



---

DIRITTI, UGUAGLIANZA, INTEGRAZIONE

---



Diritti Uguaglianza Integrazione  
Collana dell'Ufficio Nazionale Antidiscriminazioni Razziali  
Dipartimento per le Pari Opportunità

diretta da  
Massimiliano Monnanni

Comitato scientifico:  
Daniela Bas, Camilla Bianchi, Marco Buemi,  
Oriana Calabresi, Rosita D'Angiolella, Olga Marotti,  
Federica Mondani, Antonella Ninci, Anna Riglioni, Pietro Vulpiani



Diletta Tega

*(a cura di)*

# LE DISCRIMINAZIONI RAZZIALI ED ETNICHE

*Profili giuridici di tutela*



  
**ARMANDO  
EDITORE**





## Sommario

---

<i>Ringraziamenti</i>	7
<i>Presentazione</i> MARTA CARTABIA	9
<i>PARTE PRIMA: I PRINCIPI</i>	13
<i>La discriminazione razziale ed etnica: norme costituzionali e strumenti di tutela</i> ANDREA AMBROSI	15
<i>La non discriminazione nell'Unione europea e l'applicazione ai cittadini di paesi terzi</i> CHIARA FAVILLI	46
<i>L'impatto della direttiva 2000/43 CE e il ruolo dell'Ufficio nazionale antidiscriminazioni razziali</i> DILETTA TEGA	73
<i>PARTE SECONDA: GLI APPROFONDIMENTI</i>	95
<i>La disciplina dell'hate speech tra considerazioni giuridiche e sociologiche</i> ROBERT C. POST	97
<i>Odio razziale e libera manifestazione del pensiero negli Stati Uniti</i> ELETTRA STRADELLA	118
<i>Dialettica della libertà di espressione: il "caso Tosi" e la propaganda di idee razziste</i> CORRADO CARUSO	133

<i>L'hate speech nella più recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo</i>	151
PALMINA TANZARELLA	
<i>Discriminazione in base alla razza e alla nazionalità nei confronti dei cittadini dei paesi terzi</i>	162
SONIA MORANO-FOADI	
<i>Tutela penale dalla discriminazione e diritto penale discriminatorio: casi e problemi</i>	181
GIORGIO ABBADESSA	
<i>Eguaglianza e pari dignità</i>	196
ANDREA GUAZZAROTTI	
<i>Discriminazioni razziali ed etniche nelle ordinanze dei Sindaci e negli ordinamenti municipali</i>	205
ANNA LORENZETTI	
<i>Libertà di culto e discriminazioni: la direttiva del Ministero dell'Interno del 26 gennaio 2009</i>	219
CHIARA CAMPOSILVAN	
<i>Gli organismi nazionali per la parità: una prospettiva comparata</i>	235
FRANCESCO BIAGI	
<i>PARTE TERZA: GLI STRUMENTI E LE ESPERIENZE</i>	261
<i>Le discriminazioni: tra diritto speciale e mezzi di tutela</i>	263
ROBERTO RIVERSO	
<i>Gli interventi della Regione Emilia-Romagna per la prevenzione e il contrasto delle discriminazioni</i>	283
ANDREA STUPPINI	
<i>Nota sugli Autori</i>	288

## Ringraziamenti

---

Voglio ringraziare la Fondazione Flaminia per l'aiuto e il supporto finanziario datomi nell'organizzare il Seminario di studi, tenutosi a Ravenna il 30 novembre 2009. Da quell'esperienza molto intensa e ricca è nata l'idea, su invito del Direttore dell'Ufficio nazionale antidiscriminazioni, di pubblicare questo volume. Mi fa piacere ringraziare i relatori per l'entusiasmo e la generosità che hanno dimostrato, accogliendo da subito l'invito a partecipare ai lavori e i colleghi di Diritto costituzionale della Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Bologna, per il loro aiuto e supporto.

Un ringraziamento particolare va alla Presidenza della Regione Emilia-Romagna e all'Assessorato alle politiche sociali che hanno creduto nella bontà del Seminario e hanno voluto sostenerlo insieme a CNA e CNA World di Ravenna.

La collaborazione con l'Ufficio nazionale antidiscriminazioni, nata in questi anni in occasione di una serie di studi commissionati dall'Agenzia europea dei diritti fondamentali, è stata la scintilla che ha fatto nascere l'idea di riflettere sugli strumenti di tutela contro le discriminazioni. Un grazie particolare va a Marta Cartabia che, in qualità di *senior legal expert*, mi ha offerto la possibilità di lavorare su questi temi con lei e con il gruppo italiano di Fralex, composto da Bruno Nascimbene, Francesco Viganò e dai colleghi della mia Facoltà di giurisprudenza di Milano Bicocca Elisabetta Lamarque e Giulio Enea Vigevani.

Questo volume è dedicato a Paola Manzini e Giglia Tedesco che mi hanno insegnato l'importanza della diffusione di una cultura giuridica antidiscriminatoria e ai tanti studenti presenti al Seminario che

hanno dimostrato, con il loro interesse e la loro attenzione, che avevano entrambe ragione.

Diletta Tega

## Presentazione

---

MARTA CARTABIA

La scelta del tema è di quelle che non hanno bisogno di giustificazioni. I popoli si muovono, si incontrano, interagiscono sempre più intensamente, convivono sullo stesso territorio, imparano a conoscersi reciprocamente. E in tutto questo traffico – non si può nascondere – accrescono anche le occasioni di sospetto, diffidenza, paura reciproca. Di qui il riemergere, sotto nuovi abiti, del problema delle discriminazioni. Se c'è un fatto che sta mettendo in discussione ogni settore dell'universo giuridico, ponendo nuovi interrogativi, nuovi bisogni di tutela e incessanti necessità di riforme, insomma che sta spingendo a ripensare le basi stesse della convivenza, è il fenomeno della massiccia immigrazione di cittadini di paesi terzi e la sempre più intensa circolazione di cittadini europei in tutto il vecchio continente. Non c'è ambito giuridico che non sia sottoposto a tensioni riconducibili alle trasformazioni del tessuto sociale. La semplice presenza di una popolazione variegata per origine, cultura, lingua, religione ed etnia pone nuove domande di inclusione nella vita politica e sociale e richiede adattamento e flessibilità alle strutture giuridiche e politiche per affrontare problematiche spesso inedite. In questo contesto, anche il problema delle discriminazioni razziali, che si pensava archiviato in un passato ignominioso, a distanza di alcuni decenni torna a presentarsi, in forme diverse. Oggi le discriminazioni sono il lato oscuro e problematico di società che si trovano a dover affrontare una inaspettata e massiccia domanda di accoglienza dell'Altro. Il fenomeno delle migrazioni – intra ed extra europee – mette alla prova la capacità delle popolazioni e delle istituzioni di accogliere l'altro. Di fronte a tale nuova richiesta, le reazioni sono talvolta scomposte e necessitano di essere accompagnate con strumenti che valorizzino gli esempi positivi ed altrettanti rimedi che prevengano e sanzionino i fenomeni di intolleranza, inospitalità, se non di esclusione dalla vita comune.

Il volume, curato da Diletta Tega, ad esito di un Seminario di studi svoltosi a Ravenna il 30 novembre 2009, affronta sotto molteplici angolature le problematiche giuridiche che oggi sorgono intorno ai temi della discriminazione razziale. I vari rami dell'ordinamento giuridico interno sono esaminati nei contributi di diversi autori che toccano i profili del diritto costituzionale, del diritto penale, delle istituzioni amministrative, mentre non mancano approfondite analisi di diritto, dell'Unione europea, da ormai molti anni assai sensibile ed impegnato nel combattere ogni forma di discriminazione, dentro e fuori il mondo del lavoro.

Gli scritti, aggiornati al 2010, sono strutturati intorno a tre domande: quali sono gli strumenti di tutela apprestati dai singoli settori giuridici presi in considerazione? Come si intrecciano con le garanzie previste nel complesso dall'ordinamento giuridico? Che tipo di protezione sono in grado di opporre agli atti e fatti discriminatori? I contributi raccolti nella prima parte del volume individuano la tematica del contrasto alle discriminazioni nel contesto del diritto costituzionale e comunitario, individuando e portando a conoscenza del pubblico dei non addetti ai lavori il ruolo e i poteri dell'Ufficio nazionale antidiscriminazioni. Nella seconda parte del libro sono dominanti le riflessioni che riguardano le trasformazioni dei diritti individuali nell'impatto con i problemi della discriminazione razziale: intorno alla libertà di pensiero, da molto tempo oggetto di tutela particolarmente estesa e illimitata, iniziano a sorgere richieste di protezione e di limitazione, che contengano almeno le forme più odiose di *hate speech*, inclini all'istigazione a delinquere o quanto meno capaci di generare un clima di tensione del tutto inospitale; per altri aspetti la libertà di riunione è stata a tratti limitata per analoghe ragioni, cioè a dire per prevenire possibili provocazioni e reazioni di intolleranza reciproca tra gruppi diversi. Ma la trasformazione più significativa è quella che riguarda la stessa idea di eguaglianza, che oggi anche sotto l'influenza della cultura delle istituzioni europee si trasforma in principio di non discriminazione o meglio in un vero e proprio diritto soggettivo alla non discriminazione. La vecchia eguaglianza costituzionale non sempre è del tutto sovrapponibile con il nuovo concetto di non discriminazione e questa trasformazione di contenuto derivante dall'impatto di principi apparentemente simili può essere foriera di non poche evoluzioni ordinamentali.

Avvalendosi della propria esperienza come studiosa e come componente del gruppo italiano di FRALEX – il gruppo di esperti giuridi-



ci della Agenzia dei diritti fondamentali dell'Unione europea – la curatrice ha saputo individuare e opportunamente connettere vari profili dei problemi attuali della discriminazione razziale. Pregio fondamentale del volume – e prima ancora del Seminario che lo ha preceduto – è di aver riunito e messo a confronto studiosi che si sono occupati delle varie sfaccettature della discriminazione razziale, di modo che il lettore possa trarne un utile sguardo di insieme, per come si presentano i fenomeni di discriminazione nel contesto attuale nel nostro paese. Lo scopo che questa raccolta di scritti si propone è quello di arricchire il dibattito sul tema della lotta alle discriminazioni attraverso il contributo che i singoli autori ritengono utile aggiungere a quello che deve rimanere il principale obiettivo: adeguare il nostro ordinamento ad un maggior rispetto degli obblighi previsti dalla normativa comunitaria, guardando alle esperienze più convincenti portate avanti in altri ordinamenti dell'UE, non solo a livello giudiziale, ma anche extragiudiziale.





*PARTE PRIMA*  
I PRINCIPI

---



# La discriminazione razziale ed etnica: norme costituzionali e strumenti di tutela

ANDREA AMBROSI

*Sommario:* 1. Un elenco di questioni. 2. I fenomeni della discriminazione razziale ed etnica. 3. Le norme costituzionali di riferimento. L'art. 3 Cost. come limite al legislatore. 3.1. Lo specifico divieto di discriminazione secondo la razza. 3.2. Il generale principio di eguaglianza-ragionevolezza. 3.3. La discriminazione in violazione degli specifici divieti dell'art. 3 Cost.: quale rilievo pratico? 4. Eguaglianza e funzione amministrativa. 5. Eguaglianza e autonomia privata. 6. Strumenti di tutela antidiscriminatoria. Il limite degli obblighi internazionali. 7. Il divieto di discriminazioni "a rovescio". 8. La responsabilità per la approvazione e per la esecuzione di leggi incostituzionali.

## 1. Un elenco di questioni

La ricerca delle norme costituzionali *specificamente* rilevanti in ordine ai fenomeni della discriminazione razziale ed etnica è presto conclusa: esse stanno nell'art. 3 della Costituzione. Basta questo per dar conto dell'impossibilità anche solo di tentare qui uno svolgimento sufficiente del compito che mi è stato assegnato; nonostante la letteratura e la giurisprudenza siano sterminate, l'articolo rimane un pozzo di San Patrizio, dal quale si estraggono tanti beni, ma anche una molteplicità di problemi (proprio come dal Purgatorio, al quale secondo la leggenda irlandese il pozzo conduceva): problemi che iniziano già con lo stabilire "quante" norme di eguaglianza esso contenga (quattro ne contava Livio Paladin nel 1965, almeno due in più Letizia Gianformaggio nel 1996)<sup>1</sup>,

<sup>1</sup> L. Paladin, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Milano, Giuffrè, 1965, p. 237; L. Gianformaggio, *Eguaglianza formale e sostanziale: il grande equivoco*, in *Foro it.*, 1996, I, c. 1961 e ss.

e se “non discriminazione” ed “eguaglianza” possano essere considerate espressioni equivalenti<sup>2</sup>.

A ciò si aggiunga che i *problemi pratici* della discriminazione sono utilmente affrontabili anche alla luce di norme e strumenti di garanzia costituzionale, di portata generale, non aventi ad oggetto specifico la diseguaglianza: si pensi in particolare ai vincoli internazionali e comunitari, o alla tematica della responsabilità per l'esecuzione delle leggi incostituzionali e per l'esercizio stesso della funzione legislativa, argomenti cui si accennerà nella seconda parte dell'intervento. Il quale sarà – dunque – solo un *elenco*, spero ragionato, di *alcune questioni*, aperto alla comune riflessione<sup>3</sup>.

## 2. I fenomeni della discriminazione razziale ed etnica

Guardando con attenzione ai *fatti* che si è soliti ricondurre alla discriminazione razziale ed etnica si nota che essi sono distinguibili in due grandi classi: da un lato, abbiamo episodi di trattamento differenziato su base etnica: il fattore di discriminazione è rappresentato dall'appartenenza a gruppi definiti secondo elementi storici, culturali, linguistici e religiosi; d'altro lato, il fattore della discriminazione è la cittadinanza. L'impressione che si ha leggendo parte della giurisprudenza è che i due fattori siano talora confusi<sup>4</sup>, e che il fenomeno sia trattato in modo unitario, anche per quanto riguarda la ricognizione delle norme (costituzionali e non) rilevanti per il caso.

<sup>2</sup> G. Ferrara, *Discriminazione, non discriminazione e problemi attuali del costituzionalismo. Relazione di sintesi*, in C. Calvieri (a cura di), *Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale* (Atti del Seminario di Perugia del 18 marzo 2005), Torino, Giappichelli, 2006, p. 497.

<sup>3</sup> I riferimenti dati nelle note sono quindi null'altro che punti di avvio per altre ricerche. I tempi di pubblicazione hanno consentito di tenere conto di alcuni materiali successivi alla data del convegno.

<sup>4</sup> In Trib. Brescia, 20 febbraio 2009, n. 198/2009 R.G., ad es., una delibera comunale, con la quale il “bonus bebè” è stato riservato alle sole famiglie composte da almeno un cittadino italiano, viene censurata per violazione dell'art. 3, d.lgs. 215/2003, sulle discriminazioni per razza e origine etnica. Il decreto n. 215 viene utilizzato (unitamente però agli artt. 43-44 T.U. immigrazione e ad altre fonti) anche in provvedimenti che riguardano il requisito della cittadinanza italiana (o di un paese UE) per l'accesso al lavoro presso soggetti pubblici: v. Trib. Milano, sez. lav., 27-30 maggio 2008, 2454/08 R.G., e Trib. Milano, sez. lav., 13-20 luglio 2009.

Tuttavia, per quanto le stesse persone che presentano certe caratteristiche etniche spesso abbiano anche una cittadinanza diversa da quella italiana o di un paese dell'UE, ciò non sempre accade (è il caso di rom e sinti, molti dei quali sono italiani, nonostante la diffusa ignoranza degli "altri" italiani), e i due fattori vanno quindi tenuti distinti, essendo diverse le norme costituzionali che entrano direttamente in gioco. È evidente, ad esempio che, per quanto attiene agli stranieri, i parametri sono di solito l'art. 10, l'art. 11, e ora, dopo la novella del 2001, l'art. 117, co. 1, Cost.<sup>5</sup>; l'invito alla distinzione dei profili viene poi anche dalla normativa europea<sup>6</sup>. Ciò naturalmente non esclude che una differenziazione sulla base della cittadinanza nasconda una discriminazione indiretta su base etnica, e proprio la distinzione concettuale dei profili può giovare alla corretta posizione delle peculiari questioni concernenti il secondo tipo di discriminazione.

### **3. Le norme costituzionali di riferimento. L'art. 3 Cost. come limite al legislatore**

Per quanto riguarda l'art. 3 Cost., esso stabilisce senz'altro – come è noto – un limite al legislatore: da un lato abbiamo la posizione di *sette specifici divieti di discriminazione*; d'altro lato abbiamo il *generale divieto di differenziazioni o di assimilazioni arbitrarie*, e l'ancora più generale *vincolo di razionalità-ragionevolezza*.

#### **3.1. Lo specifico divieto di discriminazione secondo la razza**

I trattamenti differenziati su base razziale ed etnica sono compresi negli specifici divieti di cui al primo comma dell'art. 3 Cost. Per il vero, la disposizione si riferisce solo alla discriminazione per razza, e in senso stretto dovrebbe riguardare unicamente le distinzioni concernenti (persone appartenenti a) popolazioni o gruppi di popolazioni "che presentano particolari caratteri fenotipici comuni (colorito della

<sup>5</sup> Cfr. la approfondita analisi di A. Guazzarotti, *Lo straniero, i diritti, l'egualianza*, in *Questione giustizia*, 2009, fasc. 1, pp. 87 e ss.

<sup>6</sup> Cfr. C. Favilli, *La non discriminazione nell'Unione europea*, Bologna, il Mulino, 2008, pp. 19 e ss.

pelle, tipo dei capelli, forma del viso, del naso, degli occhi, etc.)”<sup>7</sup>: insomma, particolari caratteristiche genetiche<sup>8</sup>.

Il dubbio sulla portata non estesa del divieto di discriminazione per razza potrebbe inoltre venire proprio dalla *normativa comunitaria* ed europea in genere, che nel corso degli anni ha progressivamente allungato l'*elenco dei fattori* di differenziazione espressamente vietati in via generale (o dei quali si consente il divieto): si è passati dai *due* originari (vietate erano – e sono – le differenze sulla base della nazionalità e quelle tra produttori o consumatori nell’ambito del mercato agricolo)<sup>9</sup> ai *dieci* risultanti dopo il Trattato di Amsterdam del 1997 (furono aggiunti il sesso, la razza e origine etnica, la religione, le convinzioni personali, gli handicap, l’età e le tendenze sessuali)<sup>10</sup>, ai *diciannove* elementi considerati dall’art. 21 della Carta diritti UE del 2000-2007 (rileva qui particolarmente la menzione del colore della pelle, dell’origine sociale, delle caratteristiche genetiche, della appartenenza ad una minoranza nazionale); il completamento dell’elenco potrebbe far pensare che taluni dei nuovi fattori non fossero compresi in quelli già vietati<sup>11</sup>.

