risulta conforme a tali principi, tentare di dare alla disposizione stessa una interpretazione conforme alla Costituzione e, solo ove ciò non è possibile, percorrere la strada dell'incidente di costituzionalità;

d) in caso affermativo (**necessità di fare ricorso a fonti sovranazionali e/o internazionali**, per attribuire una tutela migliore), determinare quale delle suddette fonti offre un livello di protezione più adeguato, tenendo in considerazione anche la giurisprudenza pertinente delle Corti di Lussemburgo e di Strasburgo e muovendo dal presupposto secondo cui il confronto tra tutela UE e/o convenzionale e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla **massima espansione delle garanzie** di tutti i diritti e i principi rilevanti, costituzionali e sovranazionali, complessivamente considerati, che sempre si trovano in rapporto di integrazione e reciproco bilanciamento (Corte cost., sentenze n. 191 del 2014; n. 170 e n. 85 del 2013, n. 264 del 2012);

e) nell'ipotesi in cui la disciplina della fattispecie sub judice sia il frutto di una **combinazione tra norma nazionale e norma europea**, il giudice comune deve rispettare l'obbligo di dare alle norme interne una **interpretazione conforme** al diritto UE (primato del diritto UE) e/o ai precetti della CEDU, sempre nella interpretazione delle Corti europee centrali e, a tal fine, può ricorrere, in via graduata, a:

1) la **interpretazione adeguatrice** (al diritto UE primario oppure dotato di efficacia diretta e/o alla CEDU);

2) la **disapplicazione** (solo per le norme interne contrastanti con il diritto UE, non essendo tale possibilità ammessa, nel nostro ordinamento, per le norme contrastanti con la CEDU vedi, per tutte, Corte cost., sentenze n. 348 e n. 349 del 2007);

3) l'**incidente di costituzionalità**, strada da percorrere, nel caso di violazione della CEDU, subito dopo la riscontrata impossibilità della soluzione interpretativa, mentre, nel caso di violazione del diritto UE, all'incidente di costituzionalità si deve ricorrere dopo il rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE;

4) il rinvio pregiudiziale di cui all'art. 267 TFUE, che consente ai giudici nazionali di interrogare la CGUE sulla **interpretazione** o sulla **validità** del diritto europeo, che devono applicare nel giudizio pendente dinanzi a loro;

5) la richiesta di un parere consultivo alla Corte europea dei diritti dell'uomo su "**questioni di principio**" riguardanti l'interpretazione o l'applicazione dei diritti e libertà definiti nella Convenzione o nei suoi Protocolli, strada che diverrà praticabile quando (e se) entrerà in vigore il Protocollo n. 16 della CEDU, e che comunque è riservata alle Autorità giudiziarie al vertice del sistema giudiziario nazionale, appositamente designate dallo Stato di appartenenza.

Per quel che riguarda il rinvio pregiudiziale alla CGUE, va tenuto presente che la sua utilizzazione normalmente è **facoltativa** per i giudici nazionali avverso le cui decisioni possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, mentre è **obbligatoria** per i giudici di ultima istanza. Peraltro, tale obbligatorietà **non è assoluta** ma relativa perché, come chiarito dalla stessa CGUE (a partire dalla sentenza 6 ottobre 1982, Soc. Cilfit., 283/81), deve essere intesa nel senso che il **giudice di ultima istanza** in presenza di una questione di diritto della UE deve adempiere il suo obbligo di rinvio, soltanto dopo aver constatato alternativamente, che:

1) la suddetta questione esegetica è rilevante ai fini della decisione del caso concreto;

2) la disposizione di diritto UE di cui è causa non ha già costituito oggetto di interpretazione da parte della CGUE;

3) la soluzione della questione non sia ricavabile “da una costante giurisprudenza della Corte che, indipendentemente, dalla natura dei procedimenti da cui sia stata prodotta, risolva il punto di diritto litigioso, anche in mancanza di stretta identità fra le materie del contendere”;

4) la corretta applicazione del diritto europeo non è tale da imporsi “con tale evidenza da non lasciar adito ad alcun ragionevole dubbio sulla soluzione da dare alla questione sollevata”, con l’avvertenza che la configurabilità di tale ultima eventualità deve essere valutata in funzione delle caratteristiche proprie del diritto dell’Unione, delle particolari difficoltà che la sua interpretazione presenta e del rischio di divergenze di giurisprudenza.

Inoltre, sempre dalla giurisprudenza della CGUE (vedi, di recente: sentenza 18 luglio 2013, Consiglio nazionale dei geologi c. Autorità garante della concorrenza e del mercato, C-136/12, punto 28), si desume che al procedimento di cui all’art. 267 del TFUE – che è stato concepito come uno strumento volto a favorire una cooperazione diretta tra la CGUE e i giudici nazionali – **estranea ogni iniziativa delle parti**. Pertanto una **eventuale richiesta**, proveniente dalle parti, di effettuare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia non necessariamente deve essere accolta dal giudice nazionale neppure di ultima istanza, il quale ben potrà respingerla.

Però, la decisione di rigetto deve essere **congruamente motivata** – facendo riferimento ad una delle quattro suindicate ipotesi – sussistendo, in caso contrario, una violazione dell’**art. 6 della CEDU**, come tale rilevabile dalla Corte di Strasburgo (vedi, per tutte: Corte EDU, sentenza 20 settembre 2011, Ullens de Schooten e Rezabeck c. Belgio; decisione 10 aprile 2012, Vergauwen c. Belgio; sentenza 8 aprile 2014, Dhahbi c. Italia). Del resto, l’obbligo di motivazione adeguata, come conseguenza del diritto ad un equo processo, non è sancito soltanto dall’art. 6 della CEDU, ma anche dall’**art. 47, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali della UE**, letto in combinato disposto con l’**art. 52, par. 3, della Carta** stessa, in base al quale, laddove la Carta prevede diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU, il significato e la portata degli stessi debbono essere uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione. Anche la CGUE ha affermato che la garanzia dell’obbligo di motivazione è sancito anche dalla Carta dei diritti fondamentali della UE la quale ha lo stesso valore dei trattati per le autorità giurisdizionali degli Stati membri (vedi, per tutte: CGUE, 6 settembre 2012, Trade agency Ltd, C-619/10, punto 52).

Operazioni del tipo descritto sono quelle che normalmente devono compiersi quando vengono in considerazione problemi di discriminazione, visto che, come si è detto, la loro disciplina è composita, oltre a presupporre comunque una operazione di bilanciamento.

5.– Principio di uguaglianza e azioni positive nel diritto nazionale

Il vaglio relativo alla sussistenza o meno di una discriminazione, in qualunque contesto venga effettuato, di solito presuppone che si mettano a confronto due situazioni che risultano trattate in modo diverso, onde stabilire se la differenza di trattamento sia o meno ragionevole.

Ne consegue che le situazioni da esaminare devono, in primo luogo, essere **confrontabili** perché è solo su tale premessa che si può stabilire se la diversità di trattamento denunciata sia o meno realmente rispondente all'”**equo bilanciamento**” tra principi e diritti fondamentali, che è connaturato a tale tipo di questioni, come autorevolmente sostenuto, fra gli altri, da Luigi Mengoni, alla fine del suo mandato di Giudice costituzionale⁶.

Tale bilanciamento, per quel che si è detto, deve essere fatto, in primo luogo, con riferimento ai principi costituzionali nazionali e, quindi, applicando la costante giurisprudenza della Corte costituzionale relativa al principio di uguaglianza, consacrato nell'art. 3 della nostra Costituzione, il quale, nel nostro ordinamento, ha un ruolo-cardine, come è dimostrato anche dal fatto che è il parametro maggiormente invocato nei giudizi di costituzionalità.

La suddetta disposizione nei suoi due commi — che, rispettivamente, consacrano il principio della **uguaglianza formale e quello della uguaglianza sostanziale** — è diretta a garantire la pari dignità degli individui non soltanto attraverso la previsione del divieto di trattamenti differenziati sulla base di uno dei fattori espressamente, ma non esaustivamente, indicati nel primo comma (sesso, razza, lingua, religione, opinioni politiche, condizioni personali e sociali), ma anche attraverso l'adozione di “azioni positive” volte a rimuovere gli ostacoli che impediscano la realizzazione di un trattamento non discriminatorio. In particolare, come affermato dalla Corte costituzionale, le “**azioni positive**” sono il “più potente strumento a disposizione del legislatore, che, nel rispetto della libertà e dell'autonomia dei singoli individui, tende a innalzare la soglia di partenza per le singole categorie di persone socialmente svantaggiate — fondamentalmente quelle riconducibili ai divieti di discriminazione espressi nel primo comma dello stesso art. 3 (sesso, razza, lingua, religione, opinioni politiche, condizioni personali e sociali) — al fine di assicurare alle categorie medesime uno statuto effettivo di pari opportunità di inserimento sociale, economico e politico” (Corte cost. sentenza n. 109 del 1993)⁷.

⁶ L. MENGONI, *Il diritto costituzionale come diritto per principi* in *Ars interpretandi* 1996, 95

⁷ Va ricordato anche che nella sentenza n. del 1993, la Corte costituzionale, ha affermato che la rilevata violazione del principio costituzionale di eguaglianza, da parte dell'impugnato art. 4, n. 2, della legge della Provincia autonoma di Trento 15 febbraio 1980, n. 3 laddove prevedeva tra i requisiti per l'accesso alle carriere direttive e di concetto del ruolo tecnico del servizio antincendi della Provincia di Trento, il possesso di una statura fisica minima indifferenziata per uomini e donne, rendeva superfluo l'esame della compatibilità della disposizione stessa con la richiamata direttiva della CEE n. 76/207 (contenente il divieto delle discriminazioni indirette). La Corte ha, infatti, osservato che, limitatamente agli articoli rilevanti per la fattispecie ora esaminata (artt. 2 e 3), la direttiva in questione, per un verso, pone un principio analogo a quello contenuto negli artt. 3, 37 e 51 della Costituzione (v. artt. 2, primo comma; 3, primo comma) e, per altro verso, stabilisce indirizzi rivolti agli Stati membri affinché questi ultimi, nell'adozione della disciplina

Oltre a questa importante disposizione – che rappresenta un po' un unicum nell'ambito delle Costituzioni degli Stati europei – in ambito nazionale, da molto prima del recepimento della normativa UE, è anche vigente l'**art. 15 della legge n. 300 del 1970** (Statuto dei lavoratori), che prevede uno specifico limite al potere direttivo del datore di lavoro, vietandogli espressamente di compiere atti o stipulare patti che abbiano l'effetto di discriminare il lavoratore in ragione della sua appartenenza (o non appartenenza) ad un'associazione sindacale.

Inoltre, sempre in ambito nazionale, va ricordata la specifica disciplina che vieta le discriminazioni nei confronti dei migranti, contenuta negli artt. 43 e 44 del TU n. 286 del 1998.

In particolare, l'**art. 43 del d.lgs. n. 286 del 1998** che vieta qualsiasi discriminazione, diretta o indiretta, «per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi», fra l'altro per «l'accesso all'occupazione,... alla formazione e ai servizi sociali e socio-assistenziali allo straniero regolarmente soggiornante in Italia» nonché, in generale, per il trattamento degli stranieri sul luogo di lavoro. Il successivo **art. 44** attribuisce, poi, all'interessato il diritto di avvalersi di un'azione civile contro la discriminazione (vedi, al riguardo, anche art. 4 d.lgs. n. 215 del 2003 e art. 4 d.lgs. n. 216 del 2003 che contengono una disciplina che fa salva quella del t.u. e con essa si combina), la quale, in caso di discriminazioni collettive, può essere esperita anche da enti e associazioni inseriti nel registro delle associazioni impegnate nella lotta contro le discriminazioni.

Alle suddette disposizioni — che sono da collegare con **i precedenti art. 2, comma 3** (che sancisce espressamente il principio di uguaglianza e parità di trattamento per i lavoratori stranieri rispetto agli italiani) e **art. 37, comma 4** (sulla garanzia di parità di trattamento retributivo e previdenziale dei lavoratori stranieri rispetto a quelli italiani) — si sono sovrapposti — senza alcuno specifico coordinamento — il **d.lgs. 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) e il **d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216** (Attuazione della direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro).

Grazie a queste ultime direttive **la disciplina antidiscriminatoria ha assunto carattere generale** essendo stata dotata anche di specifici strumenti processuali per fattori discriminanti prima non tutti espressamente indicati quali: la razza, l'origine etnica e soprattutto la religione, le convinzioni personali, gli handicap, l'età e l'orientamento sessuale.

Ciò è avvenuto soprattutto la direttiva 2000/78/CE (attuata con il citato d.lgs. n. 216 del 2003) che ha introdotto un **quadro generale in materia di divieto di discriminazioni nel mondo del lavoro**, tutelando “la parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla religione, dalle convinzioni personali, dagli handicap, dall'età e dall'orientamento sessuale, per quanto concerne

normativa nazionale conseguente, si conformino al principio sopra enunciato (v. artt. 2, secondo, terzo e quarto comma; 3, secondo comma). Si tratta, del resto, di una conclusione conforme al “principio di equivalenza”, come inteso dalla CGUE, alla cui stregua le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell'Unione non devono essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna, salvo restando che tale principio “non può avere per effetto di dispensare i giudici nazionali, al momento dell'applicazione delle modalità procedurali nazionali, dal rigoroso rispetto dei precetti derivanti dall'articolo 267 TFUE”(CGUE, sentenza 11 settembre 2014, C-112/13, cit.).

l'occupazione e le condizioni di lavoro, disponendo le misure necessarie affinché tali fattori non siano causa di discriminazione, in un'ottica che tenga conto anche del diverso impatto che le stesse forme di discriminazione possono avere su donne e uomini" (art. 1, d.lgs. cit.).

Le suddette direttive contengono **anche una propria determinazione delle nozioni di discriminazione diretta e indiretta** ed escludono che possano costituire discriminazioni (dirette o indirette) nel rapporto di lavoro o nell'esercizio di attività di impresa le differenze di trattamento conseguenti a caratteristiche dovute alla razza o all'origine etnica di una persona se, per la natura dell'attività lavorativa o per il contesto in cui viene espletata, si tratta di caratteristiche che costituiscono requisiti essenziali e determinanti per lo svolgimento dell'attività stessa, sempre che si tratti di differenze effettuate nel rispetto dei principi di proporzionalità e di ragionevolezza, oggettivamente giustificate da finalità legittime perseguite con mezzi appropriati e necessari.

Nel corso del tempo, il quadro normativo interno è stato ulteriormente integrato da: 1) la **legge 1 marzo 2006, n. 67**, contenente "Misure per la tutela giudiziaria delle persone con **disabilità** vittime di discriminazioni" e destinata, ai sensi dell' 3 Cost., a promuovere la piena attuazione del principio di parità di trattamento e delle pari opportunità nei confronti delle persone con disabilità, onde garantire loro il pieno godimento dei loro diritti civili, politici, economici e sociali, con salvezza, "nei casi di discriminazioni in pregiudizio delle persone con disabilità relative all'accesso al lavoro e sul lavoro", delle disposizioni del d.lgs. n. 216 del 2003 cit.; 2) il d.lgs. 11 aprile 2006 n. 198, recante il: "**Codice delle pari opportunità** tra uomo e donna, a norma dell'articolo 6 della legge 28 novembre 2005, n. 246".

Inoltre, va anche ricordato l'**art. 28 del d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150**, che sottoposto tutte le anzidette controversie in materia di discriminazioni al rito sommario di cognizione, facendo anche chiarezza sulla portata generale del speciale regime in materia di **onere probatorio**, secondo cui: "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. I dati di carattere statistico possono essere relativi anche alle assunzioni, ai regimi contributivi, all'assegnazione delle mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera e ai licenziamenti dell'azienda interessata".

Lo stesso articolo ha anche stabilito che:

"5. Con l'ordinanza che definisce il giudizio il giudice può condannare il convenuto al **risarcimento del danno anche non patrimoniale** e **ordinare la cessazione** del comportamento, della condotta o dell'atto discriminatorio pregiudizievole, adottando, anche nei confronti della pubblica amministrazione, ogni altro provvedimento idoneo a rimuoverne gli effetti. Al fine di impedire la ripetizione della discriminazione, il giudice può ordinare di adottare, entro il termine fissato nel provvedimento, un piano di rimozione delle discriminazioni accertate. Nei casi di comportamento discriminatorio di carattere collettivo, il piano è adottato sentito l'ente collettivo ricorrente.

6. Ai fini della liquidazione del danno, il giudice tiene conto del fatto che l'atto o il 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.

7. Quando accoglie la domanda proposta, il giudice può ordinare la pubblicazione del provvedimento, per una sola volta e a spese del convenuto, su un **quotidiano di tiratura nazionale**".

Già da questi brevi cenni si desume che, in Italia e in tutta la UE, il diritto antidiscriminatorio ha assunto una grande consistenza, anche dal punto di vista degli strumenti apprestati per farne valere le violazioni, **principalmente grazie normativa UE** e alla conseguente disciplina nazionale di recepimento, nonché alle numerose sentenze della Corte di giustizia in materia.

6.- Le Convenzioni ONU

Deve essere, in primo luogo, sottolineato che, nell'ambito del delineato quadro normativo in materia di discriminazioni un ruolo di primaria importanza va riconosciuto alle Convenzioni ONU ratificate dal nostro Stato. Esse, infatti, sono parte integrante del diritto interno e, come tali, vanno prese in considerazione prima ancora di altre fonti di origine europea, per quanto si è detto.

Peraltro, questo corrisponde anche all'evoluzione storico-giuridica della materia, visto che il diritto antidiscriminatorio prima ancora che in ambito europeo è nato proprio **in ambito ONU** ove, sulla base della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, sono state adottate specifiche Convenzioni al riguardo, a partire dalla **CEDAW** (del 1979), cioè la Convenzione per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women), ratificata e resa esecutiva dall'Italia con legge 10 giugno 1985 (mentre l'adesione del nostro Paese al Protocollo opzionale è avvenuta il 29 ottobre 2002). Ad essa sono seguite, fra le più importanti, la **Convenzione sui diritti del fanciullo** fatta a New York il 20 novembre 1989 (ratificata e resa esecutiva con legge 27 maggio 1991, n. 176) e, di recente, l'importante **Convenzione sui diritti delle persone con disabilità** (ratificata e resa esecutiva con legge 3 marzo 2009, n. 18).

Ognuna di queste Convenzioni contiene **l'impegno preciso del nostro Stato** al rispetto delle categorie di persone considerate (donne, fanciulli, disabili) e alla non discriminazione. Ne consegue che l'interprete non può non tenerne conto, anche sulla base dell'art. 3 della nostra Costituzione.