Contro il dato strettamente letterale, una serie di argomenti sorregge la tesi per cui i divieti costituzionali concernono in via immediata anche le distinzioni “etiche”, fondate sui caratteri culturali di un de-

<sup>7</sup> Così *Il Vocabolario Treccani*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1997, IV, voce *razza*, p. 468.

<sup>8</sup> Il 6° “considerando” della direttiva 2000/43/CE impone di precisare che l’uso nella presente relazione del termine “razza” non implica affatto accettazione di teorie che tentano di dimostrare l’esistenza di razze umane distinte. Per quanto il “considerando” non sia frutto del caso (per il dibattito relativo v. C. Favilli, *op. cit.*, pp. 229 e ss.), l’acribia nel linguaggio è forse eccessiva, e si può ben pensare che i costituenti italiani, scrivendo l’art. 3, non intendessero dare credito alle teorie razziali. La definizione della “razza” non è di solito tematizzata: P. Barile, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, Bologna, il Mulino, 1984, p. 84.

<sup>9</sup> V. artt. 18 e 40 TFU (già artt. 12 e 34 TCE). Sin dall’inizio, in un settore particolare – quello della retribuzione – erano vietate le discriminazioni tra uomini e donne (art. 141 TCE, ora art. 157 TFU).

<sup>10</sup> Art. 13 TCE (oggi art. 19 TFU).

<sup>11</sup> In generale, sui divieti comunitari di discriminazione v. l’analisi di C. Favilli, *La non discriminazione*, cit., *passim*, e spec. pp. 156 e ss. sulla tassatività dei motivi contenuti nell’art. 13 TCE, e pp. 183 e ss. sulla ricostruzione e sulla portata del principio generale di non discriminazione, e sui rapporti tra principio generale e singole disposizioni antidiscriminatorie. V. anche i contributi di L. Cappuccio, M. Cartabia, E. Lamarque, D. Tega, P. Ziotti, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, vol. III, Napoli, Jovene, 2009.

terminato aggregato sociale, caratteri tra i quali come è noto rilevano pure il fattore religioso e quello linguistico.

L'art. 3 vieta espressamente le differenziazioni sulla base della lingua, della religione, delle condizioni personali e sociali: considerati l'uno con l'altro, e con il fattore "razza", questi elementi sono ben riassumibili nel fattore "etnia". D'altro canto, un divieto qualificato di differenziazione su base etnica sembra imposto dal carattere pluralistico della Costituzione.

Razza ed etnia sono mescolati dalla storia che più direttamente ci riguarda. Il 24 febbraio 1920 alcuni ispiratori del "Partito nazional-socialista dei lavoratori tedeschi" redassero un programma in venticinque punti, quattro dei quali concernevano direttamente o indirettamente gli ebrei. Secondo il quarto punto, "Può essere cittadino solo un fratello di razza. È fratello di razza solo colui che è di sangue tedesco, senza considerare la fede religiosa. Nessun Ebreo può dunque essere un fratello di razza"<sup>12</sup>: nelle origini, dunque, si insisteva nel porre l'accento sulla razza in senso biologico, distinguendola nettamente dal fattore religioso. Tuttavia, quando nel 1933 si trattò di definire in concreto la ascendenza "non ariana", un regolamento dell'11 aprile stabilì che tale era la ascendenza di tutte le persone che contavano uno o più ebrei tra i loro genitori e i loro nonni, e che il padre o la madre, la nonna o il nonno, erano presunti ebrei per il fatto di appartenere alla religione giudaica<sup>13</sup>.

Dunque, alla fine, nella connotazione razziale il criterio distintivo tra ariani e non ariani finì con l'essere la religione, e non tanto quella dell'individuo che si prendeva in considerazione, ma quella dei suoi ascendenti<sup>14</sup>. Al di là poi del dato normativo sulla "persecuzione dei diritti", la "persecuzione delle vite" ha riguardato anche gruppi di-

<sup>12</sup> R. Hilberg, *La distruzione degli Ebrei d'Europa*, 2ª ed., Torino, Einaudi, 1999, pp. 29-30; secondo l'Autore, quei punti programmatici costituiscono l'unico indirizzo che il nazismo abbia mai dato alla burocrazia.

<sup>13</sup> Ivi, pp. 64-66.

<sup>14</sup> Sulle difficoltà – proprio in considerazione dell'esperienza nazista – di una definizione operativa di "razza", in un caso concernente misure per incentivare l'imprenditoria di appartenenti a gruppi minoritari (neri ed altri), v. la *dissenting opinion* del giudice J.P. Stevens, in US Supreme Court, *Fullilove v. Klutznick*, 448 US 448 (1980), p. 534, nota 5: "If the National Government is to make a serious effort to define racial classes by criteria that can be administered objectively, it must study precedents such as the First Regulation to the Reichs Citizenship Law of November 14, 1935".

versamente connotati come – per usare una parola del tempo – gli zingari.

All'Italia furono fatte vivere, e gli italiani vissero, infami storie parallele. Se il “Manifesto della razza” del luglio 1938 proclamava che “il concetto di razza è concetto puramente biologico. Esso quindi è basato su altre considerazioni che non i concetti di popolo e di nazione, fondati essenzialmente su considerazioni storiche, linguistiche, religiose”; se la legislazione coloniale conosceva i “caratteri somatici” quale elemento di individuazione (art. 30, r.d.l. 1 giugno 1936, n. 1019); se dunque la *razza biologica* non era assente, la stessa legislazione coloniale enucleava lo “straniero appartenente a popolazione che abbia tradizioni, costumi e concetti religiosi, giuridici e sociali simili a quelli dei nativi dell’Africa italiana” (art. 1, l. 13 maggio 1940, n. 822), e il r.d.l. 17 novembre 1938, n. 1728, contrapponendo “ariano” ed appartenente alla “razza ebraica”, attraverso una serie di presunzioni legali individuò costui nella persona che “appartenga alla religione ebraica, o sia, comunque, iscritto ad una comunità israelitica, ovvero abbia fatto, in qualsiasi altro modo, manifestazioni di ebraismo” (art. 8)<sup>15</sup>. Si comprende come – guardando all’esperienza fascista – il divieto costituzionale di distinguere secondo la razza sia stato immediatamente inteso come riferito agli ebrei<sup>16</sup>; ma poiché non è sostenibile che solo gli ebrei non vadano discriminati, il divieto non può non concernere oggi in generale tutti i gruppi etnico-linguistici, alla cui definizione concorre anche l’elemento religioso.

Al medesimo risultato interpretativo conduce, infine, la giurisprudenza costituzionale. Fino ad ora sono pochissime<sup>17</sup> le decisioni della Corte fondate sullo specifico disposto relativo alla razza; e riguardano la minoranza ebraica, che viene definita sulla base di criteri etnici, religiosi, e linguistici. Fondamentale è la sent. 239/1984, sulla incostituzionalità della appartenenza necessaria alla comunità israelitica

<sup>15</sup> Cfr., anche per più dettagliate indicazioni normative, P. Caretti, A. Cardone, *La parabola della legislazione razziale. Alcuni appunti in tema di fonti del diritto*, in *Scritti Carlassare*, cit., V, pp. 2213 e ss. Il r.d.l. 1728/1938, e tutta la normativa razziale, meriterebbero forse maggiore conoscenza e riflessione: come non domandarsi per quali vie e da quali partenze si sia giunti a quegli abissi?

<sup>16</sup> L. Paladin, *Il principio*, cit., pp. 280 e ss.

<sup>17</sup> Verrebbe da dire per fortuna; ma l’ottimismo non terrebbe conto che la Corte giudica solo delle leggi, e che più di una discriminazione su base etnica sembra nascondersi in atti amministrativi.

da parte di persone individuate mediante rinvio, scrive la Corte, “alle norme ed alle tradizioni ebraiche”<sup>18</sup>.

Il discorso svolto non esclude che ancora oggi si abbiano casi di discriminazione per razza intesa in senso “biologico”, magari nella forma della discriminazione indiretta. Per ricordare un esempio in casa d’altri, il *Times* del 24 novembre 2009 riportava la notizia che in Gran Bretagna risulta schedato il DNA del 75% dei maschi neri tra i 18 e i 35 anni, e che è divenuto normale procedere all’arresto, ogniqualvolta sembri esistere il potere di farlo, al solo scopo di ottenere il profilo genetico.

### 3.2. Il generale principio di eguaglianza-ragionevolezza

Accantonata l’idea che le uniche differenziazioni vietate al legislatore fossero quelle espressamente menzionate nell’art. 3, anche il più generale principio di eguaglianza-ragionevolezza vale ad impedire costituzionalmente alcuni tipi di discriminazioni. Ciò ha rilievo pratico soprattutto per le normative che assumono ad elemento di differenziazione la cittadinanza, nei casi in cui i divieti già non derivino da altre regole o principi costituzionali, relativi, ad esempio, alla tutela dei diritti fondamentali della persona umana (anche se pare cogliere nel segno l’osservazione per cui distinguere tra diritti fondamentali della persona umana e diritti che non lo sono, ai fini della estensione agli stranieri del principio di eguaglianza, significa assumere “un criterio che nella migliore delle ipotesi risulta inidoneo a sortire qualsiasi risultato significativo, mentre, nella peggiore delle ipotesi, si presta a legittimare il più totale arbitrio del legislatore”<sup>19</sup>).

Esemplare utilizzazione del generale principio di eguaglianza-ragionevolezza, a fini antidiscriminatori, è la notissima sent. 432/2005, sulla legge della Lombardia che aveva escluso gli stranieri, pur regolari e residenti nella Regione, dal trasporto pubblico gratuito riconosciuto in via generale agli invalidi civili al cento per cento<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> Rilevante (pur se incentrata prevalentemente sulla irragionevolezza della disciplina) è anche la sent. 268/1998, sulle provvidenze per i perseguitati politici e razziali: “persecuzioni sono infatti dovute ad una condizione personale, indipendentemente dalle opinioni e dall’attività politica di chi le ha subite”, condizione consistente nella appartenenza alla minoranza ebraica.

<sup>19</sup> M. Cuniberti, *L’illegittimità costituzionale dell’esclusione dello straniero dalle prestazioni sociali previste dalla legislazione regionale*, in *Le Regioni*, 2006, p. 516; v. anche C. Corsi, *Lo Stato e lo straniero*, cit., p. 340.

<sup>20</sup> V. altresì le sentt. 454/1998 e 306/2008.

### 3.3. La discriminazione in violazione degli specifici divieti dell'art. 3 Cost.: quale rilievo pratico?

È da chiedersi quale rilievo pratico abbia la circostanza che il parametro di costituzionalità sia dato dagli specifici divieti di discriminazione di cui al primo comma dell'art. 3 Cost., piuttosto che dal generale principio di eguaglianza-ragionevolezza<sup>21</sup>.

In letteratura<sup>22</sup> si sostiene una “presunzione di incostituzionalità”, almeno per alcuni di quegli specifici divieti, tra i quali vi è senz'altro il fattore razziale (di solito si eccettuano le “condizioni personali e sociali”, stante la eccessiva genericità della formula). Non è chiaro però che cosa voglia dire questa espressione; né la chiarezza aumenta esaminando la giurisprudenza citata dagli autori come esemplare di tale orientamento: anche quando la Corte *prima facie* ravvisa una violazione degli espressi divieti di discriminazione, la finale dichiarazione di incostituzionalità pare sempre giungere dopo più o meno ampie e più o meno esplicite argomentazioni, dirette ad escludere la esistenza di una qualche ragione giustificativa per la differenziazione. Né l'esame delle possibili ragioni giustificative è limitato a quelle indicate dallo Stato (o dalla Regione) interveniente, o prospettate dalle parti. Dal punto di vista della rappresentazione del reale, parrebbe quindi più fedele la fotografia di quanti concludono che gli specifici divieti di discriminazione operano esattamente come il generale divieto di distinzioni arbitrarie<sup>23</sup>.

Non è detto però che la conclusione sia così necessitata.

a) La tesi di un sindacato particolarmente penetrante quando sono in gioco i fattori di differenziazione indicati, scartata da Paladin nel lavoro sull'eguaglianza del 1965, sul presupposto (rivelatosi col senno di poi frutto insieme di rigore e di ottimismo) per cui sempre il

<sup>21</sup> Da ricordare preliminarmente la tesi per cui il divieto di discriminazione sulla base dei fattori espressi riguarderebbe solo i cittadini, mentre agli stranieri si estenderebbe il generale principio di razionalità/ragionevolezza (A. Pace, *Problemativa delle libertà costituzionali. Parte generale*, 3<sup>a</sup> ed., Padova, Cedam, 2003, pp. 316 e ss.).

<sup>22</sup> P. Barile, *Diritti dell'uomo*, cit., p. 84; L. Paladin, *Corte Costituzionale e principio generale d'eguaglianza: aprile 1979 – Dicembre 1983*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, I, Padova, Cedam, 1985, pp. 605 e ss., spec. p. 659; A. Celotto, *Art. 3, 1° co., Cost.*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, Utet, 2006, p. 73.

<sup>23</sup> Ancora P. Barile, *op. cit.*, p. 87; L. Paladin, *op. ult. cit.*, pp. 659 e ss.



controllo della Corte sarebbe stato stringente<sup>24</sup>, dovrebbe essere ripresa nel contesto attuale, che vede sindacati condotti sulla base di criteri deferenti verso il legislatore. Da tale punto di osservazione si dipartono vari sentieri, più o meno percorribili<sup>25</sup>.

La tesi che le “deroghe” ai divieti di discriminazione siano consentite solo quando *espressamente* previste dalla Costituzione<sup>26</sup>, o almeno rispondano ad altri *interessi di rilievo costituzionale*, deve misurarsi con la tematica generale del bilanciamento tra norme<sup>27</sup>, e potrebbe lasciare comunque scoperte alcune ipotesi nelle quali sembrerebbero congrui trattamenti differenziati anche sulla base dei fattori indicati dall’art. 3 Cost., e non riconducibili con certezza ad interessi costituzionali<sup>28</sup>. Ma una particolare attenzione sull’esistenza di ragioni giustificative si può senz’altro esigere<sup>29</sup>. A questo proposito esemplare è la sentenza n. 311 del 1996 (relatore Valerio Onida), sulla incostituzionalità “secca” della norma secondo cui la “condotta poli-

<sup>24</sup> *Il principio*, cit., pp. 246 e ss.

<sup>25</sup> Un giudice costituzionale (sul *Messaggero* del 1° novembre 2009) si è retoricamente domandato “Se il sistema di voto a maggioranza semplice [previsto dalla legge n. 87 del 1953 sul funzionamento della Corte] sia adeguato quando la decisione venga ad avere a riferimento le leggi dello Stato”: sembrerebbe dunque che si pensi ad una presunzione di costituzionalità delle leggi (escluse le leggi delle Regioni...), superabile dalla Corte solo a maggioranza qualificata. Ove una tale norma fosse mai introdotta, la presunzione di costituzionalità delle leggi che discriminano sulla base della razza e degli altri fattori espressi dovrebbe almeno implicare di potere essere vinta a maggioranza semplice.

<sup>26</sup> L. Paladin, *Il principio*, cit., pp. 248 e ss.

<sup>27</sup> Per la necessità che il bilanciamento avvenga solo tra norme costituzionali, e per la possibilità che la stessa Costituzione istituisca una gerarchia tra interessi, v. A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, Giuffrè, 2001, spec. pp. 277 e ss., pp. 285 e ss., pp. 300 e ss., pp. 536 e ss.; in senso contrario R. Bin, *Diritti e argomenti*, Milano, Giuffrè, 1992, pp. 157 e ss.

<sup>28</sup> Si allude a quelle “differenze di trattamento dovute a caratteristiche connesse alla razza o all’origine etnica di una persona”, che sono legittime “qualora, per la natura di un’attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, si tratti di caratteristiche che costituiscono un requisito essenziale e determinante ai fini dello svolgimento dell’attività medesima” (art. 3, co. 3, d.lgs. 215/2003, con il quale lo Stato ha esercitato una *facoltà* riconosciuta dall’art. 4 direttiva 2000/43/CE).

<sup>29</sup> A. Cerri, *Uguaglianza (principio costituzionale di)*, in *Enc. giur. Treccani*, 2005, p. 9; A.S. Agrò, *Art. 3, 1° comma*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli-Foro it., 1975, p. 156, ragiona di un sindacato su figura sintomatica di eccesso di potere legislativo.



tica” della persona poteva rilevare ai fini dello svolgimento del lavoro di “guardia giurata”<sup>30</sup>.

Ancora: la sentenza n. 297 del 1986 prospetta una interessante peculiarità sul piano delle tecniche di giudizio. È noto che, censurata una norma di per sé ragionevole (ad es., una norma penale incriminatrice), assumendo come *tertium* una omissione irragionevole (ad es., la mancata incriminazione di una condotta più grave), vale di regola il criterio che vuole comunque salva la norma di per sé ragionevole. Ma – scrive la Corte – a tale salvezza vi è un limite, “riscontrabile quando la discriminazione fra soggetti assurga a lesione qualificata, e, perciò, diretta, dell’art. 3, primo comma, della Costituzione, in quanto distinzione dovuta a ragioni di “sesso, razza, lingua, religione, opinioni politiche, condizioni personali o sociali”<sup>31</sup>. Sempre sul piano delle tecniche del sindacato si potrebbe pensare ad una sorta di onere, in capo allo Stato o alla Regione come legislatori, intervenienti nel giudizio, di allegare e provare la sussistenza di specifiche ragioni giustificatrici del trattamento differenziato, limitando alla sussistenza di queste il controllo della Corte, una volta che sia stato preliminarmente accertato un trattamento in violazione dei puntuali divieti dell’art. 3 Cost.<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> Per indicazioni precedenti v. A.S. Agrò, C. Lavagna, F.G. Scoca, P. Vitucci, *La Costituzione italiana annotata con la giurisprudenza della Corte costituzionale*, 2<sup>a</sup> ed., Torino, Utet, 1979, p. 84.

<sup>31</sup> Il criterio di giudizio enunciato dalla sent. 297/1986 è rimasto, a quanto consta, senza seguito. Vero è che, ammessa la costituzionalità della tutela penale del sentimento religioso, la Corte ha fatto valere l’eguaglianza tra le diverse religioni ora livellando verso il basso i trattamenti differenziati previsti dalla legge (sentt. 329/1997, 327/2002, 168/2005), ora dichiarando la incostituzionalità della protezione penale che il codice prevedeva per la sola religione cattolica (sentt. 440/1995, 508/2000): ma ciò è stato motivato con la impossibilità per la Corte di estendere *in malam partem* la norma penale, più che con peculiarità proprie degli specifici divieti di differenziazione dell’art. 3, co. 1, Cost.

<sup>32</sup> L’inversione dell’onere della prova è stabilita dall’art. 4, co. 3, d.lgs. 215/2003, nel testo risultante dall’art. 8-*sexies* d.l. 59/2008, conv. in l. 101/2008 (sulla precedente regolazione dell’onere probatorio la Commissione CE aveva adottato un “parere motivato”, nell’ambito della procedura di infrazione n. 2005/2358), e la discriminazione (soprattutto nella forma “indiretta”) può derivare anche da una “disposizione”. Di “*onere della prova* interamente a carico di chi sostiene la legittimità della legge” parla A. Cerri, *op. loc. ult. cit.*; nessuna presa di posizione risulta dalla giurisprudenza della Corte: nel giudizio di cui alla sent. 239/1984 (partecipazione necessaria alle comunità israelitiche) si costituiscono le parti e interviene il Governo, e la Corte esamina solo le loro argomentazioni; nella sent. 268/1998 (perseguitati politici e razziali) non sembra operato uno scrutinio diverso dal solito.

b) Classificazioni su base razziale, etc. possono rilevare ai fini delle azioni positive ex comma 2 dell'art. 3: l'indicazione viene pure dalla giurisprudenza, che ha collegato tali interventi all'innalzamento della "soglia di partenza per le singole categorie di persone socialmente svantaggiate", che sono "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" (sent. 109/1993)<sup>33</sup>. Il trattamento differenziato è così funzionale alla promozione e alla salvaguardia di persone e gruppi minoritari<sup>34</sup>. "Persone e gruppi minoritari", senza ulteriore specificazione, è espressione volutamente generica, perché dovrebbe essere discusso anche ciò, quali tutele spettino ai singoli, quali al gruppo, quali eventualmente a tutti coloro che sono insediati su un certo territorio, e quali rapporti vi siano tra di esse. Le risposte sono legate al tipo di società che si vuole<sup>35</sup>.

c) Quando sono in gioco i divieti specifici di differenziazione, attenzione particolare dovrebbe essere riservata alle discriminazioni indirette. Utilizzando correnti definizioni normative, capita in effetti che "una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri possono mettere le persone di una determinata razza od origine etnica in una posizione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone" (art. 2, co. 1, d.lgs. 215/2003). La CGCE è fermissima nel censurare questo tipo di discriminazione. Per quanto riguarda l'ordinamento interno, invece, il profilo rimane sostanzialmente in ombra nella giurisprudenza costituzionale, anche dopo la sentenza 163/1993, sulla incostituzionalità della norma di legge provinciale che prevedeva, tra i requisiti per l'accesso a certi

<sup>33</sup> Cfr. A. Giogis, *Art. 3, 2° co., Cost.*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, cit., pp. 88 e ss., spec. pp. 104 e ss., e di recente D. Tega, *Discriminazione e diritto antidiscriminatorio: considerazioni istituzionali (a partire dal diritto costituzionale italiano)*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 12 dicembre 2008, e in T. Casadei (a cura di), *Lessico delle discriminazioni: tra società, diritto e istituzioni*, Reggio Emilia, Diabasis, 2008.

<sup>34</sup> Su azioni riparatorie e positive, per i perseguitati politici e razziali, v. la sent. 268/1998.

<sup>35</sup> Spunti già in L. Paladin, *Il principio*, cit., pp. 285 e ss.; A. Cerri, *Libertà, eguaglianza, pluralismo nella problematica della garanzia delle minoranze*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1993, p. 289 e ss.; Id., *Uguaglianza*, cit., p. 7.

ruoli tecnico-operativi del pubblico impiego, il possesso di una statura fisica minima indifferenziata per uomini e donne<sup>36</sup>.

La responsabilità non è in genere addebitabile alla Corte costituzionale<sup>37</sup>: decidendo essa su tali questioni per lo più in via incidentale, i primi soggetti chiamati a prestare attenzione a questo profilo sono i giudici *a quibus* (e gli avvocati). In tale contesto si segnala l'ordinanza del TAR Veneto 23 marzo 2009<sup>38</sup>, che ha sollevato questione di legittimità della norma regionale secondo cui “è vietato il commercio su aree pubbliche in forma itinerante nei centri storici dei comuni con popolazione superiore ai cinquantamila abitanti” (art. 4, co. 4-bis, l. reg. 6 aprile 2001, n. 10, introdotto dall'art. 16 l. reg. 25 febbraio 2005, n. 7). Accanto ad altre censure, il TAR fa valere la violazione del principio di eguaglianza proprio argomentando che “È un dato di comune esperienza, documentato anche dalle *allegazioni al ricorso*, che il commercio su aree pubbliche in forma itinerante riguarda *attualmente in modo prevalente* se non esclusivo la piccola *imprenditoria degli extracomunitari*”. Certo, ciò non è sufficiente per la incostituzionalità della legge, potendo essa rispondere in maniera proporzionata ad un fine legittimo; inoltre, la discriminazione, per il TAR, è basata sulla cittadinanza, più che su fattori etnico-razziali; ma la posizione del tema è interessante<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> La sentenza n. 163 è richiamata dalla sent. 343/1993, per valorizzare il *dictum* secondo cui la valutazione di una legge sotto il profilo dell'eguaglianza “comporta che la regola della proporzionalità in esso implicita debba esser valutata ‘in relazione agli effetti pratici prodotti o producibili nei concreti rapporti della vita’». Una discriminazione indiretta (a danno di persone con disabilità) era contestata nell'ordinanza di rinvio che ha portato alla sent. 251/2008 (di inammissibilità perché il *petitum* involgeva scelte discrezionali spettanti al legislatore).

<sup>37</sup> V. peraltro A. Guazzarotti, *Una “discreta” discriminazione dei cittadini extracomunitari: il caso dei “phone center” in Lombardia*, in *Le Regioni*, 2009, pp. 108 e ss., a commento della sent. 350/2008. Si potrebbe anche osservare che la scarsa tematizzazione della discriminazione indiretta si giustifica per l'uso massiccio, da parte della Corte, del sindacato di ragionevolezza; sarebbe però da verificare se, sul piano delle tecniche e degli strumenti di giudizio, i due profili (discriminazione indiretta e irragionevolezza) siano in tutto sovrapponibili.

<sup>38</sup> In *Gazz. Uff.*, 1ª serie spec., n. 27 del 8 luglio 2009.

<sup>39</sup> Peccato che la Corte (sent. 247/2010, punto 5.1 del “diritto”) se ne sia liberata sbrigativamente: “la disposizione censurata non attribuisce alcuna rilevanza, esplicita o implicita, alla nazionalità degli operatori [...], la quale assume quindi valore di circostanza di mero fatto”. È da domandarsi quando mai, così ragionando, sia configurabile una discriminazione indiretta.



#### 4. Eguaglianza e funzione amministrativa

Discusso è il rapporto tra eguaglianza e funzione amministrativa: le numerose riserve stabilite dalla Costituzione, ed in particolare quella dell'art. 97, per cui "I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione", pongono il dubbio se la amministrazione sia legata dall'art. 3 direttamente, oppure attraverso le singole specificazioni di esso<sup>40</sup>. Guardando alle ricadute pratiche, è difficile però negare che i vari contenuti del principio di eguaglianza limitino in sostanza anche la funzione amministrativa, almeno nella parte non vincolata dalla legge<sup>41</sup>.

Discriminazioni dirette o indirette, su base etnico-razziale, si riscontrano in molti atti e provvedimenti amministrativi. Basti ricordare certe manifestazioni del fenomeno delle "ordinanze dei sindaci" in tema di sicurezza<sup>42</sup>: come il divieto di avviare attività di ristorazione riconducibili ad una etnia diversa, o il divieto di stazionamento per rom e nomadi<sup>43</sup>. E pensare che affidando alla "Repubblica" – e non

<sup>40</sup> In argomento G.P. Dolso, *Art. 3 Cost.*, in S. Bartole, R. Bin (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, Cedam, 2008, p. 35 e ss. Per il richiamo all'art. 97 Cost. quale norma complementare all'art. 3 cfr. P. BARILE, *Diritti dell'uomo*, cit., pp. 76 e ss.; A. Pace, *Eguaglianza e libertà*, in *Corte costituzionale e principio di eguaglianza* (Atti del Convegno in ricordo di Livio Paladin, Padova, 2 aprile 2001), Padova, Cedam, 2002, p. 83.

<sup>41</sup> R. Bin, G. Pitruzzella, *Le fonti del diritto*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 43, nel contesto di un ragionamento generale sui limiti entro i quali la pubblica amministrazione può applicare direttamente la Costituzione (per quanto specificamente interessa, gli autori parlano di applicazione diretta del principio di imparzialità dell'amministrazione, più che del principio di eguaglianza). In argomento v. l'articolata analisi di M. Magri, *La legalità costituzionale dell'amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2002, spec. pp. 384 e ss., pp. 393 e ss., per il quale, salvo particolari ipotesi, è sempre la legge che viene applicata direttamente, più che la Costituzione. Il principio di eguaglianza vale anche per la funzione giurisdizionale (P. Barile, *op. loc. cit.*), dei cui problemi non si parla nel testo.

<sup>42</sup> Tra i tantissimi v. P. Cavaleri, *Diritti fondamentali e ordinanze dei sindaci*, in *Scritti Carlassare*, vol. III, pp. 939 e ss.

<sup>43</sup> Indicazioni specifiche e analisi puntuali in A. Lorenzetti, *Il divieto di indossare «burqa» e «burqini». Che «genere» di ordinanze?*, in *Le Regioni*, 2010, pp. 349 e ss., spec. pp. 359 e ss.; contenuti identici si trovano anche in regolamenti comunali: esempi in M. Magrassi, *Le cd. "ordinanze anti-kebab"*, *ivi*, pp. 325 e ss. Considerazione particolare e dettagliata meriterebbe la vicenda della "emergenza nomadi" della primavera-estate 2008, nel corso della quale esiti razzisti sono stati evitati (o, almeno, ridotti) dalle pressioni di associazioni attive nella tutela dei diritti



al solo Stato – il compito di promuovere l’eguaglianza sostanziale, i costituenti avevano ben in mente le attività e le funzioni anche “delle Regioni e degli altri enti pubblici”<sup>44</sup>.

## 5. Eguaglianza e autonomia privata

Vorrei ora accennare alla questione, se e in che limiti e in che forma l’art. 3 Cost. valga anche per l’autonomia privata.

a) È da premettere che due fenomeni hanno attenuato di molto (ma non eliminato, come vedremo) l’importanza pratica della questione. L’introduzione di regole “egualitarie” immediatamente vincolanti nei rapporti tra privati è imposta dalla normativa comunitaria derivata<sup>45</sup>, dovendosi ricordare che la disposizione del Trattato sui divieti generali di discriminazione (art. 13 Trattato CE, dal 1° dicembre 2009 art. 19 Trattato FUE) è stata letta fino ad ora come norma di mera autorizzazione per interventi delle istituzioni comunitarie<sup>46</sup>.

umani e della Comunità europea. TAR Lazio 24 giugno 2009, n. 6352, ha in parte annullato sia le ordinanze governative di protezione civile che erano state adottate, sia i regolamenti per la sosta dei nomadi approvati dai prefetti-commissari straordinari. Riporto – per la loro forza evocativa – alcune delle norme annullate: “Coloro che sono ammessi nei villaggi sono avviati a percorsi di inserimento sotto il profilo lavorativo”; le persone ammesse nei villaggi “sono tenute ad aderire alle proposte di formazione e di inserimento lavorativo”; “I parenti, gli amici e i conoscenti degli ospiti possono accedere liberamente al campo per recarsi dall’ospite che intendono visitare, facendosi identificare all’ingresso dal gestore sociale. I soggetti di cui al comma precedente possono essere sottoposti a controlli per l’identificazione da parte degli operatori della Polizia locale. Entro le ore 22, le visite hanno termine. Nei casi di comprovata necessità il gestore può autorizzare le visite oltre tale termine informandone la Polizia locale”.

<sup>44</sup> Cfr. V. Falzone, F. Palermo, F. Cosentino, *La Costituzione della Repubblica italiana*, nella edizione Mondadori, Milano, 1976, p. 31 (osservazione alla quale è però da affiancare il rilievo che i costituenti limitavano ai cittadini l’operatività del principio di eguaglianza). Stupisce che Governo e avvocatura dello Stato impugnino una legge regionale contro le discriminazioni, assumendo (tra l’altro) che l’art. 3, co. 2, Cost. “non può che riferirsi allo Stato” (punto 6 del ric. 29/2010, in *Gazz. Uff.*, 1<sup>a</sup> serie spec., n. 13 del 31 marzo 2010).

<sup>45</sup> V. ad es., proprio sulla parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall’origine etnica, la direttiva 2000/43/CE, oppure la direttiva 2000/78/CE, sulla parità in materia di occupazione e di condizioni di lavoro.

<sup>46</sup> K. Odendahl, *Gleichheitsgrundrechte*, in F.S.M. Heselhaus, C. Nowak, *Handbuch der Europäischen Grundrechte*, C.H. Beck, München-Wien-Bern, Linde

Nel corso degli anni, poi, talune leggi interne hanno posto limiti a determinate manifestazioni dell'autonomia privata, vietando comportamenti discriminatori nel senso dell'art. 3 Cost., e configurando diritti alla parità di trattamento, in relazione a determinati beni della vita: basti pensare alle più risalenti disposizioni sugli obblighi legali di contrarre, o a taluni articoli dello statuto dei lavoratori del 1970 (ad es., all'art. 15, nel tempo integrato – anche per corrispondere a vincoli comunitari – con la l. 903/1977 e il d.lgs. 216/2003, sulla nullità di atti o patti diretti a fini di discriminazione sindacale, politica, religiosa, razziale, di lingua, di sesso, di handicap, di età, o basata sull'orientamento sessuale o sulle convinzioni personali), oppure ai divieti di discriminazione, verso stranieri o cittadini o apolidi, nel “fornire beni o servizi offerti al pubblico”, che risultano dall'art. 43, co. 2, lett. b, e co. 3, T.U. immigrazione.

Si tratta di limiti “coperti” dall'art. 41 Cost.<sup>47</sup>. Ma, appunto per questo, il ruolo del principio di eguaglianza in parte qui scolora, assorbito dalla clausola costituzionale che consente (o impone) di intervenire in nome della utilità sociale, o per la tutela della sicurezza, della libertà, della dignità umana. Riflettendo su questo tipo di vincoli, ci si potrebbe domandare se – in funzione dell'eguaglianza, intesa in senso lato – tutti i diritti costituzionali siano dal legislatore limitabili allo stesso modo<sup>48</sup>. Il discorso deve essere svolto caso per caso. Per quanto attiene, ad esempio, alla libertà di pensiero, sembra argomentabile l'opinione che non possano essere vietate le pure manifestazioni “discriminatorie”, salvo il caso in cui abbiano riguardo a singole concrete persone, e ne intacchino la dignità<sup>49</sup>. Per la libertà di

Verlag, Stampfli & Cie, 2006, pp. 1214 e ss.; C. Favilli, *La non discriminazione*, cit., pp. 156 e ss. V. pure le sentenze CGCE citate alla nota 74. Ciò non toglie che specifici divieti di discriminazione contenuti nel Trattato (come quelli relativi alla nazionalità, o al sesso) producano effetti diretti, verticali e orizzontali (C. Favilli, *op. cit.*, pp. 20, 92 e ss.; R. Bin, G. Pitruzzella, *Le fonti*, cit., p. 69). Sui problemi che sorgono dopo la incorporazione nel Trattato UE della Carta di Nizza, con i suoi articoli sul principio di eguaglianza e sui divieti di discriminazione, v. un accenno oltre, al paragrafo 7.

<sup>47</sup> Una considerazione a parte va riservata alle istanze di eguaglianza e di parità di trattamento che si pongono nei rapporti contrattuali inseriti in strutture comunitarie come le società e le comunioni: v. P. Barile, *Diritti dell'uomo*, cit., pp. 77 e ss.

<sup>48</sup> A. Giorgis, *op. cit.*, pp. 104 e ss.

<sup>49</sup> Cfr. A. Ambrosi, *Libertà di pensiero e manifestazione di idee razziste e xenofobe*, in *Quad. Cost.*, 2008, pp. 586 e ss.; in senso contrario L. Picotti, *Istigazione e propaganda della discriminazione razziale fra offesa dei diritti fondamentali della persona e libertà di manifestazione del pensiero*, in S. Riondato (a cura di),

associazione la risposta, in termini generali, dovrebbe essere la medesima<sup>50</sup>. Ma non mancano spazi di grande incertezza: come mostra l'insieme delle vicende sulle cd. quote rosa<sup>51</sup>.

b) Accanto alla legislazione di settore, concernente se del caso questo o quel diritto costituzionale, si prestano ad essere utilizzate in funzione antidiscriminatoria clausole generali del diritto civile. Così, dagli art. 1343 e 1418 c.c. si ricava che il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume. E nel limite dell'ordine pubblico ben rientra il principio di eguaglianza qualificata, almeno con riferimento a taluni fattori<sup>52</sup>.