Non va, del resto, dimenticato che la Corte costituzionale attribuisce grande rilievo e diretta operatività alle suddette Convenzioni, come si desume, ad esempio, da:

a) la **sentenza n. 179 del 2009**, nella quale il Giudice delle leggi, richiamando i principi affermati per la CEDU nelle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, ha dichiarato l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 336 cod. civ. censurato, in riferimento agli artt. 3, 30 e 31 Cost., per «parte in cui non prevede che il tribunale, in caso di urgente necessità di tutela del minore e di mancato esercizio di azione di potestà da parte dei genitori, dei parenti entro il quarto grado o del PM, possa d'ufficio nominare curatore al minore affinché tale organo valuti la proposizione di azione a tutela di quest'ultimo». Alla suddetta decisione la Corte è pervenuta sul principale argomento secondo cui il giudice a quo – pur non ignorando la Convenzione di New

York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 27 maggio 1991, n. 176, e la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori adottata a Strasburgo il 25 gennaio 1996, ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 20 marzo 2003, n. 77 – aveva però trascurato «qualsiasi analisi della normativa introdotta con tali Convenzioni, dotate di efficacia imperativa nell'ordinamento interno e quindi recanti una disciplina integrativa rispetto alla previsione dell'art. 336 cod. civ., col quale vanno coordinate. Il rimettente – ha precisato la Corte – non aveva verificato l'incidenza della suddetta normativa sulla fattispecie concreta al suo esame e, quindi, non aveva spiegato «le ragioni che, ad onta di essa, determinerebbero l'asserito vuoto di tutela, pur spettando al giudice della controversia l'interpretazione della disciplina giuridica applicabile alla fattispecie medesima»;

b) la **sentenza n. 80 del 2010**, nella quale la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della normativa che limitava la possibilità per gli alunni disabili di avvalersi di insegnanti di sostegno. E, nella motivazione – per arrivare ad affermare che «il diritto del disabile all'istruzione si configura come un diritto fondamentale» – oltre a richiamare la propria giurisprudenza in materia (sentenze n. 215 del 1987, n. 52 del 2000, sentenze n. 251 e 431 del 2008), ha fra l'altro ricordato che «sotto il profilo normativo, il diritto all'istruzione dei disabili è oggetto di specifica tutela da parte sia dell'ordinamento internazionale che di quello interno» e che «in particolare, per quanto attiene alla normativa internazionale, viene in rilievo la recente Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 13 dicembre 2006, entrata in vigore sul piano internazionale il 3 maggio 2008 e ratificata e resa esecutiva dall'Italia con legge 3 marzo 2009, n. 18, il cui art. 24 statuisce che gli Stati Parti “riconoscono il diritto delle persone con disabilità all'istruzione”. Diritto, specifica la Convenzione in parola, che deve essere garantito, anche attraverso la predisposizione di accomodamenti ragionevoli, al fine di “andare incontro alle esigenze individuali” del disabile (art. 24, par. 2, lett. c), della Convenzione)».

Del resto, anche la CGUE ha attribuito grande rilievo a tale ultima Convenzione ONU nella **sentenza 4 luglio 2013, C-312/11, Commissione c. Italia**, con la quale la Corte ha stabilito che il nostro Paese, non avendo imposto a tutti i datori di lavoro di prevedere, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, soluzioni ragionevoli applicabili a tutti i disabili, è venuta meno al suo obbligo di recepire correttamente e completamente l'art. 5 della direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che prevede un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro.

La Corte ha così confermato l'impianto accusatorio della Commissione europea che aveva avviato una **procedura di infrazione** sul principale rilievo secondo cui “le garanzie e le agevolazioni previste a favore dei disabili in materia di occupazione dalla normativa italiana non riguardano tutti i disabili, tutti i datori di lavoro e tutti i diversi aspetti del rapporto di lavoro”.

Quasi contemporaneamente all'emanazione dell'indicata sentenza è stato adottato il **decreto-legge 28 giugno 2013, n. 76**, convertito dalla legge 9 agosto 2013, n. 99, che contiene alcune modifiche della precedente normativa sull'inserimento dei disabili nel mondo del lavoro. Tale normativa è ancora all'esame della Commissione UE. Se la Commissione la reputerà ancora

insufficiente potrebbe avviare una nuova procedura di infrazione, che potrebbe concludersi con pesanti multe per l'Italia.

Alla sentenza è stata giustamente attribuita **portata storica** in quanto in essa si fanno importanti affermazioni in favore del rilancio dell'occupazione delle persone con disabilità, onde farle uscire dalla marginalità.

Ma la peculiarità della decisione sta anche nel fatto che la Corte, dopo aver dichiarato che la direttiva 2000/78/CE non contiene una espressa definizione della nozione di «**handicap**», ha precisato che tale nozione deve essere ricavata dalla **Convenzione dell'ONU** sui diritti delle persone con disabilità e deve, quindi, essere riferita alle **limitazioni risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche durature**, le quali, in interazione con barriere di diversa natura, possono ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori. Inoltre, alla medesima Convenzione si deve fare rinvio per la previsione degli «**accomodamenti ragionevoli**» volti a garantire alle persone disabili, nelle diverse situazioni, il godimento e l'esercizio di tutti i diritti umani e di tutte le libertà fondamentali su base di uguaglianza con gli altri.

Ne risulta confermato che la soluzione dei diversi problemi ermeneutici che si possono presentare, di volta in volta, in materia di discriminazioni, presuppone uno sguardo “ampio” che tenga conto non soltanto della disciplina nazionale ed europea, ma anche delle **Convenzioni internazionali** che il nostro Paese ha ratificato e reso esecutive, a partire dalle Convenzioni ONU.

Di questo la **Corte di cassazione** si è mostrata, in più occasioni, consapevole. E, a titolo di esempio, si possono ricordare:

1) **Cass. 12 dicembre 2013, n. 28230**, secondo cui: “in tema di adozione di minori di età, la prioritaria esigenza per il figlio di vivere, nei limiti del possibile, con i genitori biologici e di essere da loro allevato, impone particolare rigore nella valutazione dello stato di adottabilità, che non può fondarsi di per sé sulla disabilità del genitore, condizione che, nel rispetto della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità (ratificata con legge 3 marzo 2009, n. 18) e del relativo Protocollo addizionale, non può essere causa di interruzione del legame naturale, oggetto di tutela ex art. 1 della legge 4 maggio 1983, n. 184, salvo che tale condizione, nonostante tutti i supporti adeguati e possibili offerti dallo Stato, comprometta irreversibilmente la capacità di allevare ed educare i figli, traducendosi in una totale inadeguatezza a prendersene cura”;

2) **Cass. 7 giugno 2012, n. 9201**, secondo cui: “La disposizione dell'art. 33, comma 5, della legge n. 104 del 1992, laddove vieta di trasferire, senza consenso, il lavoratore che assiste con continuità un familiare disabile convivente, deve essere interpretata in termini costituzionalmente orientati - alla luce dell'art. 3, secondo comma, Cost., dell'art. 26 della Carta di Nizza e della Convenzione delle Nazioni Unite del 13 dicembre 2006 sui diritti dei disabili, ratificata con legge n. 18 del 2009 - in funzione della tutela della persona disabile. Ne consegue che il trasferimento del lavoratore è vietato anche quando la disabilità del familiare, che egli assiste, non si configuri come grave, a meno che il datore di lavoro, a fronte della natura e del grado di infermità psico-fisica del

familiare, provi la sussistenza di esigenze aziendali effettive ed urgenti, insuscettibili di essere altrimenti soddisfatte”;

3) **Cass. 6 aprile 2011, n. 7889**, secondo cui: “In tema di reclutamento del personale docente sulla base della graduatoria permanente di cui alla legge n. 124 del 1999, per coprire i posti riservati agli invalidi ai sensi dell’art. 3 della legge n. 68 del 1999, l’Amministrazione scolastica è obbligata ad attingere dalla graduatoria medesima a prescindere dall’operatività dei vari scaglioni della graduatoria, dovendosi escludere che il datore di lavoro pubblico possa, attraverso circolari od altri provvedimenti, negare un diritto che non è suscettibile di alcuna lesione ad opera di fonti non primarie, ponendosi la scelta operata dal legislatore nazionale in linea sia con il principio stabilito dall’art. 26 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea (alla quale l’art. 6 del Trattato di Lisbona ha attribuito il valore giuridico dei trattati) secondo cui “l’Unione riconosce e rispetta il diritto dei disabili di beneficiare di misure intese a garantire l’autonomia, l’inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità”, sia con l’art. 27 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità del 13 dicembre 2006 (ratificata e resa esecutiva dall’Italia con la legge n. 18 del 2009) che riconosce il diritto al lavoro delle persone con disabilità, da garantire con “appropriate iniziative” volte a favorirne l’assunzione nel settore pubblico ovvero il loro impiego nel settore privato”.

Purtroppo, però, non sempre, nel nostro ordinamento, viene attribuito alle suddette Convenzioni ONU il dovuto rilievo, sia in sede amministrativa, sia in sede giurisdizionale..

Basta pensare al problema che si è posto con riguardo alle **persone incapaci psichicamente** (in particolare affette dalla **sindrome di Down**) che hanno tutti i requisiti per acquistare la cittadinanza italiana ma, date le loro condizioni di disabilità mentale, non sono in grado di prestare consapevolmente il giuramento – “di essere fedele alla Repubblica e di osservare la Costituzione e le leggi dello Stato” (art. 10 della legge n. 91 del 1992) – senza il quale l’ufficiale dello stato civile non può trascrivere il decreto di concessione della cittadinanza.

Essendo il **giuramento un atto personalissimo**, che, come tale, non è compatibile con l’istituto della rappresentanza (vedi, per tutte: Cass. 19 marzo 1996, n. 2299), gli uffici dell’anagrafe e gli organi giudiziari hanno risolto la questione nei modi più diversi, pervenendo a soluzioni opposte anche con riguardo a situazioni analoghe.

Così, in alcuni casi, è stato negato il diritto di diventare cittadini italiani a persone affette dalla **sindrome di Down** perché inidonee a prestare il giuramento, mentre in altri casi, in sede giudiziaria, il diritto è stato riconosciuto ad esempio in favore di un disabile psichico, beneficiario di amministrazione di sostegno, che si trovava in condizioni di abituale infermità di mente pari a quelle di un interdetto (o un inabilitato).

Comunque, anche quando il diritto è stato riconosciuto, non si è mai affermato l’**esonero della persona disabile** dall’obbligo di provare la conoscenza della lingua italiana e di prestare giuramento di fedeltà alla Repubblica, in applicazione dell’art. **18 della Convenzione ONU** sui diritti dei disabili, secondo cui alle suddette persone non può essere negato il diritto alla cittadinanza per motivi legati alla disabilità stessa.

La suddetta norma, infatti, per effetto della ratifica della Convenzione (avvenuta con legge 3 marzo del 2009, n.18), è **pienamente operativa** nell'ordinamento interno, ma sembra che non venga riconosciuta come tale, neppure da coloro che risolvono la questione in favore dei disabili.

Basta ricordare, per tutte, la sentenza del **TAR Lazio, Sez. II-quater, 4 giugno 2013, n. 5568**, la quale – pur avendo avuto l'innegabile merito di censurare la prassi amministrativa retriva consistente nel negare la concessione della cittadinanza italiana ai soggetti disabili perché, a vario titolo, “incapaci” di dimostrare la propria volontà di diventare cittadini – tuttavia è giunta a tale risultato non attraverso l'applicazione del citato art. 18 della Convenzione ONU, bensì sull'assunto secondo cui: “la carenza del linguaggio verbale non può essere motivo per ritenere una persona incapace di manifestare la propria volontà, né per sostenere che essa non possa in altro modo dimostrare di comprendere la lingua italiana”, sicché, nella specie, la PA avrebbe dovuto verificare in concreto se la ragazza disabile comprendesse l'italiano, anche rivolgendole “semplici ordini e verificando se essi vengono eseguiti, o comunque osservando le sue reazioni alle frasi che si pronunciano in lingua italiana”. Ciò significa che il TAR ha annullato il provvedimento impugnato per difetto di istruttoria, anziché per violazione dell'art. 18 cit., tanto che ha ordinato all'amministrazione di procedere ad un nuovo esame “approfondito, condotto con l'ausilio di personale specializzato” tenuto conto delle esigenze specifiche del caso e di alcuni “elementi indiziari quali la permanenza in Italia, la comprensione della lingua e della cultura italiana, lo stile di vita ecc.”.

Sulla base di tale impostazione, i Giudici amministrativi hanno anche **negato il richiesto risarcimento del danno non patrimoniale**, ribadendo che il provvedimento impugnato non era da considerare ingiusto nel merito, ma semplicemente “affetto da un vizio procedimentale nell'espletamento dell'istruttoria da parte della P.A., che non priva l'amministrazione dei suoi poteri discrezionali, cosicché non è possibile allo stato ritenere che vi sia stato alcun danno ingiusto”.

E, d'altra parte, per avere un'idea della attenzione che viene data nel nostro Paese alla **Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza** – di cui ieri è stato celebrato il 25° compleanno, visto che fu approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989 – basta pensare al trattamento inadeguato che spesso viene riservato ai migranti minorenni non accompagnati o anche ai fatti di cronaca riguardanti violenze morali e materiali inflitte ai bambini e agli adolescenti dai loro stessi genitori italiani.

7.- Il principio di uguaglianza in ambito UE

Quanto all'Unione Europea, abbiamo detto che se si è giunti all'attuale configurazione del diritto antidiscriminatorio in questo ambito molto lo si deve al ruolo propulsivo della CGUE.

Per averne un'idea basta ricordare che il principio di uguaglianza, che originariamente non era esplicitamente enunciato nei Trattati, è stato, man mano, costruito **in via interpretativa** dalla Corte di giustizia desumendone la portata dai singoli divieti di discriminazione presenti nel diritto primario.

Tale operazione ermeneutica ha consentito alla Corte, soprattutto a partire dagli anni novanta, di ricavare dalle norme dei Trattati — in particolare: art. 13 TCE divenuto poi art. 19 TFUE in materia di azioni positive e art. 141 TCE, ora art. 157 TFUE in materia di non discriminazione, che si limitavano a prevedere dei divieti strettamente funzionali ai differenti settori di competenza e di intervento dell'originaria CE — **un generale principio di uguaglianza**, analogo a quello previsto da molte delle Costituzioni degli Stati membri, declinato nei due diversi aspetti dell'uguaglianza e della non discriminazione.

la situazione, al livello di normativa primaria UE, è profondamente cambiata dopo l'adozione della **Carta di Nizza, ora Carta dei diritti fondamentali della UE, i cui artt. da 20 a 23** riconoscono rispettivamente in linea generale l'uguaglianza davanti alla legge, il rispetto da parte della UE della diversità culturale, religiosa e linguistica, il principio non discriminazione, il principio di parità tra uomini e donne e la necessità di adottare azioni positive.

E un'ulteriore importante passo in avanti si è avuto, nel dicembre 2009, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, a seguito della cui adozione, nel **comma 3 dell'art. 3 del TUE** è espressamente stabilito che: «l'Unione combatte l'esclusione sociale e le discriminazioni e promuove la giustizia e la protezione sociale, la parità tra donne e uomini, la solidarietà tra le generazioni e la tutela dei diritti del minore», mentre, come è noto nel successivo art. 6, comma 1, vengono riconosciuti i diritti, le libertà e i principi sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali, alla quale si attribuisce lo stesso valore giuridico dei Trattati.

Si deve però sottolineare che, anche prima di tali ultime modifiche, sulla base della **spinta propulsiva della giurisprudenza della Corte di giustizia**, la Comunità europea, specialmente a partire dal 2000, ha adottato importanti direttive finalizzate non solo a vietare le discriminazioni, ma anche a garantire la pari opportunità in diversi settori.

E la maggior parte di tali direttive, nella fase iniziale, sono state indirizzate alle discriminazioni di genere, in analogia con quanto è accaduto in ambito ONU.

La normativa riguardante tali discriminazioni, specialmente a partire dal 2000 si è tradotta, come si è detto, in numerose direttive, tra le quali si possono ricordare:

1) la **direttiva 2000/78/CE**, per la pari dignità di trattamento in materia di condizioni di lavoro cui è stata data attuazione con il d.lgs. n. 216 del 2003 che, nel disciplinare tutte le forme di discriminazione riguardanti l'occupazione e le condizioni di lavoro, ha previsto anche l'adozione di misure necessarie affinché si tenga conto anche del diverso impatto che le stesse forme di discriminazione possono avere su donne e uomini;

2) la **direttiva 2002/73/CE** modificativa della direttiva 76/207 CEE del Consiglio relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento tra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionale e le condizioni di lavoro, recepita con d.lgs. 30 maggio 2005, n. 145;

3) la **direttiva 2004/113/CE** di attuazione del principio della parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e alla loro fornitura, recepita con d.lgs. 6 novembre 2007, n. 196;

4) la **direttiva 2006/54/CE**, recepita con d.lgs. n. 5 del 2010 e riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di lavoro e impiego (rifusione);

5) la **direttiva 2010/41/UE**, sull'applicazione del principio di parità di trattamento fra uomini e donne che esercitano un'attività di lavoro autonomo (che abroga la direttiva 86/613/CEE e che va recepita entro il 5 agosto 2012, con una possibile proroga di un biennio per le norme sulla protezione sociale e le prestazioni di maternità).

Come è facile desumere anche dal titolo, tra quelle indicate, le direttive che più specificamente si sono occupate delle **discriminazioni di genere nel mondo del lavoro sono la 2002/73 e la 2006/54**.

Volendo fare un raffronto tra tali due direttive, in estrema sintesi, si può dire che la direttiva del 2006 (che, non a caso, nel titolo, contempla la parola "rifusione") accorpa in sé e, in parte modifica, le disposizioni fondamentali del diritto discriminatorio di genere all'epoca esistenti, cioè:

1) la **direttiva 76/207/CEE**, relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro (già ampiamente modificata dalla direttiva 2002/73);

2) la **direttiva 86/378/CEE**, relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento tra gli uomini e le donne nel settore dei regimi professionali di sicurezza sociale (anch'essa in passato modificata);

3) la **direttiva 75/117/CEE**, che è la prima emanata dalla Comunità in questa materia e che riguarda il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri, in riferimento all'applicazione del principio della parità delle retribuzioni tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile (parità salariale):

4) la **direttiva 97/80/CE**, riguardante l'onere della prova nei casi di discriminazione basata sul sesso, contenente anch'essa disposizioni che perseguono l'attuazione del principio della parità di trattamento fra uomini e donne.

Lo scopo che si prefigge **dichiaratamente la direttiva del 2006 è quello di raggruppare in un unico testo le principali disposizioni in materia**, unificando le normative preesistenti e aggiornandole in base agli sviluppi risultanti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, onde strutturare la complessiva disciplina in modo coerente e comprensibile e così migliorarne l'applicabilità e l'accessibilità.

Va anche aggiunto che, pure nella **Riforma Fornero**, sono contenute alcune disposizioni dirette ad evitare discriminazioni nei confronti delle donne lavoratrici, a punire la pratica delle c.d. dimissioni in bianco e a rafforzare la tutela della famiglia in caso di maternità della lavoratrice.

Come anticipatrice di tale ultima novità si può ricordare **Trib. Brescia 25 settembre 2009, Araujo c. Frusca**, secondo cui « il licenziamento del lavoratore extracomunitario privo di permesso di soggiorno disposto allorché il datore di lavoro aveva invece l'obbligo di avviare la procedura di regolarizzazione costituisce **atto discriminatorio** ex art. 3 legge 11 maggio 1990 n. 108 con conseguente applicazione, nei confronti del **datore di lavoro domestico**, dell'art. 18 dello Statuto del lavoratori ».

Tuttavia, nonostante i reiterati divieti di discriminazioni per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro, **le prassi non sono molto virtuose** e rispettose di tale principio e d'altra parte, per varie e comprensibili ragioni, non sempre le violazioni raggiungono le aule dei tribunali nazionali, diversamente da quel che accade in ambito UE, ove le **pronunce della Corte di giustizia** hanno addirittura avuto un effetto trainante per l'emanazione delle direttive e la introduzione del principio di uguaglianza nella normativa primaria.

8.- Margine di discrezionalità riconosciuto agli Stati

Va, infine, precisato che sia in ambito CEDU sia in ambito UE agli Stati membri è riconosciuto un margine di discrezionalità nel dare attuazione alle norme convenzionali e/o comunitarie. In particolare:

a) in ambito CEDU gli Stati contraenti – nell'esecuzione dell'obbligo di adeguamento ai principi posti dalla CEDU nella sua interpretazione giudiziale, istituzionalmente attribuita alla Corte europea ai sensi dell'art. 32 della Convenzione – godono di un margine di discrezionalità (c.d. **margine di apprezzamento**), che è più o meno ampio a seconda delle circostanze, della materia e del suo background e ai fini della cui valutazione uno dei fattori rilevanti può essere l'esistenza o l'inesistenza di una posizione comune tra le legislazioni degli Stati contraenti, sulla questione controversa (vedi, per tutte, *Petrovic c. Austria*, 27 aprile 1998, § 38 nonché *Grande Camera*, sentenza 24 aprile 2008, *Burden c. il Regno Unito*, § 60);

b) in ambito UE vi sono dei casi in cui è riconosciuto agli Stati membri un **margine di discrezionalità** nell'attuazione di un atto di diritto dell'Unione. In tali casi resta consentito alle autorità e ai giudici nazionali assicurare il rispetto dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione nazionale, purché l'applicazione degli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta UE, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione (vedi, in tal senso, *Grande sezione*, sentenza 26 febbraio 2013, *Melloni*, C 399/11, 60).

Pertanto, anche l'interprete dovrà tenere conto dell'esistenza o meno, nella specie, di tale margine di discrezionalità, sulla base della giurisprudenza delle Corti europee centrali.

9.– Il principio di uguaglianza nel sistema della CEDU

Sul fronte del **Consiglio d'Europa e quindi della Corte di Strasburgo**, il parametro utilizzato nella materia che ci occupa è **l'art. 14 della CEDU**, secondo cui il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella 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”.

Va, però, subito chiarito che tale norma, come risulta anche dalla giurisprudenza della Corte EDU, ha un ambito applicativo limitato, nel senso che si applica unicamente alla discriminazione nel godimento di uno qualsiasi dei diritti garantiti dalla Convenzione e non ha, quindi, **portata generale**.

Questa **interpretazione riduttiva** dell'ambito applicativo dell'art.14 è stata criticata da parte della dottrina.

Quindi, al precipuo fine di attribuire al suddetto principio, per via convenzionale, una portata generale – cioè non limitata ai diritti previsti dalla Convenzione – è stato fatto il **Protocollo n. 12 alla Convenzione**, il quale prevede un divieto di discriminazione di carattere generale, eliminando la suddetta restrizione applicativa dell'art. 14 CEDU e garantisce che nessuno possa subire discriminazioni per nessuna ragione da parte di nessuna autorità pubblica.

Ne consegue che il Protocollo rende giustiziabili presso la Corte di Strasburgo anche i **diritti sociali** e quindi collega la Corte con il Comitato europeo dei diritti sociali, estendendo il controllo della Corte anche alla Carta sociale europea (riveduta), il che è addirittura “rivoluzionario” oltre a poter incrementare i **problemi di competenza** tra la Corte di Strasburgo e quella di Lussemburgo che già sono molto complessi (e rappresentano uno dei punti più delicati dei negoziati per l'adesione della UE alla CEDU, come vedremo più avanti).

Il Protocollo, aperto alla firma degli Stati membri firmatari del Trattato il 4 novembre 2000 ed entrato in vigore (in ambito internazionale) il 1° aprile 2005.

Al momento, tuttavia, essendovi state **soltanto 18 ratifiche/adesioni**, di fatto l'ambito applicativo dell'art. 14 risulta tuttora limitato al perimetro dei diritti riconosciuti dalla Convenzione, visto che la maggior parte degli Stati – tra i quali l'Italia e la Germania – si è limitata a firmarlo, mentre altri importanti Stati – tra i quali la Francia, il Regno Unito e la Danimarca – neppure lo hanno firmato.

La suddetta interpretazione restrittiva comporta, per costante orientamento della Corte di Strasburgo, anche la configurazione dell'art. 14 come **norma di completamento delle altre clausole** normative della Convenzione e dei suoi Protocolli, che, come tale, non ha un'esistenza autonoma, in quanto vale unicamente per «il godimento dei diritti e delle libertà» che esse sanciscono (vedi, per tutte: **Dhahbi c. Italia**, 8 aprile 2014).

Peraltro, la stessa Corte afferma che l'art. 14 può certamente entrare in gioco anche in assenza di una inosservanza delle esigenze che poste dalle indicate clausole e che quindi, in tal senso, ha una portata autonoma, pur non essendo comunque applicabile se **i fatti della causa** non rientrano

nelle previsioni di almeno una di tali clausole (si vedano, tra molte altre, *Van Raalte c. Paesi Bassi*, 21 febbraio 1997; *Petrovic c. Austria*, 27 aprile 1998; *Zarb Adami c. Malta*, 20 giugno 2006).

Ma tutto questo non significa che l'art. 14 abbia scarsa importanza nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Infatti, sono molte le pronunce nelle quali si fa riferimento al combinato disposto di tale articolo ad esempio con l'**art. 8** (diritto al rispetto della vita privata e familiare), oppure con l'**art. 10** sulla libertà di espressione oppure con l'**art. 13** (diritto a un ricorso effettivo) o anche con l'**art. 1 del Protocollo n. 1**, combinazione quest'ultima, spesso applicata per sanzionare i casi di rifiuto di fornire le prestazioni di sicurezza sociale, se esistenti nell'ordinamento nazionale, per motivi legati al sesso, alla etnia, al colore, alla lingua, alla religione, alle opinioni politiche o di altro genere, all'origine nazionale o sociale, all'appartenenza a una minoranza nazionale, alla ricchezza, alla nascita o a ogni altra condizione.

Dal punto di vista della **tecnica del "bilanciamento"** per consolidata giurisprudenza della Corte di Strasburgo (vedi, per tutte, sentenza 24 giugno 2010, Schalk e Kopf c, Austria): a) per sollevare una questione ai sensi dell'articolo 14 deve esservi una disparità di trattamento delle persone in situazioni relativamente simili; b) tale disparità di trattamento è discriminatoria se non vi è una giustificazione oggettiva e ragionevole; cioè, se essa non persegue un fine legittimo o se non vi è un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi utilizzati e l'obiettivo che si intende realizzare; c) nel valutare se e in quale misura, nella specie, le disparità in situazioni altrimenti simili giustificano una differenza di trattamento, si deve tenere conto del margine di discrezionalità di cui godono gli Stati contraenti, che, come si è detto, in base alla giurisprudenza della Corte EDU, ha ampiezza diversa a seconda dei caratteri propri di ciascuna situazione.

Così, per esempio, la Corte, da un lato, ha ripetutamente affermato che, proprio come le **disparità basate sul sesso**, anche le **disparità basate sull'orientamento sessuale** richiedono motivi particolarmente gravi per essere giustificate (vedi, per tutte: sentenza 24 luglio 2003, Karner c. Austria, § 37; Grande Camera, 19 febbraio 2013, X e altri c. Austria), mentre, d'altra parte, ha sottolineato che la Convenzione concede generalmente allo Stato un ampio margine in relazione alle misure generali di strategia economica o sociale (vedi, tra le tante, Grande Camera, sentenza 12 aprile 2006, Stec e altri c. il Regno Unito, § 52).

10.- La Carta Sociale Europea e il Comitato Europeo per i Diritti Sociali

Va comunque tenuto presente che, nel sistema del Consiglio d'Europa – nel quale la CEDU e, quindi, la Corte di Strasburgo, sono state concepite, nella loro originaria configurazione, come dirette ad offrire una forte protezione ai diritti civili e politici e, quindi, non ai **diritti sociali ed economici** – poco dopo l'istituzione della Corte EDU⁸, è stata avvertita la necessità prendere in considerazione anche i diritti sociali ed economici, al fine di favorire maggiormente un comune progresso degli Stati membri del Consiglio d'Europa. Conseguentemente, è stata adottata, 18

⁸ È noto che il 20 aprile 1959 il primo presidente della Corte, lord Arnold Duncan McNair, tenne il discorso inaugurale e che la prima sentenza fu emessa il 14 novembre 1960 nel caso *Lawless c/ Irlanda*.

ottobre 1961 a Torino, la Carta Sociale Europea, (CSE) entrata in vigore nel 1965 dopo aver raggiunto il numero di ratifiche necessario⁹.

I diritti riconosciuti dalla Carta, nella sua prima versione, riguardano sia le condizioni di impiego (**il diritto di non discriminazione**, il diritto ad una retribuzione equa, il diritto delle donne e degli uomini ad un eguale trattamento economico per uguale lavoro, il diritto all'eguale trattamento dei lavoratori migranti, la proibizione del lavoro minorile sotto i 15 anni e il diritto alla protezione della maternità; il diritto dei lavoratori alla partecipazione, alla determinazione e al miglioramento delle condizioni e dell'ambiente di lavoro¹⁰), sia la protezione sociale quindi il diritto all'assistenza medica e sociale, il diritto alla sicurezza sociale e il diritto alla pensione per gli anziani.

In considerazione dello stretto legame esistente tra le condizioni socio-economiche dei singoli Stati e il pieno soddisfacimento dei diritti garantiti dalla Carta – legame che impedisce di riconoscere loro lo stesso **carattere universale** proprio dei diritti umani, sull'assunto secondo cui i diritti socio-economici non sono conseguibili in numerosi Paesi¹¹ – il sistema di tutela ivi previsto non è stato – e tuttora non è – di tipo giurisdizionale, ma è **politico**.

Tale sistema¹² è basato, in primo luogo, sui **rapporti periodici (annuali) inviati dagli Stati Parte** al Comitato Europeo per i diritti sociali (previsto dalla Carta) e contenenti le indicazioni degli strumenti interni adottati per l'implementazione delle disposizioni della Carta. In particolare, ciascun rapporto si riferisce solo ad alcune delle disposizioni accettate dallo Stato che lo redige, secondo un schema in base al quale gli articoli della Carta sono divisi per gruppi tematici. Nel seguente modo: **gruppo I**, impiego, formazione e discriminazioni; **gruppo II**, salute, sicurezza sociale e protezione sociale; **gruppo III**, diritti dei lavoratori; **gruppo IV**, bambini, famiglie e migranti.

Il suddetto Comitato – **composto da 15 esperti indipendenti** eletti dal Comitato dei Ministri per un periodo di sei anni rinnovabili una sola volta – esamina i rapporti e li gira ad un Comitato Intergovernativo, composto dai rappresentanti dei Governi degli Stati Parte.

Il Comitato Intergovernativo, in caso di violazioni, invia delle **Raccomandazioni al Comitato dei Ministri**, che, come è noto, è l'organo esecutivo del Consiglio d'Europa.

Nel 1995 il sistema è stato ulteriormente affinato con il **Protocollo addizionale** alla Carta Sociale Europea, fatto a Strasburgo il 9 novembre 1995 ed entrato in vigore il 1° luglio 1998, il

⁹ L'Italia ha provveduto a ratificare e rende esecutiva la Carta con legge 3 luglio 1965, n. 929.

¹⁰ Tale ultimo diritto è stato esplicitamente contemplato, insieme al divieto di discriminazioni basate sul sesso nel mondo del lavoro dal Protocollo addizionale della CSE fatto a Strasburgo il 5 maggio 1988, ratificato e reso esecutivo dall'Italia con legge 8 marzo 1994, n. 207.

¹¹ Come di recente ribadito da M. BOSSUYT, *Judicial Activism in Strasbourg*, 2014, in www.openeurope.org.uk

¹² Il sistema qui descritto nel testo è quello risultante dal primo potenziamento stabilito con il Protocollo di emendamento alla Carta sociale europea, fatto a Torino il 21 ottobre 1991, ratificato e reso esecutivo dall'Italia con legge 14 dicembre 1994, n. 705.

quale, per gli Stati che lo hanno ratificato¹³, ha introdotto, come aggiuntivo, un sistema di **reclami collettivi** per denunciare violazioni della Carta.

Tali reclami possono essere presentati da parte delle **seguenti organizzazioni**: 1) la Confederazione dei sindacati europei (ETUC), Business Europe (e UNICE), l'Organizzazione internazionale dei datori di lavoro (IOE); 2) organizzazioni non governative con status consultivo presso il Consiglio d'Europa che fanno parte di una lista preparata a questo fine da un Comitato intergovernativo ad hoc; 3) organizzazioni di datori di lavoro e sindacati nel Paese interessato nonché organizzazioni non governative nazionali, nel caso gli Stati abbiano esplicitamente accettato la relativa disposizione.

Inoltre, il 3 maggio 1996, la **Carta Sociale Europea è stata riveduta (CSER)**¹⁴ al fine di aggiornare e adattare il contenuto materiale della originaria Carta, per tener conto in particolare dei fondamentali mutamenti sociali verificatisi dal momento della sua adozione, secondo le indicazioni della Conferenza ministeriale dei diritti dell'uomo, svoltasi a Roma il 5 novembre 1990, ove era stata sottolineata “la necessità, da un lato di preservare il carattere indivisibile di tutti i diritti dell'uomo, a prescindere se civili, politici, economici, sociali o culturali, e d'altro lato fornire un nuovo impulso alla Carta sociale europea”.

Quanto alla **efficacia della Carta riveduta**, si è stabilito che essa fosse “destinata a sostituire progressivamente la Carta sociale europea” e che la suddetta tutela più incisiva dei diritti sociali ed economici dovesse riguardare, i diritti garantiti dalla Carta come emendata, i diritti garantiti dal Protocollo addizionale del 1988 e i nuovi diritti aggiunti.

Con la versione emendata è stato ancor più esaltato il carattere della Carta come diretta a tutelare i diritti propri di tutti gli individui “**nella loro vita quotidiana**”, diversamente dalla CEDU volta a tutelare principalmente situazioni di **particolare gravità**, quali sono normalmente quelle che si collegano a violazioni di diritti umani (in cui rientrano anche il lavoro forzato o coatto).

In particolare, nella CSER, ci si è preoccupati di rendere più efficace la tutela del principio di uguaglianza, al fine precipuo di colpire qualunque tipo di **discriminazione**.

Pertanto, nella Parte V della Carta riveduta è stato introdotto **l'art. E**, il cui tenore letterale è il seguente: «Il godimento dei diritti riconosciuti nella presente Carta deve essere garantito senza qualsiasi distinzione basata in particolare sulla razza, il colore della pelle, il sesso, la lingua, la religione, le opinioni politiche o ogni altra opinione, l'ascendenza nazionale o l'origine sociale, la salute, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, la nascita o ogni altra situazione».

Tale disposizione, nel dinamismo interpretativo del Comitato europeo dei diritti sociali, è stata intesa una vera e propria “**clausola orizzontale**” da combinare con le diverse disposizioni della Carta riguardanti i diritti sociali, onde potenziarne l'efficacia.

¹³ Tra i quali è compresa l'Italia: legge 28 agosto 1997, n. 298.

¹⁴ L'Italia ha ratificato e reso esecutiva la CSER con legge 9 febbraio 1999, n. 30, formulando, al momento del deposito della ratifica, riserva per l'art. 25 della CSER, in base al quale: “Tutti i lavoratori hanno diritto alla tutela dei loro crediti in caso d'insolvenza del datore di lavoro”.

Già da questi brevi cenni risulta chiaro che il fulcro del sistema della CSER è rappresentato da un potenziamento dell'ambito di attività **Comitato Europeo dei Diritti Sociali del Consiglio d'Europa** (CEDS), il quale, peraltro, fin dalla istituzione (avvenuta ai sensi dell'art. 25 della Carta sociale europea del 1961), è stato finalizzato a controllare la conformità della normativa e delle prassi degli Stati Parte alle norme della Carta sociale europea originaria, dei suoi Protocolli e della Carta sociale europea (riveduta) del 1996.

Nella stessa ottica, a seguito di una decisione del Comitato dei Ministri del 2002 (decisione 821/4.1c. del 13 dicembre 2002) gli Stati che hanno ratificato la Carta sociale europea (riveduta) sono invitati a redigere un **rapporto ogni cinque anni** sulle disposizioni della Carta non accettate e, di conseguenza, il Comitato dei diritti sociali è chiamato ad esaminare tali rapporti in incontri specifici. Ogni anno infine il Comitato adotta un rapporto sulle attività intraprese nell'anno precedente.

Va, tuttavia, osservato che, come ha sottolineato anche il Presidente della Corte Dean Spielmann¹⁵, i governi di un certo numero di Stati membri del Consiglio d'Europa – muovendo dal presupposto secondo cui assicurare i diritti economici e sociali è un problema nazionale e non regionale o internazionale – **non hanno ancora ratificato la Carta** sociale europea revisionata. Ciò si riscontra, ad esempio, per la Danimarca, la Germania, il Lussemburgo, la Polonia ed il Regno Unito.

Inoltre, **in sede giurisdizionale**, alla Carta sociale è riconosciuta un'efficacia più limitata rispetto alla CEDU¹⁶ sicché, di fatto, resta la originaria impostazione secondo cui gli impegni presi dagli Stati che hanno ratificato la Carta sono soprattutto di tipo politico.

Ma questo non ne esclude l'efficacia, come è dimostrato dalla sempre maggiore incisività del lavoro di interpretazione e controllo svolto dal CEDS.

Tale attività si traduce in **tre tipi principali di documenti** che compongono la "giurisprudenza" del CEDS: a) le conclusioni dei rapporti periodici degli Stati nelle quali si tiene conto della legislazione interna e della prassi applicativa della Carta in ciascuno di essi; b) le

¹⁵ Nel discorso tenuto in occasione della inaugurazione dell'anno giudiziario 2013 della Corte EDU.

¹⁶ Per la Corte costituzionale, vedi, per tutte: sentenze n. 163 del 1983 e n. 86 del 1994, nonché sentenza n. 46 del 2000, ove è stato sottolineato come la CSER, entrata in vigore il 1 settembre 1999, "contiene disposizioni volte a circondare di specifiche garanzie la posizione dei prestatori di lavoro contro i licenziamenti, prevedendo, in particolare (art. 24), l'impegno delle parti contraenti a riconoscere il diritto dei lavoratori a non essere licenziati senza un valido motivo; il diritto dei lavoratori licenziati senza valido motivo "ad un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione"; il diritto dei lavoratori stessi a ricorrere davanti ad un organo imparziale".

Per la Corte di cassazione: Cass. 25 gennaio 2011, n. 1717 e Cass. 28 marzo 2014, n. 7377, nelle quali si precisa che i vincoli derivanti dall'art. 4, comma 1, della CSER in materia di determinazione dello straordinario si riferiscono solo allo straordinario legale e non quello contrattuale, nonché Cass. 14 febbraio 2012, la n. 2133, ove si afferma che: "le disposizioni della Carta non hanno efficacia diretta nell'ordinamento interno degli Stati contraenti, ma si concretano in impegni giuridici di carattere internazionale nei rapporti fra gli Stati medesimi, ai quali, perciò, è demandata l'attuazione dei principi e dei diritti in essa contemplati, con ampia discrezionalità quanto ai modi, ai tempi e ai mezzi".

dichiarazioni interpretative contenute nelle introduzioni generali che aprono ogni ciclo di rapporti; c) le decisioni sulla ricevibilità e sul merito dei reclami collettivi¹⁷.

La procedura relativa a **tali ultime decisioni** prevede un preliminare esame di ammissibilità dei reclami (volto a vagliare che i relativi requisiti fondamentali siano sussistenti). Se tale fase viene superata positivamente, si instaura una fase di dialogo con il Paese interessato, basata su uno scambio di documentazione scritta tra le parti. Quindi, il Comitato – che può anche decidere di tenere un’udienza pubblica – adotta la **decisione sul merito** del reclamo, che invia alle parti interessate e al Comitato dei Ministri in un rapporto, reso successivamente pubblico entro quattro mesi dall’invio.