La tutela dell'eguaglianza in tal modo realizzabile mostra però un limite. Solo in casi particolari sarà infatti possibile che la persona "discriminata" ottenga l'utilità alla quale mirava il negozio: quando, ad esempio, si sia in presenza di una offerta al pubblico (art. 1336 c.c.), e si faccia valere la nullità di una condizione discriminatoria. Il più delle volte, attraverso l'operare delle clausole generali ricordate, e di altre analoghe (come l'art. 634 c.c.), si colpiscono essenzialmente i contratti e le manifestazioni di autonomia privata *in danno di terzi*: è nulla la clausola con la quale mi obbligo a discriminare il nero o il rom (vincolandomi, ad esempio, a non locare e a non vendere loro l'immobile), ma il nero e il rom non ottengono ancora il bene della vita al quale aspirano, e che rientra nel dominio della mia autonomia negoziale. Il limite è ben evidente in una recente decisione della Cassazione<sup>53</sup>, che peraltro denota la accresciuta sensibilità della giurisprudenza circa la "diretta applicabilità" della Costituzione. Mentre in passato la Cassazione aveva ritenuto lecita la attribuzione testamentaria subordinata alla condizione che l'istituto sposasse una persona del proprio ceto sociale, oggi la suprema Corte ritiene che la condizione che subordina il beneficio al (mancato) matrimonio sia nulla per illiceità, in quanto contrastante con la libertà di contrar-

*Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso*, Padova, Cedam, 2006, pp. 117 e ss.; in argomento v. anche C. Visconti, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Torino, Giappichelli, 2008, spec. pp. 139 e ss.

<sup>50</sup> A. Pace, *Eguaglianza e libertà*, cit., pp. 96 e ss.

<sup>51</sup> Cfr. D. Tega, *Discriminazione*, cit., spec. par. 4 ss., ed ora Corte cost., sent. 4/2010.

<sup>52</sup> Nel senso che l'ordine pubblico indica i principi basilari del nostro ordinamento, larga parte dei quali trova espressione nella Costituzione, v. C.M. Bianca, *Diritto civile. 3. Il contratto*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, Giuffrè, 2000, pp. 619 e ss.

<sup>53</sup> Cass. civ., II, 15 aprile 2009, n. 8941, in *Foro it.*, 2009, I, c. 2674 e ss.

re o di non contrarre matrimonio, garantita dagli artt. 2 e 29 della Costituzione, intesi come norme inderogabili e di ordine pubblico. Ma – appunto – ciò che viene direttamente tutelata è la libertà di contrarre o di non contrarre matrimonio, più che il diritto dell’“altro” alla non discriminazione.

c) Si giunge così al problema centrale: se l’eguaglianza di cui all’art. 3 Cost. valga *direttamente* come limite dell’autonomia privata, senza intermediazioni legislative di sorta. Al tema, è evidente, possono qui essere dedicati solo accenni schematici. Non sembra che dal principio generale di eguaglianza sia ricavabile un vincolo generale ed onnicomprensivo a non operare distinzioni arbitrarie o arbitrarie assimilazioni, anche quando vengono in gioco i divieti qualificati di differenziazione<sup>54</sup>. Al di là del dato letterale dell’art. 3 (per il quale l’eguaglianza vale “davanti alla legge”), pare avere poco significato ragionare di un *generale obbligo* di parità di trattamento, valevole per la *massa indifferenziata* delle manifestazioni di autonomia privata: sarebbe la negazione stessa dell’autonomia, e in molti casi mancherebbero termini di riferimento, rispetto ai quali operare la valutazione di diseguaglianza. Del resto, più di uno ritiene che nemmeno nei confronti del legislatore si possa far valere un diritto all’eguaglianza, risolvendosi il relativo principio in un criterio di valutazione delle scelte legislative, piuttosto che nella attribuzione diretta di un bene della vita<sup>55</sup>.

L’opinione, però, non è affatto pacifica. Sia nella letteratura, sia nella giurisprudenza, si ragiona sempre più spesso di un diritto *costituzionale* all’eguaglianza, alla parità di trattamento, immediatamente vincolante *erga omnes*, e quindi pure nei rapporti tra privati<sup>56</sup>. Ma anche ad accogliere questa prospettiva, il problema dell’eguaglianza come limite all’autonomia privata non è affatto risolto. Affermato il

<sup>54</sup> L. Paladin, *Il principio*, cit., pp. 240 e ss., ripreso da P. Barile, *Diritti dell’uomo*, cit., p. 77.

<sup>55</sup> A. Pace, *Problematica*, cit., p. 158.

<sup>56</sup> A. Cerri, *Uguaglianza (principio costituzionale di)*, in *Enc. giur. Treccani*, 2005, p. 4; A. Cerri, *L’eguaglianza giuridica nei rapporti interprivati: spunti e riflessioni a partire dalla giurisprudenza in materia di lavoro*, in *Foro it.*, 1992, I, c. 1526 e ss., spec. c. 1531 e ss.; A. Guazzarotti, *Lo straniero*, cit., pp. 95 e ss. (facendo però leva sulla legislazione antidiscriminatoria ordinaria, da un lato, e sulla “pari dignità sociale”, dall’altro; sul rilievo della pari dignità v. oltre nel testo); C.M. Bianca, *op. cit.*, p. 205; Trib. Milano, 27-30 maggio 2008; Trib. Catania, 11 gennaio 2008, in *Foro it.*, 2008, I, c. 1687 e ss.; Cass., sez. un. civ., 11 novembre 2008, n. 26973, in *Foro it.*, 2009, I, c. 120 e ss., spec. par. 2.11.

diritto costituzionale alla parità di trattamento, occorre inevitabilmente precisarne contenuto e confini, posto che esso – per definizione – assume concretezza solo in rapporto alla attività di altre persone<sup>57</sup>, la quale spesso è manifestazione di specifiche posizioni soggettive costituzionalmente tutelate. Si riaffaccia qui, sotto altra veste, il tema, sopra accennato, dei limiti ai diritti e alle libertà costituzionali. In questo contesto, sembra significativo che anche chi, da più tempo e con maggior forza, argomenta la tesi dell'eguaglianza come diritto soggettivo costituzionale, inviolabile e valevole *erga omnes*, attenua la portata pratica del principio con rilevanti precisazioni: se le determinazioni precettive dell'atto di autonomia non possono risultare in contrasto con l'eguaglianza nel suo nucleo forte, non è in genere sindacabile quel “momento di libertà che precede e segue le determinazioni destinate ad assumere efficacia giuridica formale”; l'atto e il suo contenuto non possono essere raffrontati ad altri atti, “perché ogni atto espressione di autonomia privata è un *unicum*, giuridicamente irrelato”; nelle organizzazioni di tendenza “la regola del gruppo può contenere esclusioni nei confronti di chi non aderisce alla tendenza che si intende esprimere”; ancora: diritti e libertà costituzionali possono rappresentare titoli per legittime deroghe all'eguaglianza<sup>58</sup>. In questo contesto, poi, occorre tenere conto che non sembra direttamente fondata in Costituzione una generale autonomia negoziale: secondo la Corte, essa “non riceve dalla Costituzione una tutela diretta. [...] la riceve bensì indirettamente da quelle norme della Carta fondamentale, che, come gli artt. 41 e 42 – riguardanti rispettivamente l'iniziativa economica e il diritto di proprietà – si riferiscono ai possibili oggetti di quella autonomia”<sup>59</sup>.

<sup>57</sup> Cfr. A.S. Agrò, *Art. 3, 1° comma*, cit., pp. 124 e ss.

<sup>58</sup> A. Cerri, *L'eguaglianza giuridica*, cit., pp. 1536 e ss. Interessante notare che la direttiva 2000/43/CE considera come “diritto universale”, riconosciuto da varie fonti internazionali, “il diritto all'uguaglianza dinanzi alla legge e alla protezione di tutte le persone contro le discriminazioni” (3° considerando), ma aggiunge subito che nella disciplina di quel diritto “è importante rispettare” i diritti e le libertà fondamentali, “tra cui il diritto alla libertà di associazione. È altresì importante riguardo all'accesso ai beni e ai servizi e alla fornitura degli stessi, rispettare la protezione della vita privata e familiare e delle transazioni operate in tale contesto” (4° considerando).

<sup>59</sup> Sentt. 37/1969; 145/1973; 53/1974; 121/1976. Per la tesi secondo cui ha diritto fondamento in Costituzione una specifica libertà contrattuale, distinta dalle altre libertà espressamente previste, v. invece C.M. Bianca, *op. cit.*, pp. 30 e ss.

Se e nei limiti in cui è configurabile un diritto costituzionale all'eguaglianza, il risarcimento del danno, anche non patrimoniale, derivante dalla sua lesione, è costituzionalmente dovuto, rappresentando il risarcimento una tutela minima<sup>60</sup>. Almeno sotto questo profilo, allora, la questione dell'eguaglianza come limite all'autonomia privata conserva la propria attualità, anche in presenza di disposizioni esplicite sull'obbligo di risarcire il danno, patrimoniale e non, che talora si trovano nelle normative ricordate alla lett. a): esse sono costituzionalmente imposte, e non il frutto di scelte discrezionali del legislatore.

d) Concludendo questo stralcio del catalogo di questioni, occorre non dimenticare la parte iniziale dell'art. 3 Cost., nella quale si riconosce la "pari dignità sociale" di tutti cittadini. Tale formula – "curiosa e nuovissima" la ebbe a definire Livio Paladin<sup>61</sup> – non può essere intesa solo nel senso di anticipare il contenuto dei vincoli posti subito dopo al legislatore o agli apparati pubblici in genere<sup>62</sup>; occorre darvi un proprio significato normativo. Vuole essere regola immediata di disciplina dei rapporti tra le persone. E la pari dignità sociale vale nei confronti di tutti, indipendentemente da una attuazione legislativa. Scriveva Paladin nel 1965 che la clausola va trasferita "dal piano della formazione e dell'esecuzione dell'ordinamento giuridico al problema della delimitazione dell'autonomia privata; e considerare per l'appunto lesivi dell'ordine pubblico i negozi, gli atti, le stesse attività materiali dei singoli, che disconoscano quanto costituisce, in base ai principi del sistema e – sussidiariamente – alla coscienza morale della nostra epoca, il valore comune di tutti i componenti il corpo sociale"<sup>63</sup>. È stato detto che si tratta di discorso "assai astratto e difficilmente applicabile in concreto"<sup>64</sup>, ma il tentativo di concretizzazione merita di essere effettuato<sup>65</sup>. Si pensi alla tematica del rifiuto di contrattare, in campi non coperti da specifiche disposizioni legislative. Vi pos-

<sup>60</sup> Trib. Catania, 11 gennaio 2008, cit.; Cass., sez. un. civ., 26973/2008, cit., spec. paragrafi 2.7, 2.9, 2.11, 2.14.

<sup>61</sup> L. Paladin, *Il principio*, cit., p. 237.

<sup>62</sup> Per A.S. Agrò, *Art. 3, 1° comma*, cit., p. 161, la norma è permeata da un'aspirazione prevalentemente etica, e si riallaccia all'eguaglianza sostanziale dell'art. 3, co. 2.

<sup>63</sup> L. Paladin, *op. ult. cit.*, p. 244.

<sup>64</sup> P. Barile, *Diritti dell'uomo*, cit., p. 77.

<sup>65</sup> A. Guazzarotti, *Lo straniero*, cit., pp. 95 e ss., utilizza (anche) la norma sulla pari dignità sociale per riconoscere l'esistenza del diritto alla non discriminazione;

sono essere ipotesi nelle quali il rifiuto difficilmente potrebbe essere considerato lesivo della parità di trattamento, perché ad esempio chi rifiuta non ha l'obbligo di trattare, e in fatto non ha trattato e non ha intenzione di trattare con alcuno, e – ciononostante – esso potrebbe risultare lesivo della dignità della persona, per le ragioni “discriminatorie” addotte, o per le modalità del rifiuto<sup>66</sup>. Disconoscere “il valore comune di tutti i componenti il corpo sociale” è comunque illecito, e ciò indipendentemente dall'eventuale realizzarsi di una fattispecie penale.

## 6. Strumenti di tutela antidiscriminatoria. Il limite degli obblighi internazionali

In questa ultima parte vorrei ricordare alcuni istituti e norme costituzionali che – pur non specificamente diretti alla tutela contro le discriminazioni – possono rilevare nel settore dell'esperienza che consideriamo. Giova anzitutto richiamare l'attenzione sulla possibilità di valorizzare il vincolo degli obblighi internazionali, stabilito dall'art. 10, co. 1 e 2, e dal nuovo art. 117, co. 1, Cost. Dopo le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, una grande risorsa è costituita dalla CEDU<sup>67</sup>, la quale si applica *tendenzialmente* a tutte le persone soggette alla autorità degli Stati membri, indipendentemente dal possesso della cittadinanza di uno di essi<sup>68</sup>. Per quanto non sia da sopravvalutare, va

dello stesso Autore v. pure, anche per ulteriori aggiornate indicazioni, *Eguaglianza e pari dignità*, in questo Volume.

<sup>66</sup> Almeno in tale prospettiva, fare leva – a fini antidiscriminatori – sulla pari dignità sociale non è un semplice equivalente del ricorso al principio di eguaglianza come parità di trattamento. Rilievo autonomo risulta dalla giurisprudenza della Corte (sent. 101/1967), talora *assieme a (ma distinguendosi da)* qualcuno degli specifici divieti di discriminazione (sentt. 87/1975, 494/2002), anche se è vero che di solito la norma sulla pari dignità sociale *si confonde* con uno di quei divieti (ad es., sent. 205/1970, ord. 490/1988).

<sup>67</sup> Come dimostra A. Guazzarotti, *Lo straniero*, cit., p. 92. Esempio si ha nella sent. 187/2010: riconosciuto il contrasto con l'art. 14 CEDU e con l'art. 1 del Primo Protocollo addizionale, come interpretati dalla giurisprudenza di Strasburgo, la Corte ha dichiarato incostituzionale la norma che subordinava al requisito della titolarità della carta di soggiorno la concessione agli stranieri legalmente soggiornanti nel territorio dello Stato dell'assegno mensile di invalidità.

<sup>68</sup> G. Gaia, *Art. 1*, in S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, Cedam, 2001, p. 26. L'estensione del “divieto generale di discriminazione”



seguito l'emergere di una norma di diritto internazionale consuetudinario, che vieterebbe la discriminazione degli stranieri nel campo dei diritti fondamentali<sup>69</sup>.

Più nel dettaglio, poi, è possibile e necessario sottoporre a scrutinio il modo come il legislatore interno utilizza facoltà riconosciutegli dalle norme internazionali mediante il rinvio a clausole generali. Ad esempio, la Convenzione OIL 143/1975 (ratificata con la legge n. 158 del 1981), dopo aver stabilito il principio della parità di opportunità e di trattamento tra cittadini e lavoratori stranieri regolari, consente allo Stato di eccettuare dalla parificazione "limitate categorie di occupazione e di funzioni, qualora tale restrizione sia necessaria nell'interesse dello Stato" (art. 14, lett. c). Questa clausola viene talora intesa come un semplice rinvio al legislatore interno, con la conseguenza che, quale che sia la deroga introdotta, essa dovrebbe dirsi consentita dalla Convenzione, senza che sia prospettabile una questione di costituzionalità<sup>70</sup>. Ma si può argomentare che quelle clausole – per quanto elastiche siano – consentano solo interventi statali ragionevolmente riconducibili agli interessi di volta in volta considerati<sup>71</sup>.

## 7. Il divieto di discriminazioni "a rovescio"

È noto che – al di fuori del campo di applicazione del diritto comunitario (primario o derivato) – il sistema CE/UE si è fino ad ora disinteressato di violazioni del principio di eguaglianza esclusivamente

al "godimento di ogni diritto previsto dalla legge" (non solo quindi "godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione": art. 14 CEDU) non è ancora in vigore per molti Stati, Italia compresa, che ad oggi non hanno ratificato il Protocollo n. 12, pur firmato il 4 novembre 2000.

<sup>69</sup> Sent. 306/2008; sulle implicazioni del riferimento della Corte al diritto internazionale consuetudinario v. A. Guazzarotti, *Lo straniero*, cit., pp. 90-94.

<sup>70</sup> Così Trib. La Spezia, 29 maggio 2008, in *Gazz. Uff.*, 1<sup>a</sup> serie spec., n. 42 dell'8 ottobre 2008, che pur solleva questione, per violazione degli artt. 3-4 Cost., sulla norma che esclude i cittadini di paesi non UE dalla possibilità di lavorare presso imprese ferroviarie in regime di concessione.

<sup>71</sup> Per un analogo ordine di idee v. Corte europea diritti dell'uomo, sentenza 12 novembre 2008, *Demir e Baykara c. Turchia* (caso n. 34503/97), e sentenza 21 aprile 2009, *Enerji Yapi-Yol Sen c. Turchia* (caso n. 68959/01), sull'interpretazione di clausole che consentono di porre limiti particolari a diritti quando il titolare sia pubblico dipendente; in argomento v. G. Bronzini, *Diritto alla contrattazione collettiva e diritto di sciopero entrano nell'alveo protettivo della CEDU: una nuova frontiera per il garantismo sociale in Europa?*, in *Riv. it. dir. lav.* 2009, pp. 975 e ss.





interne, comprese le “discriminazioni alla rovescia”, derivanti cioè dall’applicazione, nell’ordinamento interno, del diritto comunitario in relazione a “fattispecie comunitarie”<sup>72</sup>. Non sappiamo se e quanto l’assunto si manterrà dopo l’entrata in vigore, il 1° dicembre 2009, del Trattato di Lisbona, con i nuovi trattati sull’UE e sul FUE, che incorporano quella Carta dei diritti nella quale sono proclamati anche i principi di eguaglianza davanti alla legge e di non discriminazione (artt. 20-21). Stando all’interpretazione contenuta nelle “spiegazioni” ufficiali alla Carta (atto 2007/C 303/02), spiegazioni richiamate dallo stesso art. 6.1. del nuovo TUE, nulla dovrebbe cambiare<sup>73</sup>. Ad ogni modo, pur con tale riserva sul domani, l’assunto è stato anche di recente ribadito dalla CGCE<sup>74</sup>.