Il Comitato dei Ministri adotta, a sua volta, una **risoluzione**, in cui, se lo ritiene appropriato, può raccomandare allo Stato di prendere specifiche misure per rendere la situazione esaminata conforme alla Carta sociale europea.

Uno degli elementi da cui si desume la maggiore incisività dell’azione del CEDS negli ultimi anni è rappresentato dalla pubblicazione, a gennaio 2014, di un **corposo report** sulle violazioni della Carta sociale europea da parte degli Stati membri del Consiglio d’Europa nel periodo compreso tra il primo gennaio 2008 e il 31 dicembre 2011.

In esso risultano rilevate in tutto 180 le violazioni nei Paesi aderenti alla Carta.

Per **l’Italia** sono state registrate 8 conformità alla Carta e 7 violazioni, sei delle quali riguardano il comparto di sicurezza e assistenza sociale, lotta alla povertà e protezione sociale.

Per quanto riguarda la **sicurezza sul lavoro**, il CEDS ha ritenuto la condizione dei luoghi di lavoro in Italia non conforme alle prescrizioni dell’articolo 3, § 1 (diritto a condizioni di lavoro sane e sicure), della Carta in conseguenza della mancanza di una politica della sicurezza e salute sul lavoro adeguata e di un adeguato sistema di organizzazione della prevenzione dei rischi sul lavoro.

Il Comitato ha affermato che la legislazione nazionale in materia di sicurezza sul lavoro prevede un sistema amministrativo unificato per consentire la formulazione di una strategia in materia di salute e sicurezza sul lavoro, ma tale politica non risulterebbe adottata nel periodo di riferimento. Pertanto si chiede che la prossima relazione fornisca informazioni sui contenuti e l’obiettivo di questa politica, in particolare che si dimostri la **coerenza con la strategia 2007-2012 dell’UE** in materia di salute e sicurezza sul lavoro e se essa è destinata a promuovere e preservare una cultura della prevenzione.

¹⁷ Per la Carta vedi, per tutti: G. GUIGLIA, *La rilevanza della carta sociale europea nell’ordinamento italiano: la prospettiva giurisprudenziale* in www.federalismi.it 2013; F. INGRAVALLE, *La Carta Sociale Europea 18 ottobre 1961 – 18 ottobre 2011* in www.coe.int; A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, Roma-Bari, 2009; D. TEGA, *I diritti sociali nella dimensione multilivello tra tutele giuridiche e crisi economica*, in www.gruppodipisa.it; F. OLIVERI, *La lunga marcia verso l’effettività. La Carta sociale europea tra enunciazione dei diritti, meccanismi di controllo e applicazione nelle Corti nazionali*, in www.europeanrights.eu; E. STRAZIUSO, *La Carta sociale del Consiglio d’Europa e l’organo di controllo: il Comitato europeo dei diritti sociali. nuovi sviluppi e prospettive di tutela*, in www.gruppodipisa.it
Sugli strumenti internazionali di tutela dei diritti sociali fondamentali, vedi: C. DI TURI, *Globalizzazione dell’economia e diritti umani fondamentali in materia di lavoro: il ruolo dell’OIL e dell’OMC*, Milano, 2007, e ivi ampie citazioni di dottrina.

Il Comitato, infine, ha espresso il desiderio di essere informato sul destino della **procedura di infrazione in corso dinanzi in ambito UE**, a causa del presunto mancato recepimento della direttiva 89/391/CEE del Consiglio, del 12 giugno 1989, concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro (procedura d'infrazione n. 210/4227 del 21 novembre 2012).

Per quel che riguarda il sistema relativo alle decisioni del CEDS sui **reclami collettivi**, va precisato che l'Italia – pur avendo ratificato sia la Carta sociale europea nel 1965, sia la Carta sociale europea riveduta nel 1999, accettando tutte le relative disposizioni tranne che l'art. 25 sulla protezione dei crediti dei lavoratori in caso d'insolvenza del loro datore di lavoro – tuttavia, come la maggior parte degli Stati, non ha ancora presentato una dichiarazione che consenta alle **organizzazioni non governative nazionali** di presentare i suddetti reclami, introdotti dal citato Protocollo addizionale.

Ciononostante, dall'entrata in vigore del Protocollo fin ad oggi, nei confronti dell'Italia sono stati presentati **8 reclami collettivi, di cui 6 da parte di organizzazioni internazionali non governative**. In due casi – European Federation of Employees in Public Services (EUROFEDOP) c. Italia (n. 4/1999) e Organizzazione mondiale contro la tortura (OMCT) c. Italia (n. 19/2003) – il Comitato non ha riscontrato violazioni delle disposizioni contenute nella Carta.

Negli altri casi, invece, le violazioni sono state riscontrate. In particolare:

a) nei casi European Roma Rights Centre (ERRC) c. Italia (n. 27/2004) e Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE) c. Italia (n. 58/2009) – entrambi relativi ai diritti sociali degli appartenenti alle **comunità Rom e Sinti in Italia** – il Comitato ha affermato – con decisioni rispettivamente del 7 dicembre 2005 e del 25 luglio 2010 seguite da corrispondenti risoluzioni del Comitato dei Ministri – la violazione delle disposizioni indicate nei reclami e quindi l'obbligo del nostro Stato di favorire l'accesso dei nomadi alle **abitazioni pubbliche**¹⁸, sul principale assunto secondo cui, il diritto all'abitazione, di cui all'art. 31 CSER, deve essere comunque garantito a tutti i soggetti, anche stranieri, e pure quando lo Stato intenda adottare politiche sociali diversificate rispettivamente per i propri cittadini e per gli stranieri, in ogni caso deve rispettare la dignità umana di tutti i soggetti residenti sul loro territorio;

b) nella importante recente decisione pubblicata il 10 marzo 2014, il CEDS pronunciandosi sul reclamo collettivo proposto dalla ONG internazionale International Planned Parenthood Federation European Network (IPPF EN) c. Italia (n. 87/2012), il Comitato ha rilevato una violazione, da parte dell'Italia, dell'art. 11 (diritto alla salute) della CSER per la mancata garanzia dell'accesso all'**interruzione di gravidanza**, derivante dall'alto numero di medici obiettori di coscienza, che, di fatto, rende inefficace la legge n. 194 del 1978;

c) è in corso presso il CEDS la trattazione del reclamo collettivo contro l'Italia (n. 94/2013) presentato dall'associazione inglese APPROACH (Association for the Protection of All Children),

¹⁸ A tale decisione ha fatto espresso riferimento il Consiglio di Stato, sez. IV, n. 6866, del 4 novembre 2009, affermando la legittimità della delibera del Comune di Venezia relativa al progetto volto ad assegnare ai Sinti un'area residenziale dotata di unità immobiliari stabili corrisponde ai requisiti fissati dal Comitato europeo per i diritti sociali per favorire l'accesso delle popolazioni Rom e Sinti all'abitazione.

secondo il quale la mancata introduzione nella legislazione italiana di una norma che vieti esplicitamente il ricorso a punizioni corporali o a trattamenti disumani e degradanti nei confronti dei **bambini e degli adolescenti** sarebbe incompatibile con l'art. 17 della CSER. Il reclamo è stato dichiarato ammissibile con decisione del 2 luglio 2013 e le ultime osservazioni del nostro Governo sono del 29 aprile 2014. Pertanto, nei prossimi mesi, dovrebbe arrivare la decisione di merito.

Gli altri due reclami collettivi presentati nei confronti dell'Italia sono i seguenti:

1) quello introdotto dalla l'Associazione nazionale dei **giudici di pace italiani**, a causa del mancato riconoscimento del diritto alla sicurezza sociale, dell'assenza di protezione previdenziale certa per i giudici onorari nonché dell'assenza di assistenza in caso di malattia, infortuni e maternità e di retribuzione per le ferie. Tale reclamo collettivo è stato depositato il 2 agosto e registrato e diffuso il 22 ottobre 2013 (reclamo n. 103/2013). Per i ricorrenti, l'Italia avrebbe violato l'articolo 12, par. 4, lett. b, della CSER, in base al quale gli Stati sono tenuti ad assicurare "l'erogazione, il mantenimento ed il ripristino dei diritti alla sicurezza sociale con mezzi quali la totalizzazione dei periodi di contribuzione o di lavoro compiuti secondo la legislazione di ciascuna delle Parti". Il reclamo, deve ancora superare la fase dell'ammissibilità;

2) quello dell'associazione sindacale degli insegnanti di scuola "**La Voce dei Giusti**", depositato il 22 aprile 2014 (n. 105/2014), riguardante la prospettata discriminazione, in danno di una categoria di insegnanti precari, derivante dall'esclusione dall'accesso diretto ai corsi di sostegno per l'integrazione di alunni diversamente abili.

Anche da queste poche notazioni è facile desumere che il CEDS esercita un **controllo molto puntuale** sul livello di tutela dei diritti sanciti dalla Carta esistente negli Stati contraenti, soprattutto perché basa i propri provvedimenti non solo sull'analisi delle legislazioni, ma anche sull'esame delle politiche economiche e sociali, nonché delle prassi attuative poste in essere dagli Stati per realizzare i diritti sociali coinvolti.

E questo, pur non avendo, come si è detto, la "giurisprudenza" del CEDS un seguito altrettanto efficace rispetto a quella della Corte EDU, pone tale organismo ad un livello di attenzione particolare anche sul piano giudiziario, considerato il **progressivo aumento delle violazioni** dei diritto socio-economici e la tradizionale prudenza della Corte EDU ad esaminare tale materia.

Deve essere anche sottolineato che pure il CEDS – al pari di quanto fa la Corte di Strasburgo, con riguardo alla CEDU e ai suoi Protocolli, anche in connessione con le Convenzioni OIL e con la Carta sociale europea – nell'interpretazione delle norme della CSER usa un **criterio "dinamico"**, principalmente al fine di ampliare la tutela rispetto alle discriminazioni.

Questo, per il Comitato, è specialmente evidente nell'applicazione del **principio di eguaglianza** nei confronti dei migranti, in particolare con riferimento a limitazioni nel riconoscimento di diritti sociali a partire dal diritto di abitazione.

Così, nonostante che l'art. 31 della Carta (che tutela il **diritto di abitazione**) faccia espresso riferimento ai «cittadini di altre Parti che risiedono legalmente o lavorano regolarmente sul

territorio della Parte interessata» e, quindi, porta ad escludere dal suo ambito applicativo sia gli stranieri non appartenenti ad uno degli Stati contraenti sia i migranti irregolari appartenenti ad essi, tuttavia, il Comitato, a partire proprio dalla citata decisione sul reclamo n. 27/2004, presentato dall'ERRC contro l'Italia, ha, in via interpretativa, superato il ristretto ambito applicativo indicato nel testo onde aumentarne la portata garantistica.

11.- La tutela allargata del principio di uguaglianza

Tutto questo dimostra come la **tutela del principio di uguaglianza e quindi il divieto di ogni tipo di discriminazione** siano considerati fondamentali, in ambito europeo, e ci si preoccupi di garantirne l'efficacia non solo in ambito giurisdizionale ma anche in ambito politico, controllando la condotta degli Stati.

Ciò è dovuto alla diffusa consapevolezza che per sperare avere risultati significativi in materia di discriminazioni, così come in materia di diritti fondamentali in genere, non basta la via giudiziaria che è fisiologicamente volta a colpire le “patologie” – che sono, peraltro, in continuo aumento, come dimostra il costante accrescersi del contenzioso in questo settore, dinanzi alle Corti di Strasburgo e Lussemburgo – in questo ambito così come in tutti gli altri ambiti del vivere civile si deve puntare a diffondere prassi degli Stati e comportamenti dei singoli “fisiologicamente” corretti e rispettosi del principio di eguaglianza e, per fare questo, è necessaria l'adozione di scelte di “lungo periodo” e strategiche, che i Giudici – internazionali, comunitari o nazionali – non sono chiamati istituzionalmente a compiere.

Per tali ragioni, sia il sistema del Consiglio di Europa sia l'Unione europea si sono dotati di organismi ulteriori rispetto alla Corti, volti a promuovere. In sede politica, prassi migliori nei parte degli Stati membri.

11.1.- Sistema del Consiglio di Europa

In particolare, **nel Consiglio d'Europa**, la Corte di Strasburgo è affiancata, oltre che dal Comitato europeo per i diritti sociali, di cui si è detto, da numerosi altri organismi che pure sovrintendono al rispetto del principio di uguaglianza in particolari settori, come:

a) la **GEC- Gender Equality Commision**, che cura il settore dei rapporti uomo-donna;

b) il Comitato di esperti per i diritti delle persone con disabilità (**CS-RPD**) che si occupa del settore relativo alle persone con disabilità ed è una struttura subordinata del CEDS, diretta appunto a sostenere gli Stati nella promozione della partecipazione delle persone con disabilità alla vita politica e pubblica ed alla protezione, tra di esse, dei soggetti più vulnerabili (donne e bambini), conformemente al “Piano di azione del Consiglio d'Europa per le persone con disabilità 2006/2015”;

c) il Comitato di esperti sulle questioni relative ai Rom (**CAHROM**), incaricato di analizzare l'attuazione di politiche nazionali di inclusione delle comunità Rom, al fine di promuovere gli standards del Consiglio d'Europa nonché di identificare le buone prassi in materia. Il CAHROM, più in generale, è incaricato di seguire l'evoluzione della situazione dei Rom in Europa, allo scopo

di elaborare strumenti per lo sviluppo e l'attuazione di politiche volte a promuovere i diritti di tali comunità;

d) il Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani e degradanti (**CPT**), che è stato istituito sulla base della Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o dei trattamenti inumani o degradanti del Consiglio d'Europa (aperta alla firma il 26 novembre 1987, ratificata dall'Italia il 29 dicembre 1988 ed entrata in vigore il primo febbraio 1989). Tale Comitato, in applicazione dei principi di cooperazione con le autorità nazionali e di confidenzialità, lavora attraverso un sistema di visite, effettuate (periodicamente o ad hoc) da delegazioni composte da un certo numero di membri del Comitato (eletti dal Comitato dei Ministri su proposta degli Stati parte), nelle carceri, nei centri di detenzione per minorenni e stranieri, nei commissariati di polizia, negli ospedali psichiatrici, nelle case di cura, ecc. All'esito di ciascuna visita, il CPT instaura una sorta di dialogo con le autorità dello Stato visitato, indirizzando alle stesse un dettagliato rapporto comprendente le raccomandazioni, i commenti e le richieste di informazioni ritenuti necessari. Il rapporto è poi pubblicato, su autorizzazione dello Stato interessato, con i commenti delle autorità nazionali;

d) la Commissione europea contro il razzismo e l'intolleranza (**ECRI – European Commission against Racism and Intolerance**), creata nel 1993, per la lotta contro il razzismo, la discriminazione razziale, la xenofobia, l'antisemitismo e l'intolleranza in Europa, alla luce della CEDU, dei suoi Protocolli Addizionali e della relativa giurisprudenza. La principale attività dell'ECRI – composta da esperti indipendenti designati dai Governi degli Stati membri del Consiglio d'Europa – è il monitoraggio, Paese per Paese, dei fenomeni di razzismo ed intolleranza, sulla base di un sistema di visite periodiche a seguito delle quali viene pubblicato un rapporto con le conclusioni dell'ECRI e le raccomandazioni rivolte allo Stato. La più recente visita dell'ECRI in Italia risale al novembre 2010. Inoltre, l'ECRI elabora delle raccomandazioni di politica generale indirizzate a tutti gli Stati membri, nell'intento di fornire linee direttrici per l'elaborazione di politiche nazionali conformi agli standards previsti dal Consiglio d'Europa. L'ECRI ha adottato finora 12 raccomandazioni, riguardanti le componenti fondamentali delle legislazioni nazionali in materia di lotta contro il razzismo e la discriminazione razziale: l'istituzione di organismi nazionali specializzati nella lotta contro il razzismo e la discriminazione razziale; la lotta contro il razzismo nei confronti dei Rom; la lotta contro l'islamofobia; la lotta contro la diffusione di materiale razzista via Internet; la lotta contro il razzismo nella lotta al terrorismo; la lotta contro l'antisemitismo; la lotta contro il razzismo e la discriminazione razziale nella e attraverso l'educazione scolastica, nel corso delle attività di polizia e nello sport. Infine, considerando imprescindibile per il radicamento di una cultura di tolleranza la sensibilizzazione della società civile, l'ECRI, a tal fine, organizza frequenti tavole rotonde in argomento, collabora con ONG e media ed elabora programmi di formazione ed informazione rivolti ai cittadini degli Stati membri; L'ultimo rapporto ECRI sull'Italia è stato pubblicato il **21 febbraio 2012** e, in esso, è stato rilevato che, nonostante i progressi registrati in alcuni campi, è ancora necessario un maggiore impegno per combattere i discorsi di incitazione all'odio e proteggere i Rom e gli immigrati dalla violenza e dalla discriminazione, raccomandandosi, fra l'altro, di attribuire un ruolo più incisivo all'UNAR (Ufficio nazionale antidiscriminazioni razziali) e sottolineandosi che, grazie ad alcuni provvedimenti

giurisdizionali, è stato annullato un certo numero di misure discriminatorie precedentemente adottate dal Governo e da alcuni sindaci;

e) **Gruppo di esperti sulla lotta alla tratta degli esseri umani (GRETA)**, incaricato di vigilare sull'attuazione da parte degli Stati membri della Convenzione del Consiglio d'Europa contro la tratta di esseri umani da parte degli Stati membri (aperta alla firma il 16 maggio 2005, ratificata dall'Italia il 29 novembre 2010 ed entrata in vigore il primo febbraio 2008), strumento giuridico vincolante, basato sul principio per cui la tratta degli esseri umani costituisce una violazione dei diritti della persona ed un attentato alla dignità ed all'integrità dell'essere umano, persegue tre obiettivi: prevenire la tratta, proteggere i diritti umani delle vittime della stessa e perseguire i trafficanti. Il GRETA – formato da 14 esperti indipendenti ed imparziali – pubblica un rapporto annuale della propria attività e nel 2011 ha iniziato, negli Stati membri, il suo primo ciclo di visite all'esito delle quali è prevista la redazione di rapporti di valutazione sulle misure adottate per combattere la tratta di esseri umani e su quelle volte a proteggere le vittime del fenomeno. Dal 2 al 6 dicembre 2013 una delegazione del Gruppo ha effettuato la prima visita in **Italia**, nell'ambito delle attività di valutazione relativa all'implementazione della Convenzione sulla lotta contro la tratta di esseri umani. Sulla base delle osservazioni formulate durante la visita, il GRETA ha preparato **un rapporto provvisorio** concernente le criticità riscontrate e dopo i commenti e i pareri delle **autorità italiane**, è stata stilata la **versione definitiva del rapporto**, diffusa a settembre 2014. Nel rapporto definitivo è stata rilevata una scarsa attenzione, nel nostro Paese, per il fenomeno della tratta di esseri umani, specialmente con riguardo alle **forme di tratta diverse da quella per sfruttamento sessuale**, come lo sfruttamento lavorativo – in particolar modo quello agricolo – e altre tipologie di tratta come l'accattonaggio. Infatti, il fenomeno della tratta oggi “multidimensionale” e i percorsi di sfruttamento – che spesso si incrociano fra di loro – vanno identificati e contrastati sulla base di strategie olistiche e integrate, tramite un maggiore coordinamento tra autorità e operatori. Inoltre, sono state evidenziate sia l'assenza di un piano di azione nazionale sulla tratta di esseri umani (chiedendosi alle autorità italiane di dotarsi al più presto di un piano nazionale contenente priorità, obiettivi e azioni per rendere più efficace il contrasto alla tratta) sia inefficacia dell'azione del sistema giudiziario, desumibile dalle frequenti pronunce di estinzione dei reati per prescrizione;

f) **Comitato consultivo della Convenzione-quadro per la protezione delle minoranze nazionali (Framework Convention for the Protection of National Minorities-FCNM)**, che è stata aperta alla firma il primo febbraio 1995, ratificata dall'Italia il 3 novembre 1997 ed entrata in vigore il primo febbraio 1998). Il suddetto Comitato – composto da 18 esperti indipendenti eletti dal Comitato dei Ministri – si occupa del pertinente monitoraggio, con rapporti sulla legislazione e la prassi in materia di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali dei membri appartenenti alle minoranze nazionali negli Stati del Consiglio d'Europa. In particolare, l'attività del Comitato comporta l'esame dei rapporti periodicamente redatti dai singoli Stati e sulla base dei quali, dopo una visita nello Stato interessato, nel corso della quale il Comitato incontra interlocutori governativi, rappresentanti delle minoranze nazionali e membri della società civile attivi sul fronte della protezione delle minoranze nazionali, viene redatto un parere che, quattro mesi prima della pubblicazione, viene trasmesso allo Stato interessato per eventuali commenti. Segue, da parte del

Comitato dei Ministri, l'adozione di una Risoluzione contenente le conclusioni e le raccomandazioni dirette allo Stato per l'attuazione della **Convenzione-quadro**¹⁹. Il 12 marzo 2014 l'Italia ha inviato al Comitato il quarto rapporto sull'attuazione della FCNM. Ora si attende il parere del Comitato.

g) **Consiglio misto sulla gioventù (CMJ)** che ha lo scopo di elaborare politiche che favoriscano l'inserimento dei giovani in una società ispirata ai valori di democrazia e pluralismo propri del Consiglio d'Europa. Il CMJ consta di due componenti: una governativa, il Comitato direttivo europeo per la gioventù (CDEJ), composto da rappresentanti dei 50 Stati firmatari della Convenzione culturale europea, ed una non governativa, il Consiglio consultativo per la gioventù (CCJ), composto da rappresentanti dei Comitati nazionali della gioventù e da esponenti di ONG impegnate in materia di giovani.

11.2.- Unione europea. Cooperazione UE-Consiglio d'Europa

La UE, in particolare a partire dal 2000, ha creato - con **una serie di direttive** - un articolato quadro giuridico per la lotta contro le discriminazioni basate sul sesso, la razza e l'origine etnica, la religione o le convinzioni, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale. Inoltre, come si è detto, i trattati proibiscono anche ogni discriminazione basata sulla nazionalità. E il diritto alla non discriminazione è ulteriormente sostenuto dalla Carta UE, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati.

Al fine di rafforzare l'efficacia di tali strumenti normativi, con il regolamento del Consiglio 15 febbraio 2007 n. 168/2007, si è deciso di istituire, trasformando ed eliminando l'Osservatorio europeo dei fenomeni di razzismo e xenofobia, la "**Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali**" (**FRA**), con sede a Vienna e con il compito «di fornire alle competenti istituzioni e autorità della Comunità e agli Stati membri, quando attuano il diritto comunitario, informazioni, assistenza e consulenza in materia di diritti fondamentali allo scopo di aiutarli a rispettare pienamente tali diritti, quando essi adottano misure o definiscono iniziative nei loro rispettivi settori di competenza». Tale Agenzia è operativa dal 1° marzo 2007.

L'Agenzia non è abilitata a trattare reclami individuali, non dispone di competenze decisionali in materia di regolamentazione né può monitorare la situazione dei diritti fondamentali negli Stati

¹⁹ Gli artt. 1 e 25 della Convenzione-quadro hanno il seguente testo:

Art. 1

La protezione delle minoranze nazionali e dei diritti e delle libertà delle persone appartenenti a queste minoranze forma parte integrante della protezione internazionale dei diritti dell'uomo e, come tale, costituisce un settore della cooperazione internazionale.

Art. 25

1 Nel termine di un anno decorrente dall'entrata in vigore della presente Convenzione-quadro nei confronti di una Parte contraente, quest'ultima trasmette al Segretario Generale del Consiglio d'Europa delle informazioni complete sulle misure legislative e di altro genere che essa avrà preso per dare effetto ai principi enunciati nella presente Convenzione-quadro.

2 In seguito, ogni Parte trasmetterà al Segretario Generale, periodicamente ed ogni volta che il Comitato dei Ministri lo richiede, ogni altra informazione concernente la messa in opera della presente Convenzione-quadro.

3 Il Segretario Generale trasmette al Comitato dei Ministri ogni informazione comunicata conformemente alle disposizioni del presente articolo.

membri ai fini dell'articolo 7 del TUE. I settori in cui deve svolgere la propria attività sono definiti in un quadro quinquennale. I suoi compiti riguardano la raccolta, l'analisi, la diffusione e la valutazione delle informazioni e dei dati pertinenti, la realizzazione di ricerche e indagini scientifiche, studi preparatori e di fattibilità, la pubblicazione di una relazione annuale sui diritti fondamentali e di relazioni tematiche.

Con decisione del Consiglio del 28 febbraio 2008, n. 2008/203, poi, è stata data applicazione al suddetto regolamento, con riguardo alla adozione del primo quadro pluriennale di attività della FRA.

La UE, poi, assume, in questo ambito, periodicamente iniziative (Programmi, Strategie-quadro, Decisioni-quadro), di volta in volta, dedicate alla lotta contro i vari tipi di discriminazione suindicati.

Inoltre, in conformità con l'art. 9 del suddetto regolamento, è stato concluso un **Accordo tra la Comunità europea ed il Consiglio d'Europa** sulla cooperazione tra l'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali e il Consiglio d'Europa. Con tale Accordo si è istituito un quadro di cooperazione tra l'Agenzia e il Consiglio d'Europa, principalmente per evitare duplicazioni e per «garantire complementarità e valore aggiunto» al lavoro dell'Agenzia stessa.

Successivamente, il 17 marzo 2010, la Commissione europea ha proposto **le direttive di negoziato per l'adesione della UE alla CEDU**. E, in questa circostanza, il Presidente José Manuel Barroso ha affermato che: «l'adesione alla CEDU ha importanza politica, giuridica e simbolica. Aderendo alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali l'Unione instaurerà, in tutta Europa, un sistema coerente di tutela dei diritti fondamentali che andrà ad integrare il livello di protezione introdotto dal trattato di Lisbona con la Carta dei diritti fondamentali, che ha forza giuridicamente vincolante».

Il 5 aprile 2013, dopo oltre due anni e mezzo di negoziati, tra i rappresentanti dei 47 Stati membri del Consiglio d'Europa e i rappresentanti appositamente nominati dall'Unione Europea, si è arrivati per il momento a **un'intesa preliminare su un testo di accordo di adesione**.

Tale accordo preliminare risente delle difficoltà incontrate nel corso dei negoziati e della necessità di trovare soluzioni di compromesso tecnicamente creative, pertanto, non risulta di facile lettura e deve essere letto insieme con i documenti complementari allegati e in particolare con il rapporto esplicativo.

Peraltro esso rappresenta **solo una prima tappa** di un processo ancora lungo e disseminato di snodi problematici, dovendosi preventivare ancora diversi anni prima della eventuale conclusione dello stesso.

Le tappe successive di questo percorso, infatti, sono molteplici:

- sottoposizione della bozza di accordo di adesione dovrà al Comitato direttore per i diritti umani (Comité directeur pour les droits de l'Homme (CDDH)) del Consiglio d'Europa e poi

al Comitato dei Ministri, per la conferma a livello politico dell'intesa raggiunta a livello tecnico;

- richiesta, da parte della Commissione UE, in conformità all'articolo 218 TFUE, alla CGUE di un parere sul testo dell'accordo di adesione, la cui elaborazione non sarà né facile né rapida;
- parere della Corte europea dei diritti dell'uomo, per quanto riguarda la compatibilità con la Convenzione;
- ottenuto il via libera della CGUE, presentazione da parte della Commissione UE al Consiglio UE della proposta formale per le regole interne dell'Unione relative alla partecipazione ai giudizi avanti la Corte europea dei diritti dell'uomo, l'elezione dei giudici, la partecipazione al Comitato dei Ministri e tutte le altre questioni interistituzionali conseguenti all'adesione, che sono molteplici e complesse e non si prevedono di agevole soluzione, visto che le discussioni preliminari avvenute finora dimostrano che gli attori di questo processo (Stati membri e Commissione UE) sono molto lontani anche solo da un principio di accordo di base sugli aspetti più problematici;
- infine, obbligatorio consenso sull'intero "pacchetto" (accordo di adesione, decisione che ne autorizza la firma e – indirettamente – le regole interne) del Parlamento europeo.

Ad oggi la bozza è all'esame della CGUE, si sono tenute le udienze del 5 e 6 maggio 2014 per la valutazione delle norme, ma il parere della Corte sulla bozza è ancora pendente.

Il procedimento, quindi, è ancora molto lungo, come del resto era prevedibile alla luce della complessità dell'esercizio intrapreso, che dovrà anche in futuro essere seguito con attenzione.

Comunque, quel che è certo è che dalla suddetta bozza di accordo risulta che una delle questioni più problematiche è quella relativa alla definizione dei **rapporti tra la Corte di Strasburgo e la CGUE** e ciò appare evidente ove si consideri che, nella bozza stessa, si attribuisce alla Corte di Strasburgo la competenza a giudicare del rispetto della CEDU da parte dell'Unione e dei suoi organi, compresa la CGUE.

Ne risulta che perché l'eventuale adesione si realizzi nel modo migliore – ossia senza un aumento delle discordie non produttivo di benefici effetti – è necessario anche un **maggiore coordinamento tra l'attività delle due Corti europee e quella delle Corti costituzionali nazionali**, così come è necessario che i rapporti tra le Corti costituzionali europee si intensifichino ulteriormente; esigenza che, del resto, si avverte ormai da qualche anno.

Tra le Corti costituzionali europee la nostra è una delle più antiche e prestigiose, sicché non deve stupire se essa è stata una delle prime a porsi il problema di **tratteggiare** – con una certa chiarezza anche se non in modo definitivo – i rapporti tra la giurisprudenza propria (e il proprio ruolo) e quelle delle due suddette Corti europee.

Ciò è avvenuto, da un lato, con la copiosa giurisprudenza riguardante i rapporti con la Corte di Strasburgo (che ha avuto inizio con le sentenze “gemelle” n. 348 e n. 349 del 2007) e, dall’altro, intensificando il dialogo con la Corte di Lussemburgo, attraverso la utilizzazione diretta del rinvio pregiudiziale di cui all’art. 267 TFUE, prima in sede di giudizio di costituzionalità in via principale (**ordinanza n.103 del 2008**)²⁰ e poi anche in sede di giudizio di costituzionalità in via incidentale (**ordinanza n. 207 del 2013**).

12.– Il diverso modo di operare dei vari Giudici nazionali e/o europei

Da quel che si è detto, risulta in modo evidente che le situazioni in cui si possono verificare combinazioni tra diritto interno, internazionale e comunitario sono molto frequenti nell’ambito delle discriminazioni, così come sono in aumento le occasioni di interrelazione tra diritto UE e CEDU.

Alla maggiore frequenza di tale ultima evenienza hanno contribuito, da un lato, l’emanazione della Carta dei diritti fondamentali UE (cui il Trattato di Lisbona ha attribuito lo stesso valore dei Trattati) e, dall’altro, la maggiore sensibilità mostrata dalla Corte EDU ad occuparsi anche delle violazioni dei diritti socio-economici, non rientranti direttamente nella Convenzione, ma contemplati nella Carta Sociale Europea Riveduta.

Va, però, osservato che il modus operandi delle Corti di Strasburgo e Lussemburgo resta molto diverso, infatti:

a) resta tuttora valida l’impostazione secondo cui, nell’ambito del sistema del Consiglio d’Europa, la Convenzione e quindi la Corte EDU sono dirette a tutelare principalmente il carattere della Carta come diretta a tutelare principalmente situazioni di **particolare gravità**, quali sono normalmente quelle che si collegano a violazioni di diritti umani, mentre sono la Carta Sociale e il Comitato ad essere diretti ad avere il compito di tutelare i diritti propri di tutti gli individui **“nella loro vita quotidiana”**, in cui rientra anche quello di rendere più efficace la tutela del principio di uguaglianza, al fine precipuo di colpire qualunque tipo di **discriminazione**.

b) la CEDU, infatti, non contiene alcuna norma diretta a tutelare i diritti connessi alla “sicurezza sociale”²¹ e, per quel che riguarda i diritti dei lavoratori, prende in considerazione solo i diritti sindacali (**art. 11**) e, **nell’art. 4**, le condizioni lavorative estreme del “lavoro forzato o obbligatorio o coatto”, ipotesi per le quali la Corte, con consolidato indirizzo, afferma la sussistenza di uno specifico obbligo positivo in capo agli Stati membri di incriminare e perseguire

²⁰ Per alcuni commenti vedi: S. BARTOLE, *Pregiudiziale comunitaria ed “integrazione” di ordinamenti*, www.forumcostituzionale.it; A. COSSIRI, *La prima volta della Corte costituzionale a Lussemburgo. Dialogo diretto tra Corti, costituzionale e di giustizia, ma nei soli giudizi in via principale*, ivi; M. CARTABIA, *La Corte costituzionale e la Corte di giustizia: atto primo*, in *Giur. cost.* 2008, 1312; F. SORRENTINO, *Svolta della Corte sul rinvio pregiudiziale: le decisioni 102 e 103 del 2008*, ivi, 2008, 1288; L. PESOLE, *La Corte costituzionale ricorre per la prima volta al rinvio pregiudiziale. Spunti di riflessione sull’ordinanza n. 103 del 2008*, in www.federalismi.it; I. SPIGNO, *La Corte costituzionale e la vexata quaestio del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, in www.osservatoriosullefonti.it, n. 2, 2008.

²¹ Con questa espressione, in ambito UE e CEDU, ci si riferisce alle indennità e prestazioni volte a tutelare tutte le fondamentali condizioni di bisogno degli individui, superando la distinzione tra previdenza sociale (finanziata dai contributi) e assistenza sociale ivi compresa quella sanitaria (finanziata dalla fiscalità generale), attualmente esistente in molti Stati UE, come l’Italia.

effettivamente ogni atto diretto a mantenere una persona in uno stato di schiavitù, servitù o lavoro forzato o coatto²².

c) nonostante la suddetta impostazione, va tuttavia osservato che, fin da epoca remota²³, la Corte EDU si è mostrata aperta ad una **lettura “socialmente orientata” della Convenzione**, precisando che, anche se la migliore realizzazione dei diritti sociali ed economici è condizionata dalla situazione – specialmente finanziaria – dei singoli Stati, comunque la Convenzione deve essere interpretata tenendo conto delle condizioni del momento in cui viene emessa la decisione. Pertanto, sebbene essa enunci essenzialmente diritti civili e politici, molti di questi hanno delle implicazioni di natura economica o sociale e «nessuna barriera impermeabile separa i diritti socio-economici dall’ambito coperto dalla Convenzione»;

d) il cammino così intrapreso, nel corso degli anni, ha avuto significativi sviluppi che hanno portato la Corte EDU ad emanare una **corposa giurisprudenza** in materia di lavoro e sicurezza sociale – spesso di grande impatto, anche economico, sugli ordinamenti nazionali – ma non sulla base di norme della Convenzione direttamente volte a tutelare le principali prerogative del lavoro e della sicurezza sociale²⁴, bensì attraverso norme della Convenzione utilizzate, in un certo senso, come “esche” per colpire, di volta in volta, per il tramite della rilevata violazione della disposizione convenzionale, le più disparate situazioni di mancato riconoscimento di diritti sociali ed economici²⁵.

e) con il manifestarsi della **crisi economico-finanziaria** che ha colpito l’Europa la giurisprudenza della Corte nel suddetto ambito si è implementata sul rilievo secondo cui un gran numero di diritti civili e politici garantiti dalla Convenzione ha delle ripercussioni di ordine economico o sociale, spesso molto incisive per gli interessati, che quindi non possono essere ignorate, pertanto, in alcuni casi, la giurisprudenza della Corte ha fatto direttamente riferimento alle conseguenze della crisi economica.

Resta il fatto, che il costante incremento delle pronunce della Corte di Strasburgo che si è registrato in materia di tutela dei diritti sociali e/o economici, in linea con il **carattere “dinamico”** che ne caratterizza la giurisprudenza, non è scevro da **criticità**, derivanti sia dal fatto che essa interviene in ambiti nei quali va riconosciuta alle autorità degli **Stati membri** la discrezionalità necessaria ad operare le opportune operazioni di bilanciamento degli interessi in gioco, spesso di natura costituzionale, sia dal carattere del **tutto a-sistematico** di tale giurisprudenza che esalta, inevitabilmente la natura “casistica” delle decisioni della Corte, proprio perché, nei singoli casi, vengono esaminate situazioni sostanziali tra loro molto diverse, per il tramite dell’applicazione

²² Vedi, per tutte: le sentenze *C.N. c. Regno Unito* del 13 novembre 2012 e *Roda Bonfatti c. Italia* del 21 novembre 2006 nonché le altre richiamate sopra nel Capitolo II, Sezione II, specificamente dedicata all’argomento).

²³ Il precedente più noto è la sentenza *Airey c. Irlanda*, del 9 ottobre 1979

²⁴ Come, ad esempio, accade, in ambito UE, con la Carta dei diritti fondamentali UE ex Carta di Nizza e con le numerose direttive che si occupano di tali diritti.

²⁵ Questo modo di operare che, a prima vista, può sembrare piuttosto inconsueto trova la sua base nell’art. 32 della Convenzione stessa, secondo cui “la competenza della Corte si estende a tutte le questioni riguardanti l’interpretazione e l’applicazione della Convenzione e dei suoi Protocolli” ed è alla stessa Corte che spetta di decidere sulle contestazioni sulla sua competenza.

delle norme della Convenzione considerate dalla Corte pertinenti, le quali, però, tranne che per l'art. 11, non contengono alcun riferimento espresso ai diritti socio-economici.

Va anche aggiunto che, in questo ambito, i riferimenti, da parte della Corte EDU alla UE sono molto più frequenti di un tempo.

Basta pensare che, specialmente con riferimento alle **sentenze “pilota” o “quasi pilota”** – che hanno una incidenza di sistema e non solo su un singolo caso – la Corte di Strasburgo si è anche posta il problema delle ricadute della crisi economica sulla capacità degli Stati sia di corrispondere il risarcimento in caso di violazioni riconosciute, sia di assumere i necessari rimedi in caso di violazioni strutturali o sistematiche, ricordando che è allo studio della Corte di giustizia UE la **compatibilità con la attuale crisi economica** del sistema di pagamento di quanto dovuto in un'unica soluzione da parte di uno Stato membro colpito da una procedura di infrazione (vedi: caso Commissione Europea c. Irlanda del 19 dicembre 2012)²⁶.

D'altra parte, come si è detto il **raccordo tra le Corti di Strasburgo e Lussemburgo** si riscontra anche in altre situazioni. Come per esempio quella della condanna da parte della Corte di Strasburgo della mancanza di adeguata motivazione del rigetto di una richiesta di rinvio pregiudiziale alla CGUE, effettuata da un giudice di ultima istanza²⁷.

D'altra parte, anche la CGUE sempre più frequentemente, da quando è in vigore la **Carta UE**, fa riferimento alla sue disposizioni e, quindi, ai diritti fondamentali, anche con una comprensibile prudenza.