Con ciò, però, il problema non è affatto risolto. Dal punto di vista del diritto nazionale, può ben venire in rilievo il principio “interno” di eguaglianza, con la particolarità che il *tertium comparationis* è fisso, ed è rappresentato dalla norma europea<sup>75</sup>. Non si può però dire che il problema della “discriminazione a rovescio” sia stato affrontato di

<sup>72</sup> Cfr. S. Amadeo, G.P. Dolso, *La Corte costituzionale e le discriminazioni alla rovescia*, in *Giur. cost.*, 1998, p. 1221 e ss.; G.P. Dolso, *Art. 3 Cost.*, cit., pp. 34 e ss. Nell’ottica europea v., anche per la prospettazione di possibili rimedi, a livello comunitario o a livello dei singoli ordinamenti, B. Nascimbene, *Le discriminazioni all’inverso: Corte di giustizia e Corte costituzionale a confronto*, in *Diritto comunitario e diritto interno* (Atti del seminario svoltosi presso la Corte costituzionale il 20 aprile 2007), Milano, 2008, pp. 381 e ss., e C. Favilli, *La non discriminazione*, cit., pp. 41 e ss., pp. 59 e ss. Da segnalare la sent. 249/1995, mediante la quale la Corte ha adottato una interpretazione larga della nozione di fattispecie con rilievo comunitario, con il risultato di rendere applicabile a cittadini italiani una norma comunitaria valevole (apparentemente, occorre allora dire) per i soli cittadini europei che avessero esercitato una libertà comunitaria.

<sup>73</sup> Le “spiegazioni” ufficiali sono già state utilizzate a fini interpretativi da Corte cost., sent. 138/2010 (n. 10 del “considerato in diritto”). Sugli effetti della codificazione dei diritti fondamentali v. M. Cartabia, *L’ora dei diritti fondamentali nell’Unione Europea*, in M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna, il Mulino, 2007, pp. 31 e ss. Un ordine di problemi analogo (individuazione dei soggetti e delle fattispecie coperte dalle nuove norme) è posto dalla cd. comunitarizzazione della CEDU: cfr. G. Tesauo, *Costituzione e norme esterne*, in *Dir. Unione europea*, 2009, pp. 221 e ss.

<sup>74</sup> Sez. VII, 17 marzo 2009, causa C-217/08, Mariano; grande sezione, 23 settembre 2008, causa C-427/06, Bartsch, in *Foro it.*, 2009, IV, pp. 446 e ss.

<sup>75</sup> F. Sorrentino, *L’eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Corte costituzionale e principio di eguaglianza*, cit., pp. 123 e ss., spec. pp. 133 e ss.; A. Morrone, *Il custode*, cit., pp. 138 e ss.; R. Bin, G. Pitruzzella, *Le fonti*, cit., pp. 89 e ss.



frequente con lo strumento del giudizio di costituzionalità della legge interna, per violazione dell'art. 3 Cost.<sup>76</sup>. Non sono mancati tentativi di risolvere il problema per via legislativa, in settori particolari. Così, la l. 62/2005 (legge comunitaria 2004), tra i principi della delega, valevoli per la attuazione di tutte le direttive comunitarie da essa considerate, aveva stabilito che si evitasse “[...] l’insorgere di situazioni discriminatorie a danno dei cittadini italiani nel momento in cui gli stessi sono tenuti a rispettare, con particolare riferimento ai requisiti richiesti per l’esercizio di attività commerciali e professionali, una disciplina più restrittiva di quella applicata ai cittadini degli altri Stati membri” (art. 2, co. 1, lett. h).

È ora da segnalare con interesse la aggiunta che la legge comunitaria per il 2008 (l. 7 luglio 2009, n. 88, art. 6, co. 1, lett. d) ha portato alla legge n. 11 del 2005. Il nuovo art. 14-*bis*, intitolato alla “parità di trattamento” dispone che “le norme italiane di recepimento e di attuazione di norme e principi della Comunità europea e dell’Unione europea assicurano la parità di trattamento dei cittadini italiani rispetto ai cittadini degli altri Stati membri dell’Unione europea residenti o stabiliti nel territorio nazionale e non possono in ogni caso comportare un trattamento sfavorevole dei cittadini italiani”; ed aggiunge che “nei confronti dei cittadini italiani non trovano applicazione norme dell’ordinamento giuridico italiano o prassi interne che producano effetti discriminatori rispetto alla condizione e al trattamento dei cittadini comunitari residenti o stabiliti nel territorio nazionale”. Se la finalità delle previsioni si comprende agevolmente, meno facile è stabilire che capacità di innovazione, e di resistenza a successive leggi contrastanti, esse presentino<sup>77</sup>. Ai fini del discorso qui svolto, ci si limita a due osservazioni. La parità di trattamento del cittadino italiano rispetto al cittadino comunitario può indirettamente giovare allo straniero di paese non UE, che si trovi in una particolare relazione con il cittadino italiano. In altri termini, potrebbe generalizzarsi la

<sup>76</sup> Il riferimento d’obbligo è alla sent. 443/1997 (“sentenza pasta”), ma si vedano anche la sent. 61/1996 (che nel caso esclude la disparità di trattamento fra cittadini italiani e comunitari), e l’ord. 125/2004 (di restituzione degli atti per *jus superveniens*, rappresentato anche da una sentenza della Corte di giustizia). Per un discutibile rifiuto di sollevare questione di costituzionalità v. Cass. civ., sez. I, 17 marzo 2009, n. 6441, in *Foro it.*, 2009, I, c. 2076 e ss., spec. c. 2086 e ss.

<sup>77</sup> Nonostante la l. 11/2005 sia di diretta attuazione costituzionale, sembra che per la Corte il rango di legge ordinaria porti comunque con sé la prevalenza di “normativa successiva e specifica” (sent. 401/2007, punto 7.7. del “diritto”).

regola espressa nell'art. 23 d. lgs. 30/2007, di "Attuazione 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", secondo la quale "le disposizioni del presente decreto legislativo, se più favorevoli, si applicano ai familiari di cittadini italiani non aventi la cittadinanza italiana" (art. 23)<sup>78</sup>.

È poi da domandarsi se sia costituzionalmente legittimo, rispetto al principio di ragionevolezza *ex* art. 3 Cost., avere limitato ai soli cittadini italiani, in via assoluta, il divieto di discriminazione alla rovescia. Applicando la nuova norma al caso deciso dalla famosa "sentenza pasta" del 1997, avremmo che: il cittadino comunitario può commercializzare in Italia un certo tipo di paste alimentari, in virtù del diritto comunitario; il cittadino italiano può fare lo stesso, in virtù dell'art. 14-*bis*, l. 11/2005; il cittadino non-UE, residente o stabilito nel territorio nazionale, non può invece commercializzare quello stesso tipo di paste alimentari. Ma è "ragionevole" che la cittadinanza del produttore rilevi nella disciplina della pasta<sup>79</sup>? E non è paradossale che l'unico soggetto al quale la legge nazionale può imporre la commercializzazione della tradizionale "pasta italiana" finisca con l'essere lo straniero non comunitario?

## **8. La responsabilità per la approvazione e per la esecuzione di leggi incostituzionali**

Infine, accenno ad un profilo particolare del tema della responsabilità per la tenuta di comportamenti discriminatori. Se si guarda all'applicazione degli artt. 43-44 T.U. immigrazione, cui rinvia anche il d.lgs. 215/2003, si registra che in taluni casi la discriminazione trova la sua radice in una legge, della quale l'atto o il comportamento della pubblica amministrazione o del privato sono semplice attuazio-

<sup>78</sup> È da segnalare la tendenza ad intendere in modo restrittivo la discriminazione alla rovescia: essa non sussisterebbe quando la norma comunitaria subordina una certa situazione giuridica favorevole all'esercizio di una delle libertà fondamentali del trattato, in particolare della libertà di circolazione e stabilimento (cfr. Cass. civ., 6441/2009, cit., sulla quale v. le convincenti critiche di E. Calò, *La Cassazione e le convivenze omosessuali fra diritto e (discriminazione a) rovescio*, in *Foro it.*, 2009, I, c. 2078 e ss.). Insegnamento contrario a quello della Cassazione si può ricavare dalla sentenza costituzionale n. 249 del 1995.

<sup>79</sup> La sent. 443/1997 ha esteso la facoltà di utilizzazione degli ingredienti "comunitari" nella produzione della pasta alle "imprese aventi stabilimento in Italia".

ne<sup>80</sup>. Ciò pone almeno due serie di problemi: a) se e a quali condizioni taluno possa essere chiamato a rispondere del danno che deriva dalla applicazione della legge poi dichiarata incostituzionale; b) se il giudizio per risarcimento sia la sede idonea per sollevare la questione di legittimità costituzionale. Il tema, certo non nuovo, continua ad essere straordinariamente interessante, perché tocca uno dei possibili strumenti di garanzia della primarietà della Costituzione, a fronte di una tendenza che vede un crescente utilizzo della legge in luogo dell'atto amministrativo, per sfuggire – pare di comprendere – ai tipici rimedi contro la illegittimità-illiceità dell'azione amministrativa.

Sull'argomento è intervenuta di recente la Corte, con l'ord. 71/2009, ritenendo che le proprie decisioni non possono avere l'effetto di rendere antiggiuridico un comportamento che tale non era nel momento in cui è stato posto in essere, e che la responsabilità per l'esecuzione di una legge incostituzionale è esclusa a causa della mancanza dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa. La posizione della Corte, per una parte<sup>81</sup>, trova autorevoli conforti. Si è sostenuto che “non è configurabile una responsabilità a carico di chi si sia conformato alla legge, pur se questa venga in un momento successivo riconosciuta costituzionalmente illegittima”<sup>82</sup>; e si puntualizzato che per la verifica dell'elemento soggettivo occorrerebbe sempre far riferimento al momento in cui l'atto è stato posto in essere, e che in tale momento la colpa mancava<sup>83</sup>. Non si può dire però che il discorso sia definitivamente chiuso<sup>84</sup>. Solo per ricordare piste di indagine, occorrerebbe

<sup>80</sup> V. ad es. il caso dei requisiti di cittadinanza richiesti per l'accesso a taluni impieghi pubblici, che ha dato origine alla vicenda sfociata nell'ord. 71/2009 della Corte costituzionale (decisione della quale si parla subito nel testo).

<sup>81</sup> Per una altra parte, invece, è difficile comprendere l'affermazione secondo cui “una sentenza [della Corte costituzionale] non può avere l'effetto di rendere antiggiuridico un comportamento che tale non era nel momento in cui è stato posto in essere”: almeno quando il comportamento si traduce in atti giuridici, è del tutto normale che dalla dichiarazione di incostituzionalità delle leggi che li riguardano derivi la illegittimità degli atti.

<sup>82</sup> V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, V ed., Padova, Cedam, 1984, p. 391.

<sup>83</sup> Cass. civ., sez. I, 5 novembre 1998, n. 11094, in *Guida al dir.*, 1998, fasc. p. 45, p. 81, con nota adesiva di A. Finocchiaro (in ipotesi di responsabilità extracontrattuale); Cass., sez. lav., 13 novembre 2007, n. 23565, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, II, p. 635 (in ipotesi di illecito contrattuale); G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, 2<sup>a</sup> ed., Bologna, il Mulino, 1988, pp. 274 e ss.

<sup>84</sup> Per una serrata critica all'ord. 71/2009 v. A. Pace, *Dalla “presbiopia” comunitaria alla “miopia” costituzionale?*, in *Giur. cost.*, 2009, pp. 672 e ss.

comunque distinguere la posizione dei diversi ipotetici responsabili, tenendo conto delle norme di diritto positivo eventualmente esistenti, e del tipo di responsabilità che viene in gioco. Così, se per i dipendenti pubblici norme specifiche limitano la responsabilità ai casi di dolo o colpa grave, analoga limitazione non vale necessariamente per la pubblica amministrazione o per i privati<sup>85</sup>; e d'altro canto è discutibile che la responsabilità contrattuale sia soggetta allo stesso regime della responsabilità extracontrattuale, quanto all'elemento soggettivo dell'illecito<sup>86</sup>.

In secondo luogo, non sembra da trascurare che vi possono essere diversi gradi della colpa, sia con riferimento al soggetto agente, sia con riferimento alla evidenza del vizio di costituzionalità<sup>87</sup>: sotto questo profilo, il fatto che, in tesi, la legge operi una discriminazione "razziale o etnica" dovrebbe avere un peso assai rilevante. Forse l'applicazione di una legge dichiarata incostituzionale a seguito di un sofisticato giudizio di (ir)ragionevolezza pone esigenze di regolazione diverse da quelle derivanti dalla attuazione di una norma che violi palesemente il divieto di discriminazione per razza o lingua o religione.

In terzo luogo, analisi particolare dovrebbe essere fatta per lo Stato o per la Regione come legislatori: domandandosi se per questi ultimi la colpa non si atteggi in un modo tutto particolare, o se – almeno per talune incostituzionalità<sup>88</sup> – non possano essere chiamati a rispondere a titolo diverso dalla responsabilità extracontrattuale. Le suggestioni in questa direzione non mancano: dalla giurisprudenza della Corte sull'obbligo (e sui relativi limiti) per lo Stato di indenniz-

<sup>85</sup> Per M. Magri, *La legalità costituzionale*, cit., pp. 247 e ss., pp. 394 e ss., mentre il *funzionario* è tenuto all'applicazione della legge ritenuta incostituzionale (e risponde della sua mancata applicazione), ciò non vale per la *amministrazione*.

<sup>86</sup> Per taluno la responsabilità contrattuale per inadempimento è esclusa solo dalla impossibilità della prestazione dovuta a forza maggiore o a caso fortuito: così già L. Paladin, *Cenni sul sistema delle responsabilità civili per l'applicazione di leggi incostituzionali*, in *Giur. cost.*, 1960, pp. 1029 e ss., spec. pp. 1035 e ss.; recentemente Trib. Roma, 24 febbraio 2009, in *Gazz. Uff.*, 1<sup>a</sup> serie spec., n. 41 del 14 ottobre 2009; nel senso che l'esclusione del dolo e della colpa quali criteri di imputabilità corrisponda alla "logica della responsabilità contrattuale" v. anche E. Scoditti, *La violazione comunitaria dello Stato fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Foro it.*, 2010, I, pp. 174 e ss. In senso contrario v. la giurisprudenza citata alla nota 83.

<sup>87</sup> G. Zagrebelsky, *op. cit.*, p. 276.

<sup>88</sup> Per la limitazione della responsabilità (di tipo extracontrattuale) alla violazione di diritti fondamentali v. R. Bifulco, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi*, Padova, Cedam, 1999, pp. 94 e ss.

zare i danni arrecati al diritto costituzionale alla salute nell'esercizio di attività consentita o imposta dalla legge<sup>89</sup>, alla "dottrina" europea sul risarcimento per mancata o incompleta trasposizione della normativa comunitaria, dottrina tradotta nell'ordinamento interno utilizzando ora lo schema tipico della responsabilità extracontrattuale, ora quello atipico della obbligazione *ex lege* di natura indennitaria, appositamente forgiato in modo tale da rispondere alle esigenze europee<sup>90</sup>. Ma già nel 1960 si notava che l'impugnazione degli atti esecutivi di una legge, in vista di una sua dichiarazione di incostituzionalità, e la chiamata in causa della amministrazione ai fini del risarcimento del danno, andavano considerati "come l'indispensabile espediente per far rispondere il legislatore", perché, nella sostanza, "l'origine della responsabilità risiede pur sempre in un atto illecito imputabile allo Stato, e cioè nella legge ordinaria dichiarata incostituzionale"<sup>91</sup>; né si escludeva la ideazione di "procedure atte a far rispondere lo Stato non soltanto ove esso provveda all'esecuzione delle proprie leggi incostituzionali, ma pure quando esso si limiti a dettare, illegittimamente, la norma d'un determinato tipo di rapporti"<sup>92</sup>.

Più in generale, poi, svolgendo un ragionamento che interessa tutti e tre i punti appena indicati, è da domandarsi in che cosa davvero consista l'elemento soggettivo del dolo o della colpa, e se esso possa sempre essere distinto dal dato oggettivo della incostituzionalità della legge<sup>93</sup>. Quando si dice che l'esecuzione della legge (poi dichiarata) incostituzionale esclude la colpa, si esclude che della "legge" faccia a questi effetti parte la Costituzione: contraddicendo, forse, l'idea che la Costituzione è (può essere) regola immediata dei rapporti tra le persone, non rivolgendosi al solo legislatore<sup>94</sup>. Condivisibile è poi

<sup>89</sup> Sent. 118/1996; sent. 226/2000. In contesto diverso, e con differenti conseguenze, già la sent. 2/1968 (ricordata da A. Pace, *Problematica*, cit., p. 286) distingue tra la responsabilità del funzionario (il giudice, nel caso) e quella dello Stato, la quale, pur non trovando garanzia nel precetto costituzionale (diceva allora la Corte), poteva essere eventualmente tratta dalla giurisprudenza, sulla base di norme e principi comuni.

<sup>90</sup> Così ora Cass., sez. un. civ., 17 aprile 2009, n. 9147, in *Foro it.*, 2010, I, pp. 168 e ss.

<sup>91</sup> L. Paladin, *Cenni*, cit., p. 1032.

<sup>92</sup> Ivi, p. 1036.

<sup>93</sup> Cfr. R. Bifulco, *La responsabilità dello Stato*, cit., pp. 127 e ss.

<sup>94</sup> Salva la questione se, per la amministrazione, la regola sia il rispetto della (sola) legge ordinaria, imposto dall'art. 97 Cost.: M. Magri, *La legalità costituzionale*, cit., pp. 390 e ss.

l'osservazione che “le questioni di valutazione della costituzionalità delle leggi, delle quali si sia destinatari, non formano [...] che una delle facce – né quella praticamente principale – del grosso problema dell'interpretazione delle leggi da parte dei sottoposti. Accanto agli errori dovuti al valersi d'una legge incostituzionale stanno cioè gli errori, assai più frequenti, costituiti dalla scelta di un'inesatta interpretazione d'una legge valida, dalla applicazione d'una legge ormai abrogata, dall'osservanza dell'una piuttosto che dell'altra fonte normativa, e via discorrendo”<sup>95</sup>.

Per il secondo aspetto, una riflessione può essere aiutata guardando a due campi di esperienza che pongono interrogativi simili. La dottrina comunitaria sulla responsabilità da inadempimento assorbe l'elemento soggettivo psicologico in quello oggettivo della gravità della violazione comunitaria<sup>96</sup>. Su altro versante, giova il dibattito circa le condizioni per la risarcibilità dei cd. interessi legittimi: dibattito dal quale emergono significative divergenze tra i giudici ordinari e il Consiglio di Stato. Riprendendo in proposito una analisi recente<sup>97</sup>, si può dire che mentre i primi dalla illegittimità del provvedimento desumevano senz'altro la colpa (salva una difficile prova contraria da parte della pubblica amministrazione), il secondo ritiene per lo più che il giudizio di colpevolezza può essere formulato solo quando la violazione risulti grave e/o commessa in un contesto di circostanze di fatto e/o in un quadro di riferimenti normativi e giuridici tale da palesare la negligenza e l'imperizia della pubblica amministrazione, dalla illegittimità dell'atto desumendosi soltanto un modesto indice sintomatico della colpa.