Come è accaduto, per esempio, nella recente **sentenza 11 novembre 2014, C-333/13, Elisabeta Dano e Florin Dano**, nella quale la Corte, trovandosi ad esaminare un caso di c.d. **turismo sociale endo-UE**:

a) ha affermato, fra l'altro, il principio secondo cui l'articolo 24, paragrafo 1, della direttiva 2004/38/CE, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE, in combinato disposto con l'articolo 7, paragrafo 1, lettera b), della direttiva stessa, e l'articolo 4 del regolamento n. 883/2004, quale modificato dal regolamento n. 1244/2010, devono essere interpretati nel senso che non ostano alla normativa di uno Stato membro (nella specie: Germania) in forza della quale cittadini di altri Stati membri (nella specie: rumeni) sono esclusi dal beneficio di talune **«prestazioni speciali in denaro di carattere non contributivo»** ai sensi dell'articolo 70, paragrafo 2, del regolamento n. 883/2004, mentre tali prestazioni sono garantite ai cittadini dello Stato membro ospitante che si trovano nella medesima situazione, allorché tali cittadini di altri Stati membri non godono di un diritto di soggiorno in forza della direttiva 2004/38 nello Stato membro ospitante;

²⁶ Intervento del Giudice della Corte Julia Laffranque effettuato in occasione della cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario 2013 della Corte EDU.

²⁷ Caso Dhabbi c. Italia dell'8 aprile 2014, sul quale vedi retro.

b) si è dichiarata **incompetente a pronunciarsi sulla questione, proposta dal giudice del rinvio, relativa a stabilire se gli articoli 1, 20 e 51 della Carta UE** vadano interpretati nel senso che impongono agli Stati membri di concedere ai cittadini dell'Unione prestazioni assicurative di base in denaro di carattere non contributivo tali da consentire un soggiorno permanente o che tali Stati possono limitare tale concessione alla messa a disposizione dei mezzi necessari per il rientro nello Stato di origine.

A tale ultimo riguardo la CGUE ha, infatti, osservato che:

a) nell'ambito di un rinvio pregiudiziale ai sensi dell'articolo 267 TFUE, la Corte può interpretare il **diritto dell'Unione** unicamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite (vedi, segnatamente, sentenza Betriu Montull, C-5/12, punto 68 e giurisprudenza ivi richiamata);

b) al riguardo, **l'articolo 51, paragrafo 1, della Carta** prevede che le disposizioni della medesima si applicano «agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione»;

c) ai sensi dell'**articolo 6, paragrafo 1, TUE**, le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione come definite nei trattati. Del pari, ai sensi dell'articolo 51, paragrafo 2, della Carta, essa non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei trattati (vedi sentenza Åkerberg Fransson, C-617/10, punti 17 e 23, nonché ordinanza Nagy, da C-488/12 a C-491/12 e C-526/12 (riunite), punto 15).

d) pertanto, occorre rilevare che, al punto 41 della sentenza Brey, la Corte ha confermato che l'articolo 70 del regolamento n.883/2004, che definisce la nozione di **«prestazioni speciali in denaro di carattere non contributivo»** non ha lo scopo di stabilire le condizioni sostanziali per l'esistenza del diritto a dette prestazioni. Spetta quindi al legislatore di ogni Stato membro determinare tali condizioni;

e) atteso che tali condizioni non risultano né dal regolamento n. 883/2004 né dalla direttiva 2004/38 o da altri atti di diritto derivato dell'Unione e che gli Stati membri sono quindi competenti a fissare le condizioni di concessione di dette prestazioni, essi sono altrettanto competenti, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 146 delle conclusioni, quanto alla definizione della **portata della copertura sociale assicurata** da tale tipo di prestazioni;

f) conseguentemente, nel fissare le condizioni e la portata della concessione delle prestazioni speciali in denaro di carattere non contributivo, gli Stati membri **non attuano il diritto dell'Unione**, di qui l'incompetenza della Corte a rispondere alla suddetto quesito.

Va, peraltro, sottolineato che, proprio nella materia delle **discriminazioni**, la CGUE attribuisce alla Carta UE un valore particolarmente pregnante, ma sempre che non vi siano norme contenute in una direttiva che tutelino lo stesso diritto contemplato dalla Carta, perché, in questo caso la CGUE applica la direttiva.

Ciò risulta in modo evidente dalla recente **sentenza 13 novembre 2014, Mario Vital Pérez**, C- 416/13, nella quale la CGUE, dovendo esaminare una richiesta di rinvio pregiudiziale relativa ad

un caso di discriminazione per età, denunciato dal giudice spagnolo con riferimento sia all'art. 21 della Carta, sia delle disposizioni della direttiva 2000/78, ha affermato che:

1) nella propria giurisprudenza è stata riconosciuta l'esistenza di un principio di non **discriminazione in base all'età**, da considerare come un principio generale del diritto dell'Unione e cui la direttiva 2000/78 dà espressione concreta in materia di occupazione e di condizioni di lavoro (sentenze *Küçükdeveci*, C-555/07, punto 21, nonché *Prigge e a.*, C-447/09, punto 38);

2) conseguentemente, essendo, nella specie, la Corte investita di una questione pregiudiziale vertente sull'interpretazione del principio generale di non discriminazione in base all'età, quale sancito dall'articolo 21 della Carta, nonché dalle disposizioni della direttiva 2000/78, nel contesto di una controversia tra un singolo e un'amministrazione pubblica, la Corte esamina la questione **unicamente alla luce della menzionata direttiva** (v., in tal senso, sentenza *Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt*, C-132/11, punti da 21 a 23).

Su queste basi – e dopo aver precisato che lo Stato spagnolo, nella fattispecie, ha superato i limiti **dell'ampio margine di discrezionalità** riconosciuto agli Stati membri nella scelta delle misure atte a realizzare i loro obiettivi in materia di politica sociale e di occupazione in quanto tale margine discrezionale non può avere l'effetto di svuotare della sua sostanza l'attuazione del principio di non discriminazione in ragione dell'età (sentenze *Age Concern England*, C-388/07, punto 51, e *Ingeniørforeningen i Danmark*, C-499/08, punto 33) – la CGUE ha affermato la contrarietà agli articoli 2, paragrafo 2, 4, paragrafo 1, e 6, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 2000/78/CE di una normativa nazionale, come quella in discussione nel procedimento principale, che fissa a 30 anni l'età massima per l'assunzione degli agenti della polizia locale.

Ovviamente, ancora diverso è il modo di operare della Corte costituzionale e dei Giudici nazionali, come vedremo più avanti.

12.1.- La Corte di Strasburgo

Rientrano a pieno titolo tra le questioni di grande rilevanza l'attività politica e del Consiglio d'Europa e le pronunce della Corte EDU in materia di violenza domestica, nei confronti delle donne e dei bambini, in senso ampio.

Si tratta, come è evidente, di tema assai delicato e di grande attualità e comprende anche la individuazione e la valutazione degli strumenti giuridici utilizzabili offerti dagli ordinamenti nazionali al fine di tutelare l'integrità fisica e psichica, oltre che la vita, di tutte coloro che denunciano delle violenze subite in ambito familiare.

Tra le numerose pronunce mi limito a menzionare la importante **sentenza del 9 giugno 2009, nel caso Opuz c. Turchia**, nella quale la Corte ha precisato (§ 132) che: “la violenza domestica è un fenomeno che può assumere varie forme – aggressioni fisiche, violenze psicologiche, insulti – (...). Si tratta di un problema generale comune a tutti gli Stati membri, che non sempre emerge in quanto si verifica spesso nell'ambito di rapporti personali o in ambienti ristretti, e non riguarda esclusivamente le donne. Anche gli uomini possono essere oggetto di violenze domestiche, così come i bambini, che spesso ne sono direttamente o indirettamente vittime”.

In molti di questi casi la Corte ha concluso per la violazione dell'articolo 3 (proibizione di trattamenti inumani o degradanti) della CEDU, derivante dall'insufficienza degli strumenti giuridici posti a disposizione delle vittime, dopo le denunce aventi ad oggetto atti di violenza domestica (vedi, per tutte: sentenza 29 marzo 2013, Valiulienė c. Lituania, relativa ad un caso in cui una donna vittima di violenza domestica rimproverava alle autorità lituane di avere omesso di indagare a seguito delle sue denunce di maltrattamenti e di non avere proceduto nei confronti del suo ex compagno).

Proprio con riguardo al fenomeno considerato nelle suddette sentenze, una importante iniziativa nata nell'ambito del Consiglio di Europa è stata anche la **Convenzione di Istanbul, aperta alla firma l'11 maggio del 2011**, sulla prevenzione e la lotta contro la violenza sulle donne e la violenza domestica, ratificata e resa esecutiva in Italia dalla legge 27 giugno 2013, n. 77. Essa costituisce, al momento, il trattato internazionale di più ampia portata per affrontare questo orribile fenomeno e ha, fra i suoi obiettivi, anche quello di promuovere l'eliminazione delle discriminazioni per raggiungere una maggiore uguaglianza tra donne e uomini.

Inoltre la Convenzione di Istanbul, al pari della **Convenzione di Lanzarote** per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale (ratificata e resa esecutiva con legge 1° ottobre 2012, n. 172) include le mutilazioni genitali femminili (dette: MGF) tra le violenze che costituiscono una grave violazione dei diritti umani delle donne e delle ragazze e il principale ostacolo al raggiungimento della parità tra i sessi. Cosa che, peraltro, trova riscontro in alcune sentenze precedenti l'entrata in vigore delle suindicate Convenzioni della nostra giurisprudenza di merito (Corte d'Appello di Roma, 2 luglio 2012, n. 3854; Corte d'appello Catania, 27 novembre 2012 e Tribunale Cagliari, ordinanza emessa il 3 aprile 2013) nonché in due importanti sentenze di dicembre 2012 del Conseil d'Etat del dicembre scorso (Conseil d'Etat, Assemblée, 21 dicembre 2012, Mme Fofana n. 332491 e n. 332492). In tali sentenze, infatti, è stato affermato che le MGF costituiscono atti di persecuzione per motivi di appartenenza ad un determinato gruppo sociale e che, se è accertato che tali atti siano specificamente riferibili alla persona della richiedente, costituiscono il presupposto per il riconoscimento dello status di rifugiato ai sensi e per gli effetti della normativa UE, recepita dall'ordinamento nazionale.

Va anche sottolineato che, in occasione della firma, il vice-Segretario Generale del Consiglio d'Europa ha precisato che **l'Italia ha molto contribuito alla elaborazione del testo della Convenzione di Istanbul** ed ha aggiunto che tale Convenzione può essere ratificata anche da Paesi non europei come quelli della politica di vicinato (Algeria, Armenia, Azerbaigian, Bielorussia, Egitto, Georgia, Israele, Giordania, Libano, Libia, Moldova, Marocco, Autorità palestinese, Siria, Tunisia e Ucraina, mentre le relazioni con la Russia, sono disciplinate da un partenariato strategico distinto, benché si tratti di un Paese limitrofo all'Europa).

Va, inoltre, ricordato che, sempre sul fronte del Consiglio d'Europa, non sono mancate **specifiche iniziative in materia di tutela delle donne dalle discriminazioni**, le quali si sono, in particolare, concentrate sulle discriminazioni contro le **donne musulmane in Europa**, onde offrire loro pari opportunità (vedi Risoluzione 1887/2012 del Parlamento del Consiglio d'Europa).

Comunque, in Italia, in Europa e nel mondo, purtroppo, le discriminazioni continuano ad essere praticate moltissimo.

E una forma di discriminazione molto diffusa è quella **culturale** che si manifesta in forma diffusa nei confronti delle donne e dei giovani.

Basta ricordare il raid – dai contorni non ancora chiari – di **Boko haram** nella scuola nigeriana nella scuola di Chibok in cui a metà aprile scorso sono state rapite oltre 240 ragazze per impedire loro di acquisire una istruzione “occidentale” – Boko haram, significa proprio istruzione occidentale vietata – e per poi ridurle in schiavitù e vederle a pochi euro ciascuna.

Ma, anche senza andare troppo lontano, è sufficiente avere presente che le discriminazioni possono verificarsi anche dove meno ce lo possiamo aspettare.

Così, per esempio, basta ricordare che se da noi in Italia alle donne è stato riconosciuto il **diritto di votare** alle elezioni politiche per la prima volta in occasione del Referendum istituzionale monarchia-repubblica del 2 giugno 1946, in Svizzera il pieno diritto al voto, anche per le elezioni federali, è stato concesso alle donne soltanto il 7 Febbraio 1971.

Detto questo, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, in materia di discriminazioni, per le ragioni indicate prima, è molto copiosa ed è impossibile in questa sede darne conto.

Può solo dirsi che, in linea generale:

a) sono moltissime le pronunce che si occupano di discriminazioni in danno degli immigrati extra-UE, da i più vari punti di vista: tutela della salute, provvidenze di assistenza sociale etc.;

b) nel diritto antidiscriminatorio, in senso ampio, possono farsi rientrare anche le pronunce che si sono occupate del sovraffollamento carcerario, come, ad esempio, la famosa sentenza Torregiani, visto che, specialmente nel nostro Paese, i detenuti hanno condizioni di vita inumane e spesso molti di loro sono immigrati;

c) sempre in questo ambito possono includersi i diversi provvedimenti, non solo giurisdizionali ma anche del CPT, sulle condizioni di vita nei Centri per stranieri, così come sul trattamento dei migranti minorenni non accompagnati;

d) quanto ai diritti sociali ed economici, in cui rientrano anche le provvidenze di assistenza sociale, va considerato che l’apertura della Corte EDU verso tali diritti si fonda principalmente sulla interpretazione estensiva della nozione di “bene” di cui all’art. 1 Protocollo n. 1, che spesso viene letto in combinato disposto con il principio di non discriminazione sancito nell’art. 14. Da tale combinazione si desume la contrarietà alla Convenzione del rifiuto di fornire le prestazioni di sicurezza sociale, se esistenti nell’ordinamento nazionale, per motivi legati al sesso, alla etnia, al colore, alla lingua, alla religione, alle opinioni politiche o di altro genere, all’origine nazionale o sociale, all’appartenenza a una minoranza nazionale, alla ricchezza, alla nascita o a ogni altra condizione. Resta salvo, però, che perché una differenza di trattamento, anche in materia di prestazioni sociali, non sia discriminatoria è necessario che essa abbia una giustificazione oggettiva

e ragionevole, il significa che essa deve perseguire uno scopo legittimo o comunque deve essere tale per cui vi sia un ragionevole rapporto di proporzionalità tra l'obiettivo che ci si è prefissi e le modalità impiegate per raggiungerlo;

e) un altro importante filone del diritto antidiscriminatorio, come inteso dalla Corte di Strasburgo, è quello che fa riferimento alla combinazione tra l'art. 14 e l'art. 6 della CEDU, con riguardo al diritto ad un ricorso effettivo e, quindi, al giusto processo. Non va, del resto, dimenticato che la sostituzione dell'art. 111 Cost., effettuata quindici anni fa, è stata determinata proprio dalla necessità di adeguare la nostra Costituzione all'art. 6 della Convenzione. Per avere una idea di tale giurisprudenza si può ricordare la sentenza *Garcia Mateos c. Spagna* del 19 febbraio 2013, nella quale la Corte ha esaminato il caso di una dipendente di un supermercato che aveva chiesto di ridurre la giornata lavorativa per poter accudire il proprio figlio minorenne e avendo ottenuto una sentenza favorevole del Tribunale costituzionale nazionale (che aveva accertato la violazione del principio di non discriminazione in base al sesso), ugualmente non aveva avuto soddisfazione perché tale sentenza non era stata correttamente eseguita. La Corte ha ritenuto sussistente la violazione l'art. 6 paragrafo 1 in combinato disposto con l'art. 14 della Convenzione;

f) molti sono anche i campi di applicazione del combinato disposto degli artt. 8 e 14, così, ad esempio, nella sentenza *I.B. c. Grecia* del 3 ottobre 2013, la Corte ha considerato violate tali norme in un caso relativo al licenziamento di un impiegato disposto a causa della pressione esercitata sul datore di lavoro dagli altri dipendenti dell'azienda, la quale era stata determinata dal fatto che l'interessato era risultato portatore del virus da HIV, pur non avendo manifestato alcun sintomo della malattia. La Corte ha rilevato che, nella specie, i lavoratori erano stati correttamente informati dal medico del lavoro sull'assenza di rischi di contagio nell'ambito delle relazioni lavorative con il ricorrente ed ha ritenuto che l'interessato fosse stato discriminato a causa della sua sieropositività (vedi, *mutatis mutandis*, *Kiyutin c. Russia*, 10 marzo 2011);

g) nelle pronunce in cui la Corte EDU fa riferimento alla la violazione dell'art. 14 in combinazione con l'art. 11, viene affermata la responsabilità dello Stato per l'obbligo positivo di istituire un sistema giudiziario idoneo a garantire una protezione chiara ed efficace contro la discriminazione derivante dall'appartenenza o dalla non appartenenza ad un sindacato (vedi, per tutte: sentenza *Enerji Yapi-Yol Sen c. Turchia* del 21 aprile 2009);

h) non mancano, inoltre, pronunce in cui la Corte ha ravvisato la violazione dell'art. 14 in combinazione con l'art. 9 (libertà di pensiero, di coscienza e di religione) oppure con l'art. 10 (libertà di espressione). Si tratta di pronunce di grande rilevanza, come è intuibile.

12.2.- Recente giurisprudenza della Corte di giustizia UE.

Anche la giurisprudenza della CGUE in materia di discriminazioni è molto copiosa. Mi limito. Quindi, ad accennare ad alcune tra le pronunce più recenti.

Sempre con riguardo alla discriminazione per età, nell'importante **sentenza 19 gennaio 2010, Kucukdeveci, C-55/07**, la CGUE, in considerazione del collegamento con il TFUE e la Carta di Nizza 8ivi equiparata ai Trattati) ha stabilito — in un caso di **discriminazione basata sull'età, ma**

con affermazioni valide per qualsiasi tipo di discriminazione — che la normativa europea antidiscriminazione in materia di occupazione e condizioni di lavoro (in particolare **la direttiva 2000/78/CE**), pur mantenendo efficacia orizzontale, tuttavia essendo radicata su norme primarie UE, deve essere interpretata nel senso che il **giudice nazionale deve disapplicare**, se necessario, qualunque disposizione ad essa contraria contenuta nella normativa nazionale.

Peraltro, anche in precedenza, la Corte di giustizia ha mostrato di intendere le normative UE in senso garantista. Così nella **sentenza 10 luglio 2008, Feryn, C-54/07**, la Corte ha stabilito che la **pubblica dichiarazione di un datore di lavoro di non volere assumere** lavoratori di una certa origine etnica (nella specie: marocchini) o razziale configura una discriminazione diretta nell'assunzione ai sensi della **direttiva 2000/43/CE** perché si tratta di dichiarazione idonea ad ostacolare l'accesso al lavoro di alcuni soggetti in quanto li dissuade dall'avanzare la propria candidatura.

Pure di recente, la Corte di giustizia UE ha emesso importanti decisioni in materia di discriminazioni, tra le quali si possono ricordare:

1) la **sentenza 22 novembre 2012, C-385/11, Isabel Elbal Moreno**, nella quale la Corte ha ravvisato l'esistenza di una discriminazione indiretta basata sul sesso, in contrasto con L'articolo 4 della direttiva 79/7/CEE, relativa alla graduale attuazione del principio di parità di trattamento tra gli uomini e le donne in materia di sicurezza sociale, nella normativa di uno Stato membro (nella specie: Spagna) che esiga dai lavoratori a tempo parziale, costituiti in grande maggioranza da donne, rispetto ai lavoratori a tempo pieno, un periodo contributivo proporzionalmente maggiore ai fini dell'eventuale concessione di una pensione di vecchiaia di tipo contributivo il cui importo è proporzionalmente ridotto in funzione del loro tempo di lavoro;

2) la **sentenza 19 aprile 2012 C-415/10, Galina Meister c. Speech Design Carrier Systems GmbH**, emanata in sede di rinvio pregiudiziale effettuato in una controversia nella quale la ricorrente sosteneva di aver subito una discriminazione fondata sul sesso, sull'età e sull'origine etnica nel corso di una procedura di assunzione.

Nella sentenza è stato affermato che l'art. 8, paragrafo 1, della direttiva n. 2000/43CE (che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica), l'art. 10, paragrafo 1, della direttiva 2000/78/CE (che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro), e l'art. 19, paragrafo 1, della direttiva 2006/54/CE (riguardante l'attuazione del **principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego**), devono essere interpretati nel senso che non prevedono il diritto, in favore del lavoratore che affermi, in maniera plausibile, di soddisfare i requisiti contenuti in un annuncio di assunzione e la cui candidatura non sia stata accolta, di accedere alle informazioni che precisano se il datore di lavoro, a seguito della procedura di assunzione, abbia assunto un altro candidato. Non può tuttavia escludersi che il diniego di fornire qualunque accesso alle informazioni da parte di un convenuto possa costituire uno degli elementi da prendere in considerazione nell'ambito dell'accertamento dei fatti che consentono di presumere la sussistenza di una discriminazione diretta o indiretta. Spetta al

giudice del rinvio, valutando tutte le circostanze della controversia di cui è investito, verificare se tale sia il caso che ricorre nella causa principale;

3) la **sentenza della Grande Sezione 1° marzo 2011, nella causa C-236/09, Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL e altri c. Conseil des ministres**, emessa in sede di rinvio pregiudiziale da parte della Corte costituzionale belga, in merito alla legge nazionale che prevedeva la possibilità di usare calcoli attuariali differenziati per uomini e donne nella fornitura di prodotti assicurativi, ha dichiarato invalido con effetto alla data del 21 dicembre 2012 l'art. 5, n. 2, della direttiva n. 2004/113/CE, di attuazione del **principio della parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi** e alla loro fornitura, prevedente la possibilità di derogare al principio del divieto di utilizzazione di calcoli differenziati per i due sessi. Secondo la Corte la possibilità di deroga deve essere invece temporalmente limitata, e consentita conseguentemente solo fino all'indicato 21 dicembre 2012.

La decisione della Corte contribuirà considerevolmente **all'incremento delle prestazioni pensionistiche complementari** e private delle donne. Si stima infatti che l'utilizzo di calcoli attuariali differenziati per genere, tra breve non più ammessi determini, da solo, in ragione della più lunga aspettativa di vita, prestazioni pensionistiche delle donne inferiori del 30% rispetto a quelle percepite dagli uomini.

La sentenza è molto importante anche sul piano generale, perché la Corte ha dichiarato illegittima la deroga in quanto in contrasto con gli **artt. 21 e 23 della Carta di diritti fondamentali UE**, riconoscendo così la fondatezza dell'interpretazione che attribuisce alla Carta stessa quell'efficacia giuridica propria delle Carte costituzionali e tale da incidere sul diritto derivato comunitario.

La disposta limitazione al 2012 della possibilità di deroga impone al legislatore nazionale una **correzione del codice delle pari opportunità**, nel quale la possibilità di utilizzo di sistemi di calcolo attuariale differenziati per uomini e donne da parte dei servizi assicurativi (e quindi di tutte le forme pensionistiche private) è riconosciuta senza limiti di tempo. La norma ha importantissimi riflessi anche per quanto riguarda le prestazioni che dovranno essere erogate dai fondi previdenza complementare, sia quelli istituiti da banche e assicurazioni, sia quelli istituiti dalla contrattazione collettiva, che per l'erogazione delle prestazioni si avvalgono di convenzioni con banche e assicurazioni

Per tali ragioni, la **sentenza ha avuto moltissima risonanza ed è stata seguita dalla diffusione (nel febbraio 2012) di linee guida da parte della Commissione UE**, onde definire gli effetti della decisione sui contratti assicurativi.

12.3.– Giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di discriminazioni.

In questo ambito le sentenze della Corte costituzionale sono molto numerose e a volte molto incisive, del resto, come si è detto, il parametro di costituzionalità più frequentemente invocato è l'art. 3 Cost.

Per dare un'idea di tale giurisprudenza mi limiterò ad accennare d alcune significative sentenze riguardanti le discriminazioni subite dalle donne in diversi settori della vita sociale:

a) l'accesso e le condizioni di lavoro, anche con particolare riferimento al lavoro pubblico, alla luce del nuovo testo dell'art. 51 Cost. (vedi, per tutte: **sentenze n. 33 del 1960, n. 163 del 1993, n. 109 del 1993, n. 94 del 2011; ordinanza n. 39 del 2005**). Ta queste sentenze basta ricordare, per tutte, la sentenza n. 33 del 1960 (di cui quest'anno si celebra solennemente il cinquantesimo anniversario) con la quale la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della normativa che escludeva le donne da tutti gli uffici pubblici implicanti «l'esercizio di diritti e potestà politiche», facendo così cadere ogni preclusione all'accesso delle donne ai pubblici impieghi e consentendo, così, in progresso di tempo, anche l'ingresso delle donne in magistratura;

b) le relazioni familiari nonché le successioni per causa di morte e le donazioni (**sentenza n. 127 del 1968, n. 71 e n. 477 del 1987 nonché la sentenza n. 254 del 2006**). Va sottolineato che molte di queste sentenze sono servite da stimolo per l'approvazione dell'importante riforma del diritto di famiglia del 1975;

c) la tutela della maternità della donna lavoratrice (vedi, per tutte: **sentenze n. 116 del 2011 e n. 257 del 2012**) e della donna detenuta in carcere (**sentenza n. 350 del 2003**);

d) l'accesso delle donne alle cariche elettive (**sentenza n. 422 del 1995, n. 49 del 2003, n. 4 del 2010, *ivi***).

Molte di queste sentenze hanno adottato **soluzioni molto coraggiose ed avanzate**, che hanno determinato dei profondi cambiamenti nella struttura stessa della società, con significative "elevazioni" dello standard di tutela dei diritti delle donne in tutti i suddetti ambiti.

In particolare, sul fronte della pari rappresentanza politica, nazionale e regionale, molte sentenze della Corte costituzionale hanno consentito ai giudici amministrativi di intervenire sulle numerose violazioni riscontrate all'interno degli organi di governo degli enti territoriali, cioè delle Regioni e degli Enti locali (vedi, tra le più recenti, Cons. Stato sez. V, 21 giugno 2012, n. 3670).

12.4.– Giurisprudenza della Corte di cassazione in materia di discriminazioni di genere.

In ambito nazionale, la fattispecie discriminatoria maggiormente esaminata nella giurisprudenza civile (specialmente della Corte di cassazione) è quella riguardante **le discriminazioni di genere**, anche ma non solo con specifico riguardo agli extracomunitari.

Appare comunque opportuno illustrare, sia pure sinteticamente, alcune pronunce in quanto in molti casi i principi affermati possono avere applicazione generale.

Nell'ambito delle discriminazioni di genere quelle che hanno un certo spazio nella giurisprudenza della Corte di cassazione civile, in particolare con riguardo ai **requisiti fisici** richiesti per l'assunzione (vedi, per tutte: sentenze 13 novembre 2007, n. 23562, 12 gennaio 2012, n. 234) e dei Giudici amministrativi (fra le tante: Cons. Stato, sezione IV, 27 aprile 2012, n. 2472;

Cons. Stato, sez. IV, 26 giugno 2012, n. 3775; Id. sez. V, 6 marzo 2012, n. 1342; CGAR Sicilia, 15 aprile 2009, n. 225; TAR Piemonte, sez. II, 18 febbraio 2010, n. 983).

Altre sentenze della Corte di cassazione hanno esaminato **ulteriori fattispecie** di discriminazioni, fra queste si possono ricordare le seguenti:

- **Cass. 5 novembre 2012, n. 18927**, secondo cui se il lavoratore richiede il risarcimento del danno patito alla propria **integrità psico-fisica** in conseguenza di una pluralità di comportamenti del datore di lavoro e/o dei colleghi di lavoro di natura asseritamente vessatoria, il giudice del merito — pur nell'accertata insussistenza di un intento persecutorio idoneo a unificare tutti gli episodi addotti dall'interessato e quindi della configurabilità del **mobbing** — è tenuto a valutare se alcuni dei comportamenti denunciati — esaminati singolarmente, ma sempre in relazione agli altri — pur non essendo accomunati dal medesimo fine persecutorio, possano essere considerati vessatori e mortificanti per il lavoratore e, come tali, possano essere ascritti alla responsabilità del datore di lavoro che possa quindi essere chiamato a risponderne, ovviamente nei soli limiti dei danni a lui imputabili;

- **Cass., 8 agosto 2011, n. 17087**, che ha ritenuto che: “il *licenziamento per ritorsione*, diretta o indiretta — assimilabile a quello discriminatorio — costituisce l'ingiusta e arbitraria reazione ad un comportamento legittimo del lavoratore colpito o di altra persona ad esso legata e pertanto accomunata nella reazione, con conseguente nullità del licenziamento, quando il motivo ritorsivo sia stato l'unico determinante e sempre che il lavoratore ne abbia fornito **prova, anche con presunzioni**”. Pertanto, la sentenza di merito impugnata è stata cassata dalla Corte, che ha considerato ritorsivo il licenziamento disciplinare della figlia rispetto alle rivendicazioni del padre, dipendente della medesima impresa e al successivo contenzioso insorto. (nello stesso senso: **Cass., 18 marzo 2011, n. 6282**);

- **Cass., 20 dicembre 2005, n. 28147**, nella quale si è sottolineato che un criterio adottato per la **progressione in carriera** può considerarsi discriminatorio solo se è di per sé e senza utilità per il processo produttivo idoneo a svantaggiare in modo proporzionalmente maggiore i lavoratori dell'uno o dell'altro sesso. Sicché è stata confermata la sentenza di merito che aveva escluso la configurabilità di una discriminazione a carico del personale di sesso femminile dipendente di un'azienda elettronica, per effetto della richiesta come titolo preferenziale per la progressione in carriera del diploma di tecnico industriale, non solo conseguibile senza preclusioni di sesso, anche se maggiormente diffuso tra gli uomini, ma anche da considerare essenziale per lo svolgimento del processo produttivo in un settore, quale quello elettronico, che richiede alta specializzazione;

- **Cass., 26 maggio 2004 n. 10179**, ove è stato affermato che “il divieto oggettivo di discriminazione dei lavoratori, per ragioni collegate all'appartenenza ad un determinato sesso, opera sicuramente anche nei **rapporti di lavoro autonomo**, sulla base della Costituzione, dei principi generali dell'ordinamento e, in particolare, delle regole poste dal diritto comunitario;

- **Cass., 3 febbraio 1995, n. 1271**, che ha precisato che “in base all'art. 5 della direttiva comunitaria 9 febbraio 1976 76/207/CEE del Consiglio (che ha formato oggetto di interpretazione pregiudiziale della Corte di giustizia, con la sentenza 25 luglio 1991), il principio di uguaglianza

applicato alle condizioni di lavoro implica che vengano assicurate agli uomini e alle donne le stesse condizioni, senza alcuna discriminazione fondata sul sesso (senza, però, che la direttiva sia di ostacolo alla **protezione della donna**, specialmente per quanto riguarda la gravidanza e la maternità, come precisato dall'art. 2, paragrafo 3). Conseguentemente è in contrasto con la citata direttiva, e come tale va disapplicata, la norma posta dall'art. 5 della legge 9 dicembre 1977 n. 903, che (sia pure con riferimento alle sole aziende manifatturiere anche artigianali e con talune esclusioni) enuncia un principio generale di esclusione delle donne dal lavoro notturno”;

• **Cass., 28 marzo 1980, n. 2054**, secondo cui “in presenza di un atto del datore di lavoro che determini una difformità di trattamento fra lavoratori, ove tale trattamento sia deteriore nei confronti delle lavoratrici, l'indagine del giudice del merito deve essere diretta ad accertare se la considerazione dell'elemento del sesso abbia realmente svolto nell'animo del datore di lavoro un ruolo decisivo, al fine di valutare i motivi dello atto medesimo, con la conseguenza che — ove si accerti la sussistenza di tale **motivo discriminatorio** — deve essere riconosciuta la nullità di tutti quegli atti che il datore di lavoro abbia posto in essere con lo scopo pratico di discriminare la lavoratrice in quanto tale”.

Per avere contezza dell'**attualità del tema delle discriminazioni**, si può ricordare anche che, a conclusione dei lavori della Conferenza sulle politiche a sostegno della creazione di lavoro nella UE, dal titolo *Jobs for Europe*, organizzata il 6 e il 7 settembre 2012 dalla Commissione UE, **il Commissario László Andor**, ha sottolineato che il “continuo peggioramento della situazione del lavoro” è “la maggiore preoccupazione” in una Europa in cui “116 milioni di persone sono a rischio di povertà” e ha aggiunto che, oltre all'aumento della disoccupazione (arrivata all'11,2% nell'eurozona), “il lavoro è diventato anche più precario”. E questa situazione ricade molto **sui giovani e sulle donne**, di ogni nazionalità.

13.– Giurisprudenza nazionale in materia di discriminazioni ai danni di extracomunitari e apolidi nel mondo del lavoro. Cenni.

Per quanto riguarda, specificamente, extracomunitari e apolidi si deve, in primo luogo, sottolineare che il nostro legislatore mostra di considerare — in accordo con la UE — i suddetti stranieri come **categorie fortemente a “rischio discriminazione”**, tanto da richiamare il t.u. dell'immigrazione nelle premesse di tutti i decreti legislativi attuativi di direttive antidiscriminazione degli ultimi anni, sopra menzionate.

Ciò detto, va anche tenuto presente che uno dei fattori di discriminazione più sentiti dagli stranieri, nel nostro Paese, è quello dell'**accesso al lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni**, ovviamente in riferimento all'accesso ai posti di lavoro «che non implicano esercizio diretto o indiretto di pubblici poteri, ovvero non attengono alla tutela dell'interesse nazionale», in analogia con quanto dispone il citato art. 38 d.lgs. n. 165 del 2001 per i cittadini degli Stati membri dell'Unione europea.

La questione è stata oggetto di un **vivace dibattito nella giurisprudenza nazionale**, perché, a fronte di alcune aperture della giurisprudenza della **Corte costituzionale e dei giudici di merito, il Consiglio di Stato**, sia in sede consultiva sia in sede giurisdizionale (v., in particolare, il **parere n.**

2592 del 2003) e la **Corte di cassazione nella sentenza 13 novembre 2006, n. 24170** si erano espressi nel senso di non ritenere illegittima e/o discriminatoria l'esclusione degli stranieri extracomunitari dall'accesso al lavoro pubblico, pur se privatizzato.

In particolare, la **Corte costituzionale**, fin da epoca risalente, con la **sentenza n. 249 del 1995**, aveva affermato — con riguardo alla fase del rapporto e non anche a quella dell'aspettativa occupazionale — che grazie al principio di parità si dovevano applicare agli extracomunitari anche i principi derivanti dalla legislazione comunitaria. Così la Corte riteneva che parità ed eguaglianza di diritti trovassero immediata applicazione nell'ordinamento, non essendo necessaria una norma specifica che affermasse il diritto del lavoratore extracomunitario a godere di singoli diritti, in quanto la garanzia legislativa già di per sé equiparava gli extracomunitari ai cittadini.

Inoltre, nella importante **sentenza n. 454 del 1998** nella quale la stessa Corte ha affermato che anche in assenza di una specifica disposizione sul punto una interpretazione costituzionalmente corretta della normativa nazionale deve portare al riconoscimento della spettanza ai lavoratori extracomunitari, aventi titolo per accedere al lavoro subordinato stabile in Italia, ad avere condizioni di parità con i cittadini, con riguardo anche alle prestazioni assistenziali.

Infatti, nell'ambito della nostra legislazione in materia «non solo [...] **lo straniero regolarmente soggiornante gode in linea di principio dei “diritti in materia civile attribuiti al cittadino italiano”** (art. 2, comma 2, del testo unico n. 286 del 1998), ma gli stranieri titolari di carta di soggiorno o di permesso di soggiorno di durata non inferiore ad un anno “sono **equiparati ai cittadini italiani ai fini della fruizione delle provvidenze e delle prestazioni, anche economiche, di assistenza sociale**, incluse quelle previste”, fra l'altro, “per gli invalidi civili” (art. 41 del testo unico n. 286 del 1998), e, più in generale, gli stranieri aventi stabile dimora nel territorio nazionale sono tra i soggetti cui si applica la legge contenente i principi dell'ordinamento in materia di diritti e assistenza delle persone handicappate (art. 3, comma 4, della legge 5 febbraio 1992, n. 104)».

Invece, la **Corte di cassazione**, con la suddetta **sentenza 13 novembre 2006, n. 24170**, aveva ritenuto che al possesso del requisito della cittadinanza italiana, richiesto per accedere al lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni si potesse fare eccezione soltanto per gli stranieri comunitari o per casi particolari espressamente previsti dal legislatore (come quello relativo agli infermieri professionali).

Peraltro, tale indirizzo è stato molto criticato **sia in dottrina sia da parte dei giudici di merito** che si sono, via via, espressi in senso contrario.

D'altra parte, mentre in ambito nazionale si sviluppava il suddetto dibattito, la Commissione europea, nell'ambito della **procedura di pre-contenzioso EU-Pilot 2368/11**, ha chiesto chiarimenti alle autorità italiane circa la conformità della normativa italiana in materia di **accesso ai posti di lavoro presso le amministrazioni pubbliche** rispetto alla direttiva 2003/109/CE relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo, e alla direttiva 2004/83/CE recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di

rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta.

In particolare gli addebiti riguardavano il suddetto d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche), nella parte relativa al **divieto per i cittadini stranieri dell'accesso ai posti di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche** (eccezion fatta per i cittadini dell'Unione europea). Inoltre la Commissione sottolineava, altresì, che, pur consentendo, l'articolo 25, comma 2, del d.lgs. 19 novembre 2007, n. 251, al titolare dello status di rifugiato l'accesso al pubblico impiego, con le modalità e le limitazioni previste per i cittadini dell'Unione europea, tuttavia le competenti autorità amministrative non avevano emanato ancora le necessarie disposizioni di attuazione.

Con riferimento alle disposizioni del diritto dell'Unione europea considerate violate, la **Commissione** precisava che secondo la corretta interpretazione del combinato disposto dei commi 1, lettera a), e 3, lettera a) dell'articolo 11 della direttiva 2003/109/CE al soggiornante di lungo periodo deve essere garantito lo stesso accesso al pubblico impiego riconosciuto ai cittadini dello Stato interessato salvo nel caso di:

- attività che implicino la partecipazione all'esercizio di pubblici poteri, anche in via occasionale;

- attività che la legislazione nazionale o la normativa dell'Unione riservino espressamente ai cittadini dello Stato in questione, dell'Ue o del SEE, a condizione che tale normativa fosse vigente all'entrata in vigore della direttiva 2003/109/CE.