Quanto alla domanda, se il giudizio per risarcimento del danno sia la sede idonea per sollevare la questione di legittimità costituzionale, l'ord. 71/2009 ha dato risposta negativa: la questione sarebbe

<sup>95</sup> Così L. Paladin, *Cenni*, cit., p. 1036, anche se solo con riferimento alla colpa nella responsabilità contrattuale. Ma il problema dell'errore nella individuazione della norma da seguire si pone anche per la responsabilità extracontrattuale.

<sup>96</sup> Cfr. il riassunto che delle condizioni comunitarie per il risarcimento è operato da Cass., sez. un. civ., 9147/2009, cit., e – sul punto – la sottolineatura di E. Scoditti, *op. cit.*, c. 175. In argomento v. M. Cartabia, *Omissioni del legislatore, diritti sociali e risarcimento dei danni (A proposito della sentenza “Francovich” della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Giur. cost.*, 1992, pp. 509 e ss., e, di recente, F. Ferraro, *La responsabilità risarcitoria degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, Milano, Giuffrè, 2008.

<sup>97</sup> A. Lamorgese, *L'illecito provvedimento della pubblica amministrazione: giurisprudenze a confronto*, in *Foro it.*, 2009, I, cc. 2801 e ss., spec. c. 2802.

irrelevante, perché comunque non vi potrebbe essere condanna al risarcimento del danno<sup>98</sup>. Ma in senso contrario è stato osservato che, indipendentemente dal fatto che in concreto non si risponda, il tema dell'*an* e del *quantum* del risarcimento attiene alle valutazioni proprie del giudizio *a quo*, alla *influenza* che su di esso esplica la decisione della Corte, e non alla *rilevanza* della questione in andata: la giurisprudenza consolidata relativa alla sindacabilità delle norme penali di favore sembra sul punto definitiva<sup>99</sup>. Del resto, la stessa Corte ha talora implicitamente riconosciuto la rilevanza di una questione sollevata nell'ambito di un giudizio instaurato per il risarcimento del danno che sarebbe derivato dall'esercizio di un diritto riconosciuto da legge che si sospettava incostituzionale<sup>100</sup>.

In tema di rilevanza, più incerto è il punto seguente: se la anti-giuridicità del danno non presupponga necessariamente la eliminazione dell'atto o la cessazione del comportamento adottato o tenuto in esecuzione della legge, sperando se del caso i rimedi processuali di volta in volta previsti. La questione può essere concreta proprio nell'ambito dei procedimenti contro le discriminazioni *ex art. 4* d.lgs. 215/2003 e artt. 43-44 T.U. immigrazione<sup>101</sup>, quando – alle richieste di cessazione del comportamento discriminatorio e di annullamento

<sup>98</sup> Nel senso della irrilevanza Cass. 11094/1998, cit.

<sup>99</sup> A. Pace, *Dalla "presbiopia" comunitaria*, cit., pp. 675 e ss.

<sup>100</sup> V. la ord. 389/1988, che implicitamente riconosceva la rilevanza della questione, nell'ambito della lunga vicenda poi definita dalla citata Cass. 11094/1998. Senz'altro da segnalare, dopo l'ord. 71/2009, la sent. 81/2010: come risulta dall'ordinanza di rinvio (Trib. Roma, 24 febbraio 2009, cit.), e dalla parte in fatto della sentenza, nel giudizio *a quo* si discuteva anche del danno in ipotesi derivante dalla revoca di un incarico dirigenziale, disposta dalla amministrazione nel rispetto puntuale di una norma di legge. Nell'atto di remissione si sottolineava che i profili della colpa e della quantificazione del danno erano logicamente successivi a quello della sussistenza dell'illecito, che dipendeva dalla illegittimità della legge; la Corte decide nel merito, assumendo come un dato l'impostazione del giudice *a quo*.

<sup>101</sup> Le espressioni usate nel testo ("eliminazione dell'atto", "annullamento dell'atto", etc.) implicano che la domanda e il provvedimento del giudice possano avere ad oggetto, appunto, l'annullamento o la rimozione dell'atto. Il punto non è pacifico, potendosi forse dubitare che al giudice ordinario competea, nel caso, di annullare atti amministrativi. Impregiudicata la questione, le considerazioni del testo valgono anche ritenendo che il giudice debba limitarsi ad ordinare alla amministrazione di rimuovere l'atto, oppure a rimuoverne gli effetti discriminatori, e via discorrendo. Il problema centrale rimane inalterato: se il risarcimento del danno si possa ottenere a prescindere dalla contestazione diretta dell'atto o del comportamento, e a prescindere dalla rimozione (dal tentativo della rimozione) della discriminazione patita.

dell'atto – si aggiunga all'inizio quella del risarcimento del danno, e in un tempo successivo si abbandonino le prime domande, mantenendosi l'ultima<sup>102</sup>. La risposta non può prescindere dall'esame attento delle norme di diritto positivo che hanno ad oggetto il rapporto tra scrutinio della validità dell'atto (della legittimità del comportamento) e risarcimento del danno: può trattarsi di norme puntualmente pertinenti al caso, oppure di principi ricavabili dal sistema<sup>103</sup>. In questa prospettiva, si osserva che l'art. 4 d.lgs. 215/2003<sup>104</sup> sembra configurare innanzitutto una azione di contestazione di atti e comportamenti discriminatori, alla quale può unirsi la richiesta di risarcimento del danno: il comma 1 ragiona di “tutela giurisdizionale *avverso gli atti e i comportamenti di cui all'articolo 2*”; il comma 2 prosegue riferendosi a “chi intende agire in giudizio *per il riconoscimento della sussistenza di una delle discriminazioni di cui all'articolo 2*”; il comma 4 – soprattutto – individua il contenuto del “provvedimento che *accoglie il ricorso*” nell'ordine di “*cessazione del comportamento, della condotta o dell'atto discriminatorio, ove ancora sussistente*”, e nell'ordine di “rimozione degli effetti”; e solo secondariamente si aggiunge che il giudice provvede, “*se richiesto, al risarcimento del danno anche non patrimoniale*”. Al di là del dato letterale, la previa rimozione dell'atto o la cessazione del comportamento, rispetto al risarcimento del danno, sembrano richieste dalla natura dell'illecito, consistente in una discriminazione particolarmente odiosa. Se si lasciasse all'interessato la scelta tra tutela anche ripristinatoria/demolitoria, e tutela solo risarcitoria, si consentirebbe in sostanza la monetarizzazione della discriminazione razziale ed etnica: tutto si potrebbe comprare, e l'ordinamento tollerebbe la permanenza di atti e comportamenti

<sup>102</sup> Sembra di questo tipo la vicenda nel cui ambito è stata sollevata la questione decisa con l'ord. 71/2009.

<sup>103</sup> Insiste molto sulla necessità di analizzare le singole previsioni normative (ad esempio del diritto societario o del diritto del lavoro) I. Pagni, *La responsabilità della pubblica amministrazione e l'assetto dei rapporti tra tutela specifica e tutela risarcitoria dopo l'intervento delle sezioni unite della Cassazione*, in *Foro it.*, 2009, I, c. 2721 e ss. Per la possibilità che la questione del risarcimento implichi l'esame della questione concernente la illegittimità dell'atto anche solo in via incidentale, v. Trib. Roma, 24 febbraio 2009, cit.

<sup>104</sup> La questione non è pregiudicata dalla direttiva 2000/43/CE. Analisi a parte andrebbe svolta per l'art. 44 T.U. immigrazione, formulato in termini diversi da quelli considerati nel testo.

dei quali si sarebbe accertata, sia pure incidentalmente, una così grave illegittimità<sup>105</sup>.

Quanto detto presuppone che l'art. 4 d.lgs. 215/2003 configuri un caso di tutela decisoria, seppur sommaria; se la tutela apprestata fosse invece di tipo cautelare<sup>106</sup>, la possibilità di chiedere unicamente il risarcimento del danno sarebbe comunque esclusa. La questione si potrebbe però porre in un giudizio ordinario per risarcimento, e allora, allargando la prospettiva, spunti di riflessione verrebbero senz'altro dal dibattito sulla cd. pregiudiziale amministrativa, ai fini della risarcibilità degli interessi legittimi<sup>107</sup>; basta però accennare al tema, per comprendere come sia velleitario qualunque tentativo di trattarne nella presente relazione. La quale rimane, dunque, solo un elenco di questioni.

<sup>105</sup> La necessità della previa rimozione dell'atto, o dell'ordine di cessazione del comportamento, responsabilizza il danneggiato, onerandolo del tentativo di ridurre con tutti i mezzi possibili i danni temuti o in corso. La mancanza di termini brevi di decadenza, poi, esclude che la previa contestazione dell'atto o del comportamento si traduca in un ostacolo irragionevole al risarcimento del danno.

<sup>106</sup> Come, secondo la Cassazione, è quella ex artt. 43-44 d.lgs. 286/1998 (Cass., sez. un., 7 marzo 2008, n. 6172, in *Foro it.*, 2008, I, c. 2168, con nota contraria di G. Scarselli, *Sulla distinzione tra tutela sommaria cautelare e tutela sommaria decisoria*).

<sup>107</sup> Per le contrapposte posizioni giurisprudenziali v. Cass., sez. un. civ., 23 dicembre 2008, n. 30254, in *Foro it.*, 2009, I, cc. 731 e ss., e Cons. St., VI, 21 aprile 2009, n. 2436, in *Foro it.*, 2009, III, cc. 536 e ss. Sull'argomento incide ora il "Codice del processo amministrativo" (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104), il cui art. 30 supera la pregiudizialità.



## **La non discriminazione nell'Unione europea e l'applicazione ai cittadini di paesi terzi**

CHIARA FAVILLI

*Sommario:* 1. La non discriminazione dal Trattato sulla Comunità europea al Trattato di Lisbona. 2. L'attuazione del diritto antidiscriminatorio e l'applicazione ai cittadini di paesi terzi. 3. L'applicazione del divieto di discriminazione per motivi di nazionalità ai cittadini di paesi terzi. 4. L'applicazione del principio generale di non discriminazione ai cittadini di paesi terzi. 5. La differenza di trattamento tra cittadini dell'Unione europea e cittadini di paesi terzi nel godimento dei diritti umani.



### **1. La non discriminazione dal Trattato sulla Comunità europea al Trattato di Lisbona**



I divieti di discriminazione, contenuti nei Trattati istitutivi sin dalle origini delle Comunità europee, hanno avuto uno straordinario sviluppo giurisprudenziale e normativo, tanto da individuare un settore specifico del diritto dell'Unione<sup>1</sup>. Tale diritto si è sviluppato intorno ai due pilastri costituiti dai divieti di discriminazione per motivi di nazionalità e di sesso. Il primo in particolare ha svolto un ruolo strategico nel processo di integrazione dei mercati, tant'è che al divieto generale espresso nell'art. 12 TCE (18 TFUE) corrispondono diverse specificazioni riguardanti la libera circolazione dei lavoratori (artt. 39-42 TCE, ora 45-48 TFUE), il diritto di stabilimento (artt. 43-48 TCE, ora 49-55 TFUE), la libera circolazione dei servizi (artt. 49-55 TCE, ora 56-62 TFUE), la libertà di movimento dei capitali (artt. 56-60 TCE, ora 63-66 TFUE) ed il divieto di misure fiscali discrimi-

<sup>1</sup> M. Barbera, *Il Nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano, Giuffrè 2007.



natorie (art. 95 TCE, ora 114 TFUE)<sup>2</sup>. Tali disposizioni sono volte complessivamente a garantire che i fattori di produzione e di scambio possano competere e circolare nel mercato europeo senza ostacoli dovuti a differenze di trattamento in ragione dello Stato d'origine. Il divieto di discriminazione, in questo contesto, svolge una funzione strumentale alla realizzazione del mercato comune ed è caratterizzato da una natura spiccatamente economica.

Quanto al divieto di discriminazione per motivi di sesso, il Trattato istitutivo ha da sempre sancito il principio della pari retribuzione fra i lavoratori di sesso maschile e di sesso femminile (art. 141 TCE, ora 157 TFUE). Pur essendo stata inserita nel Trattato per finalità prevalentemente economiche, la Corte di giustizia, già nelle più risalenti sentenze, ha interpretato tale norma come avente una duplice natura, economica e sociale<sup>3</sup>. Analogamente la Corte ha riconosciuto una dimensione sociale nello stesso divieto di discriminazione per motivi di nazionalità, allorquando è stato applicato alla libertà di circolazione e di soggiorno del cittadino dell'Unione europea, a prescindere dallo svolgimento di attività economicamente rilevanti. Tale dimensione sociale è stata ulteriormente accresciuta con il Trattato di Amsterdam che ha inserito nel Trattato CE l'art. 13 (ora art. 19 TFUE) riguardante il conferimento di poteri al Consiglio per contrastare la discriminazione per motivi di sesso, razza e origine etnica, religione e convinzioni personali, età, disabilità e orientamento sessuale. Nonostante che l'art. 19 TFUE non sancisca un divieto di discriminazione, con esso per la prima volta sono state introdotte nel Trattato cause di discriminazione diverse da quelle del sesso e della nazionalità, con un ambito di applicazione coincidente con lo stesso Trattato, andando ad integrare in maniera significativa il contenuto del diritto antidiscriminatorio europeo.

Con il Trattato di Lisbona il diritto antidiscriminatorio europeo ha registrato un ulteriore sviluppo. Nei primi due titoli del nuovo Trattato sull'Unione europea sono numerosi i riferimenti ai divieti di discriminazione ed al principio di uguaglianza. L'art. 2 TUE per la prima volta include tra i valori (prima denominati principi) sui quali

<sup>2</sup> Anche gli articoli concernenti la garanzia della concorrenza nel mercato comune (artt. 81 e 82 TCE, ora 101 e 102 TFUE), così come il divieto di discriminazione tra produttori e consumatori in materia agricola (articolo 34 TCE, ora 40 TFUE), possono essere considerati specificazione del divieto di discriminazione.

<sup>3</sup> Così chiaramente si è espressa la Corte di giustizia nella sentenza 8 aprile 1976, *Defrenne I*, causa 43/75, in *Raccolta*, 1976, p. 455.

si fonda l'Unione anche l'uguaglianza, specificando poi che la non discriminazione e la parità tra uomini e donne costituiscono una caratteristica comune alle società degli Stati membri dell'Unione europea. Il seguente art. 3, par. 2, TUE, sostituisce l'art. 2 TUE, modificando ed accrescendo gli obiettivi dell'Unione, tra i quali è ora inserita anche la lotta all'esclusione sociale e alle discriminazioni ed, ancora una volta, la promozione della parità tra donne e uomini<sup>4</sup>. Uguaglianza, lotta contro le discriminazione e parità tra uomini e donne sono quindi contemplate sia tra i valori dell'Unione sia tra gli obiettivi che l'Unione tutta (con tutte le sue politiche) deve perseguire. In due norme è poi contenuto un espresso riferimento al principio di uguaglianza. Si tratta dell'art. 4, par. 2, TUE e dell'art. 9 TUE. Il primo sancisce l'obbligo per l'Unione di rispettare l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai Trattati e la loro identità nazionale. La norma rievoca il principio di uguaglianza davanti alla legge, principio classico delle democrazie moderne, declinato nell'ambito dell'Unione, rendendolo operante in favore degli Stati membri e rispetto ai Trattati che rappresentano la norma fondamentale dell'Unione. Si riferisce invece ai cittadini l'art. 9, contenuto nel Titolo II sui principi democratici, in base al quale "L'Unione rispetta, in tutte le sue attività, il principio dell'uguaglianza dei cittadini, che beneficiano di uguale attenzione da parte delle sue istituzioni, organi e organismi [...]".

Il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea contiene significative modifiche alle norme antidiscriminatorie pur nella conferma dell'impianto dei divieti e delle norme esistenti, in particolare di quelle che ribadiscono nelle singole materie il divieto di discriminazione per motivi di nazionalità. La prima modifica riguarda il titolo I denominato "Categorie e settori di competenza dell'Unione" e non più "Principi". La modifica del titolo è radicale dato che tutte le norme ivi contenute vengono abrogate o spostate, generalmente con riformulazioni, nel TUE o in altre parti del TFUE. Si incorporano così dal titolo sui "Principi" del TCE quelle norme che erano volte, più che a fornire basi giuridiche, ad individuare obiettivi e valori dell'Unione e che per questo sono inserite nel Titolo I del TUE. Il Titolo I del TFUE viene quindi dedicato prevalentemente ad individuare le competenze dell'Unione, specificando per ciascuna di esse la rispettiva categoria:

<sup>4</sup> Art. 3, par. 2, 4° capoverso: "[L'Unione] rispetta la ricchezza della sua diversità culturale e linguistica e vigila sulla salvaguardia e sullo sviluppo del patrimonio culturale europeo".

esclusiva, concorrente o di sostegno, coordinamento e completamento. Il Titolo II dedicato alle “Disposizioni di applicazione generale” contiene alcune norme che individuano obiettivi trasversali alle varie politiche, in quanto il loro perseguimento presuppone un’azione concorrente in ogni settore disciplinato dal diritto UE. Alcune di queste disposizioni sono nuove, altre sono state spostate da altre parti del Trattato, come ad esempio gli articoli sulla protezione dell’ambiente e dei consumatori (artt. 11 e 12 TFUE).

Norma completamente nuova è l’art. 10 in base al quale: “Nella definizione e nell’attuazione delle sue politiche e azioni, l’Unione mira a combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l’origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l’età o l’orientamento sessuale”. Questa disposizione impone che tutte le politiche dell’Unione debbano non solo non discriminare per i motivi ivi indicati, che sono i medesimi di quelli contenuti nell’art. 19 TFUE, ma anche concorrere ad eliminare le discriminazioni. Non si tratta né di un divieto di discriminazione (come l’art. 18 TFUE) né di una norma attributiva di competenza (come l’art. 19 TFUE), bensì di una norma che impone di perseguire la lotta alle discriminazioni in ogni settore d’intervento dell’Unione europea. Il concetto di *mainstreaming*, sorto ed ampiamente sviluppatosi in ambito di discriminazione per motivi di sesso, viene ora ad estendersi a tutte le forme di discriminazione espressamente considerate dal diritto dell’Unione europea. Tuttavia tale disposizione non contempla la nazionalità che continua ad essere disciplinata da disposizioni specifiche e ad essere considerata separatamente, come vedremo, da tutti gli altri motivi di discriminazione. Ancora il Trattato di Lisbona prevede lo spostamento degli artt. 12 e 13 TCE nella seconda parte dedicata alla “Non discriminazione e cittadinanza dell’Unione” che comprende gli artt. da 18 a 25. Gli artt. 18 e 19 TFUE corrispondono, con lievi modifiche, agli artt. 12 e 13 TCE. La scelta dell’accorpamento delle norme sulla non discriminazione e sulla cittadinanza potrebbe essere stata determinata dalla volontà di raggruppare in un’unica parte del Trattato le norme relative ai diritti della persona, a prescindere dall’esercizio dei diritti derivanti dalle altre parti del Trattato ed in particolare da quelle relative al mercato interno. Con lo spostamento delle due disposizioni antidiscriminatorie dalla prima alla seconda parte, il legislatore comunitario ha depurato la prima dalle norme contenenti basi giuridiche mantenendovi solo quelle che propriamente definiscono i principi e le modalità di funzionamento di tutta l’Unione. Il fatto che tali norme

non siano più collocate nei principi non significa una riduzione di rilevanza, dato che la Corte di giustizia ha raramente valorizzato sia il dato letterale sia quello della collocazione nell'ambito del Trattato per determinare l'importanza di una disposizione; sarà quindi sempre possibile riconoscere dei principi in qualsiasi norma del Trattato a prescindere dalla sua collocazione.

## **2. L'attuazione del diritto antidiscriminatorio e l'applicazione ai cittadini di paesi terzi**

Come noto, in attuazione dell'art. 13 TCE (19 TFUE), il Consiglio ha adottato nel 2000 due direttive, dette "gemelle" in quanto presentano molti aspetti comuni e sono volte a fornire una tutela organica contro le discriminazioni. Si tratta della direttiva 2000/43/CE del 29 giugno 2000 che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica<sup>5</sup> e della direttiva 2000/78/CE del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro<sup>6</sup>. Le due direttive del 2000 si differenziano, in particolare, relativamente ai motivi di discriminazione tutelati e all'ambito di applicazione, limitandosi la seconda al solo settore del lavoro. L'adozione delle direttive del 2000 ha richiesto l'adeguamento di una parte del diritto antidiscriminatorio tradizionale, vale a dire delle direttive già in vigore in materia di discriminazione per motivi di sesso, sia in relazione al loro contenuto sia in relazione al loro ambito di applicazione: esse hanno, infatti, introdotto significative novità soprattutto relativamente alla nozione di discriminazione, alla strutturazione del giudizio sulla discriminazione ed all'ambito di applicazione. Nessuna delle due direttive contempla la discriminazione per motivi di sesso, che invece compare tra i motivi di discriminazione tutelati dall'art. 19 TFUE<sup>7</sup>. Non è stato invece necessario intervenire

<sup>5</sup> In GUCE L 180 del 9/07/2000 pp. 22-26.

<sup>6</sup> In GUCE L 303 del 02/12/2000 pp. 16-22.

<sup>7</sup> I numerosi atti normativi e programmi di azione, adottati in attuazione dell'art. 141 TCE (157 TFUE), hanno in larga parte ispirato il pacchetto di misure di attuazione dell'art. 13 TCE; ciononostante le direttive del 2000 hanno richiesto la modifica delle direttive esistenti. Sono state così adottate la direttiva 2002/73/CE del 23 settembre 2002 che modifica la direttiva 76/207/CEE del Consiglio, *relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento tra gli uomini e le donne per*

sulla normativa in materia di discriminazione per motivi di nazionalità, dato che non esiste alcuna direttiva specificamente dedicata al contrasto della discriminazione per questo motivo.

Le diverse basi giuridiche tendono dunque a generare diverse normative che conferiscono ai singoli motivi di discriminazione tutele diverse, sia per l'ambito di applicazione dei divieti, sia per le specifiche normative contenute nei diversi atti normativi. Interessante è considerare il diverso regime garantito al divieto di discriminazione per motivi di nazionalità nonché l'applicazione dei divieti ai cittadini di paesi terzi. Nella direttiva 2000/43/CE come nell'art. 19 TFUE, l'origine etnica è affiancata alla razza, integrando il vocabolo che più evoca caratteristiche fisiche (la razza) con il riferimento alla dimensione culturale del gruppo di appartenenza (l'origine etnica). Razza ed origine etnica vengono quindi a costituire un'unica nozione, tale da evitare che vi siano situazioni non tutelate per mere ragioni terminologiche. Sono invece espressamente escluse le differenze di trattamento basate sulla nazionalità. L'art. 3, infatti, esclude dall'ambito di applicazione della direttiva “[...] le differenze di trattamento basate sulla nazionalità e non pregiudica le disposizioni e le condizioni relative all'ingresso e alla residenza di cittadini di paesi terzi e di apolidi nel territorio degli Stati membri, né qualsiasi trattamento derivante dalla condizione giuridica dei cittadini dei paesi terzi o degli apolidi interessati”. La disposizione è rafforzata dal considerando n. 13 in base al quale il “divieto di discriminazione dovrebbe applicarsi anche nei confronti dei cittadini di paesi terzi, ma non comprende le differenze di trattamento basate sulla nazionalità e lascia impregiudicate le disposizioni che disciplinano l'ingresso e il soggiorno di cittadini dei paesi terzi e il loro accesso all'occupazione e all'impiego”. Le norme, quindi, non escludono l'applicazione ai cittadini di paesi terzi, ma escludono che possano essere invocate contro le leggi sull'immigrazione o per discriminazioni basate sulla cittadinanza<sup>8</sup>.

*quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionale e alle condizioni di lavoro*, in GUUE L 269 del 5 ottobre 2002, pp. 15-20, e la direttiva 2004/113/CE che attua il principio della parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura.

<sup>8</sup> Il trattamento dello straniero rientra, infatti, tradizionalmente nella sfera di esclusiva sovranità degli Stati nazionali che raramente hanno accettato vincoli internazionali in materia. Come già rilevato *supra* nel cap. I, la nozione di nazionalità deve intendersi come coincidente con quella di cittadinanza, pur essendovi Stati che distinguono anche giuridicamente le nozioni di nazionalità e di cittadinanza. Il termine origine nazionale invece non può essere considerato sinonimo di cittadinanza,

Tecnicamente l'esclusione dell'applicazione della direttiva 2000/43/CE alla discriminazione per motivi di nazionalità si giustifica anche in base al rispetto del principio di attribuzione delle competenze, dato che l'art. 19 TFUE, base giuridica della direttiva, non riguarda la nazionalità che è invece oggetto dell'art. 18 TFUE. Questo divieto è sempre stato inteso come divieto della discriminazione in base alla cittadinanza e limitato dalla Corte di giustizia ai soli cittadini comunitari. Poiché l'art. 19 TFUE fa salve le altre disposizioni del Trattato, il divieto di discriminazione in base alla nazionalità continua ad essere esclusivamente disciplinato dall'art. 18 TFUE con la conseguenza che qualsiasi atto giuridico relativo alla discriminazione per motivi di nazionalità deve essere basato su di esso.

Talvolta può risultare difficile distinguere se una discriminazione sia effettivamente basata sulla cittadinanza o sulla razza o sull'origine etnica<sup>9</sup>. In alcuni paesi le discriminazioni per motivi di razza o di origine etnica sono più facilmente distinguibili da quelle per motivi di cittadinanza, poiché le persone di razza o di origine etnica diversa da quella della maggioranza della popolazione sono anche cittadini di tali paesi. In altri, invece, soprattutto in quelli destinatari di flussi migratori a partire da periodi più recenti e con una politica tendente a non facilitare l'acquisto della cittadinanza, la discriminazione a motivo della razza o dell'origine etnica può essere facilmente confuse con quella a motivo della nazionalità. Allorché la discriminazione per motivi di nazionalità determini anche una discriminazione indiretta per motivi di razza si potrà quindi applicare la direttiva. Nella prima sentenza con la quale la Corte di giustizia si è espressa sull'interpretazione della direttiva 2000/43/CE la Corte ha del tutto ignorato la questione nonostante la causa potesse offrire spunti in proposito<sup>10</sup>. La fattispecie riguardava, infatti, la discriminatorietà della politica di reclutamento di un imprenditore che aveva chiaramente affermato che non avrebbe assunto "lavoratori immigrati". La Corte non ha indagato se si trattasse di una discriminazione per motivi di nazionalità (diretta) o di razza e origine etnica (diretta o indiretta) e ha

bensi di nazionalità intesa nel senso di appartenenza ad una comunità nazionale, distinguibile per lingua, cultura e religione.

<sup>9</sup> *Regina v. Immigration Officer at Prague Airport and another ex parte European Roma Rights Centre and others*, 9 December 2004, in 2004 UKHL, 55. <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld200405/ldjudgmt/jd041209/roma-1.htm>.

<sup>10</sup> Causa C-54/07, *Feryn*, in *Raccolta*, 2008, I, 5187.

valutato la causa alla luce della direttiva 2000/43/CE, dando dunque per presupposto che si trattasse di una discriminazione per motivi di razza e origine etnica. L'implicita assunzione di una discriminazione di questo tipo nel novero della discriminazione per motivi di razza e origine etnica potrebbe essere intesa come un'adesione da parte della Corte di giustizia all'orientamento che intende la discriminazione per motivi di nazionalità, ossia la xenofobia, come una delle tante varianti della discriminazione razziale e del razzismo<sup>11</sup>. La direttiva non prevede alcuna restrizione all'applicazione del divieto di discriminazione per motivi di razza od origine etnica agli stranieri, a seconda che siano o meno regolarmente soggiornanti. Considerando che i diritti fondamentali devono applicarsi a tutte le persone a prescindere dal loro *status* è evidente che anche il divieto di discriminazione per motivi di razza e di origine etnica dovrà applicarsi a chiunque almeno nel godimento dei diritti fondamentali. Per alcuni Stati sussiste in tal senso anche un vincolo internazionale derivante dalla Convenzione OIL n. 143/1975 sulla parità di trattamento dei lavoratori, dalla quale deriva l'obbligo di assicurare tale parità, anche per gli irregolari, relativamente al lavoro effettivamente prestato, almeno riguardo alla retribuzione, alla sicurezza sociale e ad altri vantaggi economici<sup>12</sup>. Non essendoci alcuna restrizione espressa nel testo della direttiva, si deve ritenere che il divieto di discriminazione ivi sancito si possa applicare a tutti a prescindere dallo *status* del soggiornante anche nel

<sup>11</sup> Si veda la Dichiarazione di Durban del 2001 adottata al termine della Conferenza delle Nazioni Unite "World Conference against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance", che indica la xenofobia e la discriminazione contro i migranti come una delle più gravi forme di razzismo dell'era contemporanea, in [http://www.un.org/durbanreview2009/pdf/DDPA\\_full\\_text.pdf](http://www.un.org/durbanreview2009/pdf/DDPA_full_text.pdf).

<sup>12</sup> Si veda in questo senso la *Convention concerning Migrations in Abusive Conditions and the Promotion of Equality of Opportunity and Treatment of Migrant Workers*, entrata in vigore il 9 dicembre 1978 ma ratificata da soli 23 Stati. Secondo l'art. 9: "1. Without prejudice to measures designed to control movements of migrants for employment by ensuring that migrant workers enter national territory and are admitted to employment in conformity with the relevant laws and regulations, the migrant worker shall, in cases in which these laws and regulations have not been respected and in which his position cannot be regularised, enjoy equality of treatment for himself and his family in respect of rights arising out of past employment as regards remuneration, social security and other benefits. 2. In case of dispute about the rights referred to in the preceding paragraph, the worker shall have the possibility of presenting his case to a competent body, either himself or through a representative [...]".

godimento di altri diritti ed in particolare rispetto all'accesso ai beni e servizi. Talvolta risulta però problematico per lo straniero non regolarmente soggiornante far valere i propri diritti: tale *status* mal si concilia con la presentazione di un ricorso davanti ad un Tribunale e con la necessaria vicinanza anche alle forze dell'ordine preposte al controllo della regolarità del soggiorno dei cittadini stranieri nel territorio. Queste limitazioni "di fatto" hanno come risultato paradossale di impedire di utilizzare tali strumenti giuridici da parte di chi rischia di averne più bisogno. È noto infatti che proprio la condizione di irregolarità induca taluni datori di lavoro a sfruttare la posizione di particolare debolezza assoggettando i lavoratori a trattamenti altamente sfavorevoli rispetto a quelli normativamente previsti. Talvolta il godimento di taluni diritti, come quelli di carattere sociale oppure l'accesso a certi beni e servizi, presuppongono necessariamente la regolarità del soggiorno o del contratto di lavoro, quest'ultimo quasi mai ottenibile senza un regolare permesso di soggiorno. Al contrario tutte le volte che la regolarità del soggiorno non è conferente, come ad esempio nel caso di un contratto di *leasing* per l'acquisto di un elettrodomestico o di qualsiasi altro bene, sarebbe discriminatoria la richiesta di esibizione del permesso di soggiorno o di altra documentazione qualora nessuna particolare documentazione sia richiesta ai cittadini dello Stato<sup>13</sup>.

L'altro grande ambito di esclusione dell'applicazione della direttiva concerne la normativa che disciplina l'immigrazione e il soggiorno dei cittadini di paesi terzi. Un'analoga esclusione si riscontra anche nella Convenzione delle Nazioni Unite sulla Discriminazione Razziale (ICERD) che è stata interpretata dalla Commissione preposta al controllo del rispetto della Convenzione (CERD) che ha adottato il 1° ottobre 2004 la *General Recommendation n. 30*, sulla *Discrimination Against Non Citizens* che esorta gli Stati ad assicurare che le politiche migratorie, così come le misure adottate per contrastare fenomeni di terrorismo, non perseguano scopi o non producano effetti discriminatori in base alla razza, al colore, alla discendenza o all'origine etnica o nazionale.

Anche la Corte europea dei diritti umani ha avuto modo di pronunciarsi espressamente sulle discriminazioni causate dalle leggi disciplinanti l'ingresso e il soggiorno degli stranieri affermando che,

<sup>13</sup> *Contra* D. Maffei, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Milano, Giuffrè, 2007.

sebbene gli Stati siano sostanzialmente liberi nel definire tali regole, ciò non toglie che essi debbano rispettare i diritti garantiti dalla Convenzione europea, compreso il divieto di discriminazione<sup>14</sup>. Affinché una legge sull'immigrazione possa essere contestata perché discriminatoria per motivi di razza, occorre dunque dimostrare che vi sia una discriminazione diretta per motivi di nazionalità e indiretta per motivi di razza; ad esempio se una particolare popolazione o etnia venisse sistematicamente esclusa dall'ingresso, a differenza di altre persone, sempre straniere, ma di nazionalità od origine etnica diversa, senza che vi siano giustificazioni ammissibili<sup>15</sup>.

### **3. L'applicazione del divieto di discriminazione per motivi di nazionalità ai cittadini di paesi terzi**

Con lo sviluppo del diritto antidiscriminatorio, la tutela nei confronti del divieto di discriminazione per motivi di nazionalità risulta meno ampia di quella accordata agli altri divieti di discriminazione, nonostante esso sia previsto in una norma primaria, definita dalla Corte di giustizia di carattere imperativo. La sua disciplina è, infatti, diversa rispetto a quella prevista per gli altri divieti di discriminazio-

<sup>14</sup> Ad esempio nella sentenza *Abdulaziz, Cabales e Balkandali*, nella quale i ricorrenti sostenevano che la legge britannica sull'immigrazione costituisse una discriminazione per motivi di razza, la Corte europea dei diritti umani rigetta l'argomento precisando che, sebbene la legge sull'immigrazione necessariamente comporti una distinzione in base alla nazionalità, essa non può considerarsi come indirettamente discriminatoria per motivi di razza. *"The mass immigration against which the rules were directed consisted mainly of would-be immigrants from the New Commonwealth and Pakistan, and that as a result they affected at the material time fewer white people than others, is not a sufficient reason to consider them as racist in character: it is an effect which derives not from the content of the 1980 Rules but from the fact that, among those wishing to immigrate, some ethnic groups outnumbered others. The Court concludes from the foregoing that the 1980 Rules made no distinction on the ground of race and were therefore not discriminatory on that account. Case of Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. The United Kingdom, 28 May 1985, ricorso n. 9214/80; 9473/81; 9474/81, par. 85.*

<sup>15</sup> È quanto ha affermato la House of Lords nella citata sentenza *Regina v. Immigration Officer at Prague Airport*, nella quale ha riconosciuto il carattere discriminatorio di un'operazione di controllo dell'immigrazione che vedeva coinvolti degli agenti britannici operanti presso l'aeroporto di Praga. Nei giorni nei quali è avvenuta l'operazione contestata, a 68 su 78 persone di etnia Rom fu negato l'ingresso nel Regno Unito contro i 14 su 6170 divieti nei confronti di persone non Rom.

ne. Anche il sesso ha una disciplina specifica che, però, si somma a quella comune a tutti gli altri motivi di discriminazione e derivante dall'attuazione dell'art. 19 TFUE. Un aspetto controverso riguarda l'ambito di applicazione soggettivo, vale a dire la sua applicazione solo ai cittadini dell'Unione europea o anche ai cittadini di paesi terzi, analogamente agli altri divieti di discriminazione. La nozione di nazionalità ivi contenuta è stata infatti interpretata in modo restrittivo così come la nozione di *persone* già contenuta nell'art. 14 TCE (ora 26, par. 2, TFUE): entrambe sono state intese come riferite ai soli cittadini di uno Stato membro<sup>16</sup>. Anche la nozione di *lavoratore dello Stato membro* ai sensi dell'art. 39 TCE (ora 45 TFUE) è sempre stata intesa come lavoratore e *cittadino* di uno Stato membro, ragion per cui il paradigma del soggetto passivo del divieto sancito dall'art. 18 TFUE è, tra le persone, il cittadino europeo, che abbia esercitato il diritto di circolazione. L'interpretazione restrittiva dell'art. 18 TFUE è stata ribadita dalla Corte di giustizia nella sentenza *Vatsouras*, con la quale la Corte afferma, in maniera sin troppo laconica che “[t]ale disposizione riguarda le situazioni, rientranti nell'ambito di applicazione del diritto comunitario, nelle quali un cittadino di uno Stato membro subisce un trattamento discriminatorio rispetto ai cittadini di un altro Stato membro per la sola ragione della sua nazionalità, e non trova applicazione nel caso di un'eventuale disparità di trattamento tra i cittadini degli Stati membri e quelli degli Stati terzi. Per tali ragioni, si deve risolvere la terza questione nel senso che l'art. 12 CE non osta ad una normativa nazionale che escluda i cittadini degli Stati membri dalla possibilità di beneficiare delle prestazioni di assistenza sociale che vengono concesse ai cittadini di Stati terzi”<sup>17</sup>. È indubbio che la Corte di giustizia dovrà tornare sulla questione, anche solo per fornire giustificazioni più convincenti e argomentate di quelle sino ad ora elaborate.