Analoghi rilievi la Commissione muoveva riguardo la compatibilità della normativa italiana in materia di accesso ai posti di lavoro presso le amministrazioni pubbliche rispetto all'articolo 26, paragrafi 1 e 3, della **"direttiva qualifiche"** 2004/83/CE in materia di protezione internazionale.

In sintesi, si sottolineava come le indicate disposizioni UE – per la parte che riguarda la normativa italiana contestata – obbligano gli Stati membri ad autorizzare i beneficiari dello status di **rifugiato e i beneficiari dello status di protezione sussidiaria** ad esercitare un'attività dipendente o autonoma nel rispetto della normativa generalmente applicabile agli impieghi nella pubblica amministrazione.

Secondo la Commissione da tali disposizioni, in particolare, si desume che:

- l'accesso al pubblico impiego da parte dei **rifugiati** dovrebbe essere reso possibile nella pratica, in particolare adottando le necessarie misure di attuazione della legislazione pertinente (non bastando a tal fine un semplice formale recepimento della direttiva citata);

- al beneficiario dello status di **protezione sussidiaria** dovrebbe essere garantito lo stesso accesso al pubblico impiego riconosciuto ai cittadini dello Stato interessato, salvo nel caso di attività che implichi partecipazione all'esercizio di poteri pubblici o attinenti alla tutela di interessi generali dello Stato, nonché nel caso di attività temporaneamente escluse in considerazione della situazione esistente sul mercato del lavoro dello Stato membro.

Simili addebiti alla normativa italiana, in materia di accesso al lavoro presso le amministrazioni pubbliche, erano stati già mossi dalla Commissione in riferimento alla condizione di cittadini di Stati terzi **familiari di cittadini dell'Unione** risiedenti in altro Stato membro **nella procedura EU Pilot n. 1769/11**.

Il Governo italiano – pur contestando la presunta incompatibilità delle disposizioni nazionali richiamate con la normativa europea citata – onde evitare l'apertura di una procedura di infrazione ha deciso di intervenire con l'**art. 7 della citata legge n. 97 del 2013** che ha modificato l'art. 38 del d.lgs. n. 165 del 2001, nel senso di estendere la possibilità di accesso al lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni:

a) ai familiari dei cittadini UE non aventi la cittadinanza di uno Stato membro che siano titolari del diritto di soggiorno o del diritto di soggiorno permanente;

b) ai cittadini di Paesi terzi che siano titolari del permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo o che siano titolari dello status di rifugiato ovvero dello status di protezione sussidiaria.

Peraltro, sono fatte salve, in ogni caso, le disposizioni di cui all'articolo 1 del d.P.R. 26 luglio 1976, n. 752, in materia di conoscenza della lingua italiana e di quella tedesca per le assunzioni al pubblico impiego nella provincia autonoma di Bolzano.

Inoltre è stata prevista l'applicabilità dell'articolo 25, comma 2, del d.lgs. n. 251 del 2007 – sempre per l'accesso al lavoro pubblico – anche in favore dei titolari dello status di protezione sussidiaria, in aggiunta ai rifugiati.

Di recente la stessa Corte di cassazione, richiamando la propria precedente sentenza n. 24170 del 2006, nella **sentenza 2 settembre 2014, n. 18523**, ha affermato la legittimità di un bando di concorso pubblico per l'assunzione di lavoratori disabili che riservi la partecipazione ai soli cittadini italiani e comunitari, in quanto applicativo del coordinato disposto della norma dell'art. 38 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (come modificato dall'art. 7, comma 1, lett. a) della legge 6 agosto 2013, n. 97) con le previsioni di cui all'art. 70, comma 13, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, e di cui all'art. 2 del d.P.R. 9 maggio 1994, n. 487, le quali complessivamente limitano l'accesso ai pubblici impieghi ai cittadini italiani, ai cittadini degli Stati membri dell'Unione europea - fatte salve le eccezioni di cui al DPCM 7 febbraio 1994, n. 174 - nonché alle categorie di cittadini extracomunitari espressamente indicate nell'art. 3 bis della legge n. 97 del 2013. Né l'esclusione degli altri stranieri non comunitari (nella specie: una cittadina albanese regolarmente soggiornante in Italia, invalida con totale e permanente inabilità lavorativa iscritta nell'elenco degli invalidi civili di cui all'art. 8 comma 2 della legge n. 68/99 dal 3 maggio 2005), dall'accesso al lavoro pubblico si pone in contrasto con i principi espressi dalla normativa sovranazionale, da quella costituzionale, dal T.U. delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero o dalla disciplina antidiscriminatoria dettata dal d.lgs. 9 luglio 2003, n. 215, in considerazione della particolarità e delicatezza della funzione svolta alle dipendenze della Stato.

Da ultimo, è interessante ricordare che, con **ordinanza 1 ottobre 2014, n. 20661** le Sezioni Unite della Corte di cassazione ha sollevato questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 2, 3 e 76 Cost., dell'art. 3, comma 1, del d.lgs. 5 aprile 2002, n. 77, nella parte in cui, prevedendo il requisito della cittadinanza italiana, esclude i cittadini stranieri regolarmente soggiornanti nello Stato italiano dalla possibilità di essere ammessi a prestare il servizio civile nazionale, così precludendo loro, con misura non proporzionata, né ragionevole, il pieno sviluppo della personalità nella comunità di accoglienza.

14.– Tanti problemi, ma pochi ricorsi giurisdizionali interni

Nonostante tutto questo apparato normativo e tutta l'attenzione dimostrata nelle sedi internazionali e sovranazionali, bisogna però constatare che, come si è detto, con riferimento all'accesso al lavoro, nella giurisprudenza amministrativa le controversie in materia di discriminazioni riguardano principalmente discriminazioni di genere.

Mentre nella giurisprudenza della **Corte di cassazione civile** le sentenze in materia di discriminazioni, soprattutto con riferimento agli stranieri, non sono, per il momento, molto numerose.

Ciò sicuramente dipende dal fatto che il relativo *corpus* normativo nazionale si è perfezionato in tempi relativamente recenti, ma credo che sia dovuto anche ad una **scarsa sensibilità diffusa rispetto a queste tematiche**.

Dopo le **innovazioni introdotte dal d.lgs. n. 150 del 2011** al fine di razionalizzare la disciplina dei procedimenti in materia di discriminazione – precedentemente sparsa in una pluralità di fonti legislative prive di un adeguato coordinamento legislativo – è probabile che i procedimenti in materia aumenteranno e quindi, attraverso le risposte che verranno date in sede giudiziaria, si potrà **cercare di modificare “dal basso” ma in modo diffuso la attuale situazione**.

Si spera inoltre che **possa avere effetti positivi anche la legge Fornero 28 giugno 2012, n. 92**, che contiene specifiche disposizioni di tipo antidiscriminatorio, per le donne, per i giovani, gli anziani e in materia di licenziamenti.

Ed è altresì auspicabile che **venga attribuito il dovuto rilievo, nelle controversie, alla norma che disciplina l'onere della prova** e che stabilisce che “quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico relativi alle assunzioni, ai regimi retributivi, all'assegnazione di mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera ed ai licenziamenti, idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso, spetta al convenuto l'onere della prova sull'insussistenza della discriminazione”.

Si tratta, infatti, di una **norma di grande rilievo al fine di consentire di tutelare adeguatamente le diverse situazioni** e, al contempo, di evitare che possano essere intraprese iniziative pretestuose e di ciò è testimonianza il fatto che l'allora Comunità europea ha dedicato all'argomento una specifica direttiva, come abbiamo detto.

Si deve, però, amaramente rilevare che, **benché, per le differenze di genere, la norma sia vigente fin dall'entrata in vigore della legge 10 aprile 1991, n. 125, non sembra che essa abbia avuto molte applicazioni.**

D'altra parte, in alcune occasioni, è accaduto che essendo stata esclusa la fattispecie del **mobbing** — che, come è noto, consiste in una serie di atti o comportamenti vessatori, protratti nel tempo, posti in essere nei confronti di un lavoratore da parte dei componenti del gruppo di lavoro in cui è inserito o dal suo capo, caratterizzati da un intento di persecuzione ed emarginazione finalizzato all'obiettivo primario di escludere la vittima dal gruppo — non si è neppure indagato sulla eventualità della sussistenza degli estremi di uno o più atti vessatori e/o discriminatori e sulla possibilità di fare applicazione, a tale fine, anche della suindicata norma sull'onere probatorio (vedi, al riguardo, da ultimo: **Cass., 5 novembre 2012, n. 18927 cit.**).

15.– Conclusioni

In sintesi, benché nessuno – o pochi – tra i cittadini europei e italiani dichiarino di accettare o porre in essere discriminazioni, nei fatti **le discriminazioni continuano a registrarsi** ogni giorno nei confronti di tutte le categorie protette, in particolare dei giovani, delle donne degli stranieri.

E – a parte le violenze, che sono anche penalmente rilevanti – l'aspetto più insidioso e delicato di tali atteggiamenti è quello **culturale** e di impedimento alla partecipazione alla vita del comunità di appartenenza.

L'aspetto culturale è di grande rilievo in quanto le discriminazioni – che devono sicuramente essere sanzionate – vanno principalmente prevenute, attraverso una adeguata educazione impartita non solo alle potenziali vittime, ma anche ai potenziali “carnefici”.

E che questa sia la “strada maestra” per sconfiggere le discriminazioni lo dimostra emblematicamente nella sua aberrazione l'attività di **Boko haram** in Nigeria.

Del resto, è dalla ignoranza che nascono gli stereotipi su cui si basano i **populismi e i razzismi** che si vanno pericolosamente diffondendo in tutta Europa.

In altre parole, solo una più capillare diffusione della cultura del riconoscimento del diritto di tutti gli individui alla **pari dignità** può contribuire ad assicurare l'effettività della tutela dei diritti fondamentali che «è da sempre il presupposto della legittimità democratica» del «progetto europeo» e il «suo tratto specifico in ogni settore».

Tale diritto, del resto, rappresenta la **base di tutti i diritti fondamentali** – a cominciare da quello di uguaglianza su cui si fonda il diritto antidiscriminatorio – tanto che, non a caso, esso — oltre ad essere considerato il principio fondante della nostra Costituzione e a ricevere analogo riconoscimento nella maggior parte delle Costituzioni europee ²⁸ — è, in ambito europeo,

²⁸ Basti pensare, al riguardo, che la Corte costituzionale tedesca, nella piuttosto recente sentenza del 9 febbraio 2010 sui rapporti tra «minimo vitale» e Stato sociale, è pervenuta alla dichiarazione di illegittimità costituzionale — con effetti temporali differiti al primo gennaio 2011 — della normativa relativa alla determinazione dei sussidi di disoccupazione, affermandone il contrasto con «il diritto fondamentale di un minimo vitale dignitoso», ricavabile dal combinato

solennemente contemplato nella CEDU, nell'art. 2 del Trattato di Lisbona e nell'art. 1 della Carta dei diritti fondamentali UE (c.d. Carta di Nizza) e riceve analogo riconoscimento in tutte le più importanti Convenzioni internazionali, a partire da quelle ONU.

Va sempre ricordato che alla base del “**progetto europeo**”, secondo gli auspici di Winston Churchill, vi era l'idea di fare in modo che a tutti i componenti della « famiglia europea » venisse data la « possibilità di godere di quelle semplici gioie e di quelle speranze che fanno sì che la vita valga la pena di essere vissuta »²⁹.

Tuttora questa idea appare valida, sicché darle nuova linfa può risultare molto soddisfacente per tutti.

Del resto, nonostante le difficoltà emerse nella gestione dell'attuale crisi economico-finanziaria, è indubbio che, da quando sono state gettate le basi dell'Europa unita, i rapporti tra i vari Stati si sono molto intensificati anche dal punto di vista degli scambi culturali sicché, anche se la “famiglia” si è allargata e sono subentrati altri problemi, si va diffondendo, almeno tra i Paesi di più antica tradizione democratica, **una european way of living** e questo prima sarebbe stato impensabile.

Tutto il difficile e faticoso lavoro svolto in ambito UE e nei singoli Stati membri — a livello normativo e giurisprudenziale — per giungere a questo risultato, rischia di restare marginale se poi in un momento di difficoltà come quello attuale ciascuno pensa al **proprio particolare**, siano esse le Regioni italiane, siano essi le Regioni e gli Stati d'Europa.

Certo, dal punto vista tecnico è necessario un **chiarimento sulle regole di Schengen** fra i diversi Stati UE; ma c'è da augurarsi che, dal punto di vista politico, ciò avvenga con l'obiettivo di far parlare l'Europa “con una voce sola”, come ha auspicato il nostro Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano.

Comunque, per affrontare nel migliore dei modi il difficile momento che stiamo vivendo — in ambito nazionale e internazionale — e che, nel suo complesso, porta ad interrogarci sul modello di sviluppo da adottare per il futuro, è bene ricordare che il Presidente degli Stati Uniti d'America il democratico **Franklin Delano Roosevelt**, nel discorso inaugurale del primo dei suoi quattro

dell'art. 1.1 e dell'art. 20.1 della Costituzione tedesca. La Corte ha sottolineato che la prima delle suddette disposizioni contempla il « superprincipio » della dignità umana, qualificata come « intangibile » e che, nell'ambito considerato, deve essere coordinata con l'altra, secondo la quale la Repubblica federale è qualificata come « Stato federale democratico e sociale ». La sentenza contiene, poi, importanti affermazioni « sul rapporto tra Stato sociale, discrezionalità legislativa e contraccolpi delle decisioni dei giudici costituzionali » (come osserva G. DELLE DONNE, *Germania: « Minimo vitale » e Stato sociale in una recente pronuncia del Tribunale costituzionale*, 17 aprile 2010, in www.forumquaderncostituzionali.it). Ciò che, in questa sede, mi sembra opportuno sottolineare è proprio il ruolo determinante attribuito al « superprincipio » della intangibilità della dignità umana.

²⁹ Sono le parole pronunciate da Churchill nel famoso “Discorso alla gioventù accademica”, tenuto all'Università di Zurigo il 19 settembre 1946. Questo discorso è considerato come la prima tappa del percorso che portò alla firma del trattato di Londra (oggi conosciuto come Statuto del Consiglio d'Europa) che, il 5 maggio 1949, istituì il Consiglio d'Europa. Poco dopo, il Ministro degli Esteri francese Robert Schuman, in collaborazione con Jean Monnet, redasse il famoso “piano Schuman”, pubblicato il 9 maggio 1950, giorno che oggi è considerato la data di nascita dell'Unione europea. Per ulteriori informazioni al riguardo v. L. TRIA, *Ordinamento interno e ordinamento europeo nella più recente giurisprudenza costituzionale* in www.europeanrights.eu

mandati presidenziali tenuto il 4 marzo 1933 — quando ancora si sentivano gli esiti della grande depressione (Big Crash) che aveva colpito gli USA a partire dal 1929 — affermò che “se c’è qualcosa da temere quella è la **paura stessa**, il terrore sconosciuto, immotivato e ingiustificato che paralizza”. E poi, forte di questa convinzione, riuscì a varare il New Deal, cioè il radicale programma di riforme economiche e sociali attuato dal 1933 al 1937, che consentì all’economia americana di riprendersi.

Da un altro punto di vista, anche **Madre Teresa di Calcutta** ha sostenuto che nella vita «l’ostacolo più grande è la paura».

E a queste voci fa eco, da una prospettiva ancora differente, anche il famoso psichiatra **Vittorino Andreoli**³⁰, secondo cui ciò che ostacola la conoscenza è la paura e spesso è proprio questa la molla che fa scattare intolleranze e violazioni dei diritti fondamentali.

Tutte queste autorevoli voci, che pur venendo da luoghi tanto diversi sono così armoniose, non possono rimanere inascoltate.

Esse portano tutte alla **medesima conclusione**: le difficoltà devono essere affrontate con coraggio, ma anche in una visione ampia e collettiva nella quale la vita di ciascuno viene considerata in relazione con quella degli altri.

Questa, del resto, è **l’essenza dei regimi democratici**, caratterizzati dal fatto che il benessere di ciascuno è la misura del benessere dell’intero corpo sociale di appartenenza.

Noi italiani dovremmo essere avvantaggiati nell’affrontare questa sfida perché ci potrebbe bastare di conformare il nostro comportamento ai principi fondamentali della nostra Costituzione (indicati nei primi dodici articoli della Carta) per ottenere il risultato auspicato da Elie Wiesel — premio Nobel per la pace 1986 — secondo cui «nessuno di noi deve permettere che nessuna vittima del destino o prigioniero della società — mai dobbiamo consentirlo — si senta solo, respinto, abbandonato, rifiutato»³¹.

Ma è importante che **ognuno di noi si impegni** in tal senso e voglia crederci, pur nella consapevolezza degli “affanni” che attualmente affliggono la nostra economia, recentemente confermati dai dati del rapporto ISTAT “Noi Italia”.

È significativo del resto che, mentre il **tema dell’uguaglianza** è ai margini del linguaggio politico contemporaneo, il Presidente degli Stati Uniti Barak H. Obama, ha invece incentrato il suo discorso di insediamento per il secondo mandato (tenuto il 21 gennaio 2013) proprio su questo argomento, richiamandolo all’attenzione dei suoi connazionali e del mondo, attraverso la citazione della Dichiarazione di Indipendenza, del 1776, che è l’atto fondativo degli USA.

³⁰ V. ANDREOLI, *Le nostre paure*, Rizzoli, 2010.

³¹ Discorso pronunciato il 27 gennaio 2010 alla Camera dei deputati, in occasione della ricorrenza del decimo anniversario della istituzione in Italia della Giornata della memoria.

In tale Dichiarazione è scritto: “Noi riteniamo che sono per se stesse evidenti queste verità: che tutti gli uomini sono creati eguali; che essi sono dal Creatore dotati di certi inalienabili diritti, che tra questi diritti sono la Vita, la Libertà, e il perseguimento della Felicità” e il Presidente Obama si è ispirato proprio a questa idea per ribadire — facendo espresso riferimento anche agli immigrati — l’importanza di cercare di coniugare democrazia e giustizia, nel segno dell’uguaglianza.

E se, come ha concluso il Presidente Obama, **il viaggio dei nostri antenati** “è il viaggio che continuiamo oggi”, sembra che questa possa essere anche la conclusione del cammino seguito in questa lezione di oggi.

Del resto, rimanere inattivi di fronte al diffondersi di atti e sentimenti di prevaricazione e odio per i più deboli equivarrebbe a farse complici, perché come diceva il grande Thomas Mann: “la tolleranza diventa un crimine quando si applica al male” e sarebbe inverosimile non considerare “mali”, simili fenomeni di “esclusione sociale”, tanto più nella nostra Europa, che molto ne ha sofferto, anche nella sua storia recente, ad esempio con la shoah, e che si è unita proprio per combattere simili sciagure.

Non, quindi, possono nutrirsi dubbi sulla necessità di dismettere tale atteggiamento ipocritamente tollerante, facendo applicazione dei sofisticati strumenti giuridici e politici che, concordemente, abbiamo creato allo scopo.

Il nostro continente e il nostro Stato sono la “culla del diritto”, da cui, in ultima analisi, provengono tutte le Carte il diritto alla pari dignità è riconosciuto ad ogni individuo in quanto tale,

Cerchiamo di ricordarlo e, forti di questa memoria, cerchiamo di renderci conto che la sfida da vincere – anche per migliorare le nostre economie – è quella di a garantire, nei fatti, la tutela dei diritti dei più deboli.

Nessuno di noi può certamente tirarsi indietro rispetto al perseguimento di questo obiettivo, tanto meno un operatore giuridico e, in particolare, un avvocato o un giudice.

Infatti, in questo – per dirla con Dante – “si parrà la nobilitate” della UE e di noi tutti cittadini europei.