L'interpretazione restrittiva dell'ambito di applicazione soggettivo dell'art. 18 TFUE potrebbe dipendere dalla diversità di valori tutelati dal divieto di discriminazione in base alla nazionalità rispetto agli altri divieti di discriminazione. Nel primo caso il divieto sarebbe preposto alla tutela della libertà di circolazione nel mercato unico, di matrice prevalentemente economica; nel secondo si tratterebbe inve-

<sup>16</sup> Si vedano i riferimenti in M. Bell, *Anti-Discrimination Law and the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 37.

<sup>17</sup> Sentenza 4 giugno 2009, *Vatsouras*, C-22/08 e C-23/08, non ancora pubblicata.

ce della dignità delle persone, così che il divieto viene a rappresentare un diritto fondamentale della persona umana. Il lavoratore che denuncia il mancato riconoscimento di un diritto fiscale o dell'indennizzo delle spese di trasporto chiede il riconoscimento di un diritto economico, che gli è conferito in quanto la parità di trattamento è funzionale al rafforzamento dell'integrazione europea. Tuttavia sembra più corretto ritenere che questa differenza di valori tutelati non riguardi tanto il divieto sancito dall'art. 18 TFUE, quanto le sue specificazioni contenute nel Trattato e riguardanti propriamente il mercato interno. Con l'istituzione della cittadinanza europea, gli sviluppi della giurisprudenza e la riformulazione del divieto nella Carta dei diritti fondamentali, l'art. 18 TFUE viene ad essere sempre più incluso nella sistema di protezione dei diritti della persona in quanto tale e non solo in quanto lavoratrice.

Un'interpretazione più ampia dell'art. 18 TFUE, peraltro chiara in tal senso dal punto di vista letterale, potrebbe trovare sostegno anche in alcuni aspetti dell'attuale *status* dei cittadini di paesi terzi. Lo stesso obiettivo potrebbe essere conseguito anche dal legislatore basandosi sul par. 2 dello stesso art. 18<sup>18</sup>. Lo scarso utilizzo dell'art. 18 TFUE come base giuridica non esclude un maggior ricorso ad esso in un prossimo futuro. Proprio l'art. 18, 2° par., TFUE costituirebbe un solido fondamento per l'adozione di misure volte a sancire il divieto di discriminazione per motivi di nazionalità in ogni settore situato nell'ambito del diritto dell'Unione europea. Tale eventualità è invero auspicabile anche per risolvere alcune delle antinomie causate dallo stratificarsi di normative adottate in virtù dello sviluppo del diritto antidiscriminatorio europeo. La nazionalità è oggi l'unico motivo rispetto al quale non è mai stata adottata una normativa specificamente rivolta a contrastare le discriminazioni, come è invece avvenuto per il sesso e per gli altri motivi introdotti con il Trattato di Amsterdam. Ciò determina una differenza radicale tra la tutela garantita dalle direttive di attuazione dell'art. 19 TFUE e quella garantita dall'art. 18 TFUE. Le direttive delineano, infatti, un sistema di protezione che non esiste in relazione alla discriminazione per motivi di nazionalità. È vero che i singoli possono far valere di fronte alle autorità nazionali l'art.

<sup>18</sup> Questo paragrafo dell'art. 12 TCE era stato modificato dal Trattato di Amsterdam, prevedendo l'adozione delle misure attraverso la procedura di codecisione invece che di cooperazione. Il Trattato sul funzionamento dell'Unione non ha apportato modifiche anche se è la procedura di codecisione ad essere stata modificata e nominata procedura normativa ordinaria.

18 TFUE, trattandosi di una norma del Trattato avente effetti diretti, ma le direttive prevedono un complesso sistema di tutela organico, sostanziale e procedurale. Sul piano applicativo ciò significa che gli strumenti giurisdizionali richiesti dalle direttive di ultima generazione non sono di per sé applicabili al divieto di discriminazione per motivi di nazionalità; i legislatori nazionali potrebbero prevederlo ma non è richiesto dagli obblighi derivanti dall'Unione europea. D'altra parte la Corte di giustizia ha affermato con orientamento costante che, allorquando vi sia un diritto derivante dall'ordinamento dell'Unione europea senza che sia previsto un rimedio giurisdizionale *ad hoc*, gli Stati devono applicare le norme procedurali vigenti per situazioni analoghe disciplinate dal diritto interno; norme procedurali che devono soddisfare le condizioni della equivalenza e dell'effettività<sup>19</sup>. Nonostante dunque che non vi sia una disciplina giurisdizionale specifica, l'esistenza di un rimedio preesistente e volto a tutelare diritti analoghi ma basati sul diritto interno, ne determina l'applicazione anche al diritto di matrice UE. Questa specificazione risulta particolarmente interessante nell'interpretazione delle norme vigenti in Italia. Quando infatti si è andati ad attuare la direttiva 2000/43 lo si è fatto con un decreto legislativo che esclude espressamente l'applicazione alla discriminazione per motivi di nazionalità. D'altra parte però già vigeva una tutela civile sostanziale e processuale contro le discriminazioni, inclusa la nazionalità, disciplinata dagli artt. 43 e 44 del T.U del 286/1998 in materia di ingresso e soggiorno degli stranieri in Italia<sup>20</sup>. Si deve dunque ritenere che la disciplina processuale fornita dall'art. 44 sia applicabile anche ai cittadini europei in caso di discriminazione per motivi di nazionalità. In effetti l'art. 43 espressamente dispone che "si applicano anche agli atti xenofobi, razzisti o discriminatori compiuti nei confronti dei cittadini italiani, di apolidi e di

<sup>19</sup> Sentenza 14 dicembre 1995, *Peterbroeck*, C-312/93, in *Raccolta*, 1995, pp. I-4599 e ss., punto 12.

<sup>20</sup> Ai sensi dell'art. 44, quando un soggetto ritenga di aver subito una discriminazione può presentare ricorso anche personalmente al Tribunale del proprio domicilio, anche quando si agisce contro un atto di un ente pubblico. Tale ricorso insatura un procedimento sommario nel quale il giudice, omessa qualsiasi formalità, instaura il contraddittorio tra le parti, procede agli atti istruttori necessari e, se accoglie la domanda, adotta con ordinanza i provvedimenti richiesti che sono immediatamente esecutivi. I provvedimenti, che devono essere richiesti dalla parte attrice, possono essere la cessazione del comportamento che ha prodotto la discriminazione e qualsiasi altro provvedimento idoneo a rimuovere gli effetti della discriminazione.

cittadini di altri Stati membri dell'Unione europea presenti in Italia", mentre il T.U. nel quale sono contenuti si applica solo ai cittadini di paesi non appartenenti all'Unione europea escludendo espressamente i cittadini italiani nonché i cittadini dell'UE, eccetto se diversamente previsto dalle norme di attuazione degli obblighi derivanti dall'appartenenza all'Unione europea<sup>21</sup>. L'art. 43 deve dunque essere letta come norma speciale rispetto all'art. 1 consentendo l'applicazione di tali disposizioni a tutti i cittadini italiani e dell'Unione europea. L'interpretazione contraria violerebbe i principi di equivalenza ed effettività richiesti dalla Corte nell'applicazione dei diritti derivanti dal diritto dell'Unione europea dato che altrimenti i cittadini di paesi terzi e i cittadini italiani godrebbero di una tutela giurisdizionale rafforzata rispetto ai cittadini dell'Unione europea vittime di discriminazione per motivi di nazionalità. Solo in questo caso, infatti, i soggetti dovrebbero esperire i rimedi giurisdizionali tradizionali mentre in tutte le altre ipotesi di discriminazione sarebbe esperibile l'azione civile antidiscriminatoria disciplinata dall'art. 44 T.U. Tale azione è inoltre richiamata con espresso rinvio nel d.lgs. 216/2003 di attuazione della direttiva 2000/43/CE, contribuendo a renderla un modello di tutela civile antidiscriminatoria: meglio avrebbe fatto il legislatore italiano in sede di attuazione della normativa europea ad accorpate le tutele in un unico testo normativo, senza distinguere né l'applicazione soggettiva a seconda che si tratti di cittadini italiani, dell'UE o di paesi terzi né l'applicazione oggettiva a seconda che si tratti di discriminazione per motivi di nazionalità, origine nazionale, cittadinanza, razza e origine etnica.

#### **4. L'applicazione del principio generale di non discriminazione ai cittadini di paesi terzi**

Come noto la Corte di giustizia ha ravvisato nei divieti specifici contenuti nei Trattati l'espressione di un principio generale di non discriminazione e di uguaglianza, utilizzando i due concetti di uguaglianza e non discriminazione come sinonimi<sup>22</sup>. Nell'applicazione

<sup>21</sup> Art. 1, comma 2, così come emendato dall'art. 37, comma 2 del D.L. n. 112/2008 convertito nella L. n. 133/2008.

<sup>22</sup> "Secondo la costante giurisprudenza della Corte, il principio generale di uguaglianza, di cui il divieto di discriminazione a motivo della cittadinanza è solo un'espressione specifica, è uno dei principi fondamentali del diritto comunitario.



di tale principio generale la Corte ha *in primis* fatto riferimento alle norme che espressamente concernono la discriminazione e l'uguaglianza, nonché al complesso dei valori desumibili dall'insieme delle norme dei Trattati e dei principi enucleati dalla Corte. La Corte, infatti, potrà considerare che una normativa derivata sia in contrasto con il principio generale di non discriminazione per un motivo non espressamente menzionato soltanto se, dal complesso delle disposizioni del Trattato e da altri elementi quali le tradizioni costituzionali comuni o le norme internazionali, si ricavi una estensione della nozione materiale di uguaglianza protetta. In questo contesto l'art. 19 TFUE (già 13 TCE), anche se non produce effetti diretti e non prescrive un divieto di discriminazione, costituisce uno strumento di integrazione del contenuto del principio generale di non discriminazione: definire quali motivi di discriminazione siano meritevoli di protezione è la funzione indiretta svolta dall'art. 19 TFUE, accanto alla funzione principale di attribuire competenza all'Unione in materia di lotta alla discriminazione.

Talvolta la Corte di giustizia ha qualificato il principio di non discriminazione come un diritto umano<sup>23</sup>. In particolare tale affermazione riguarda la dimensione sociale del divieto di discriminazione e non tanto la dimensione strumentale di realizzazione del mercato



Questo principio impone di non trattare in modo diverso situazioni analoghe, salvo che la differenza di trattamento sia obiettivamente giustificata". Sentenza 8 ottobre 1980, *Überschär*, 810/79, in *Raccolta*, 1980, p. 2747, punto 16. Come noto, i principi generali del diritto comunitario sono una fonte non scritta, rilevati dalla Corte di giustizia che li può trarre dalle stesse disposizioni del Trattato e dagli ordinamenti comuni agli Stati membri. Quanto alle funzioni, il principio generale di non discriminazione vincola le istituzioni nonché gli Stati qualora si situino nell'ambito di applicazione del diritto comunitario. Sentenza 12 dicembre 2002, *Ángel Rodríguez Caballero*, C-442/00, in *Raccolta*, 2002, p. I-11915; sentenza 7 settembre 2006, *Anacleto Cordero Alonso*, C-81/05, in *Raccolta*, 2006, p. I-7569; sentenza 26 aprile 1988, *Krücken*, in *Raccolta*, 1988, p. 2213; sentenza 18 giugno 1991, *ERT*, C-260/89, in *Raccolta*, 1991 p. I-2925; sentenza 26 giugno 1997, *Familiapress*, C-368/95, in *Raccolta*, 1997, p. I-6619. In dottrina cfr. A. Adinolfi, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, cit., p. 577; G. Gaja, *Aspetti problematici della tutela dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1988, pp. 574 e ss.; si veda anche F. Jacobs, *Human Rights in the EU: the Role of the Court of Justice*, in *European Law Review*, 2001, pp. 331 e ss.

<sup>23</sup> Sentenza 12 dicembre 2002, *Ángel Rodríguez Caballero*, C-442/00, in *Raccolta*, 2002, p. I-11915, punto 32.



interno<sup>24</sup>. La qualificazione di un principio come di un diritto fondamentale determina conseguenze sulla gerarchia delle fonti: in virtù dell'art. 6 del Trattato sull'Unione europea i diritti fondamentali hanno una collocazione nel sistema delle fonti superiore rispetto a quella degli altri principi generali<sup>25</sup>. A questo proposito risulta rilevante sia il Trattato di Lisbona sia la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea<sup>26</sup>. Il primo, come visto, inserisce nel Trattato sull'Unione europea espressi riferimenti al principio di uguaglianza e di non discriminazione. La seconda offre un contributo decisivo alla qualificazione del principio generale di non discriminazione quale diritto fondamentale dell'Unione europea. Un intero capo della Carta, il terzo, è dedicato all'uguaglianza ed ai divieti di discriminazione. Di particolare interesse sono gli artt. 20-23. L'art. 20 sancisce in via generale il principio di uguaglianza attraverso la formula "tutte le persone sono uguali davanti alla legge". Si tratta della classica affermazione dell'uguaglianza formale riferita a tutte le persone indipendentemente dalla loro cittadinanza. L'art. 21 sancisce il divieto di qualsiasi forma di discriminazione prevedendo un elenco di motivi, esemplificativo e non tassativo<sup>27</sup>. È interessante notare che i motivi di discriminazione espressamente enunciati sono tali da ampliare sia quelli contenuti nell'art. 18 TFUE sia quelli dell'art. 14 della Convenzione europea

<sup>24</sup> Come noto, la Corte ha garantito la tutela dei diritti fondamentali a livello comunitario attraverso un consolidato orientamento giurisprudenziale che ha configurato una categoria particolare di principi generali che possono essere tratti, oltre che dal Trattato, dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e dal diritto internazionale, generale e convenzionale, in particolar modo dalla Convenzione europea dei diritti umani. Sentenza 12 novembre 1969, *Stauder*, causa 29/69, in *Raccolta*, 1969, p. 419; sentenza 17 dicembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, causa 11/70, in *Raccolta*, 1970, p. 1125; sentenza 11 gennaio 1977, *Nold*, causa 4/73, in *Raccolta*, 1977, p. 1; sentenza 13 dicembre 1979, *Hauer*, causa 44/79, in *Raccolta*, 1979, p. 3727; sentenza 18 maggio 1982, *AM&S*, causa 155/79, in *Raccolta*, 1982, p. 1575.

<sup>25</sup> G. Gaja, *Identifying the status of general principles in European community law*, in *Scritti in onore di G.F. Mancini*, cit., p. 451.

<sup>26</sup> Si veda da ultimo la GUUE C 83 del 30 marzo 2010, pp. 390 e ss.

<sup>27</sup> L'articolo 21, par. 1, recita: "È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali". V. il commento di Curcio, Guariso, *sub* art. 21, *Non discriminazione*, in G. Bisogni, G. Bronzini, V. Piccone (a cura di), *La Carta dei diritti dell'Unione europea. Casi e materiali*, Taranto, Chimienti, 2009, pp. 257 e ss.

dei diritti umani. La Carta prevede, così, sia l'espressa enunciazione del principio di uguaglianza che l'espressa elencazione di motivi di non discriminazione, sul modello di numerosi ordinamenti europei<sup>28</sup>. Innovativo è l'art. 22, sul rispetto della diversità culturale, religiosa e linguistica, mentre l'art. 23 e l'art. 21, par. 2, riformulano i divieti di discriminazione per motivi di sesso e di nazionalità contenuti nel Trattato<sup>29</sup>.

Le disposizioni in materia di uguaglianza contenute nella Carta dei diritti fondamentali danno al principio generale di non discriminazione e di uguaglianza una solida base giuridica primaria, dato che l'art. 6 TUE, come modificato dal Trattato di Lisbona, sancisce che l'Unione europea riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta, conferendo ad essa lo stesso valore giuridico dei Trattati. Ciò comporterà l'obbligo per la Corte di riferirsi alla Carta ogni qual volta siano invocati diritti fondamentali, abbandonando in proposito quel *self-restraint* della Corte di giustizia come avvenuto per la prima volta con la sentenza *Küçükdeveci*<sup>30</sup>. I motivi di discriminazione espressamente menzionati vengono a delineare la nozione materiale di uguaglianza protetta, confermando ed ampliando il contenuto già ricavabile dai Trattati, espressamente ammettendo all'art. 21 che altri motivi di non discriminazione, qualora irrilevanti rispetto alla distinzione operata, possano trovare tutela grazie al principio di non discriminazione. Inoltre l'aver previsto un elenco non tassativo consente di attribuire agli interpreti del diritto, *in primis* ai giudici, il potere di valutare il dato sociale e da quello selezionare motivi di non discriminazione meritevoli di tutela<sup>31</sup>. La previsione di un divieto espresso

<sup>28</sup> Si veda *The Principle of Equality*, in *Rivista italiana di diritto europeo*, 1999, vol. 11, n. 2 (volume monografico).

<sup>29</sup> Il 2° paragrafo dell'art. 21 prevede che "nell'ambito d'applicazione del Trattato che istituisce la Comunità europea e del Trattato sull'Unione europea è vietata qualsiasi discriminazione fondata sulla cittadinanza, fatte salve le disposizioni particolari contenute nei trattati stessi".

<sup>30</sup> Sentenza 19 gennaio 2010, C-555/04, non ancora pubblicata. Si v. F. Amato e S. Giubboni, *Relazione introduttiva "dialogata" su L'applicazione pratica del diritto sopranazionale nella giurisprudenza del lavoro* ed ivi gli ampi riferimenti giurisprudenziali; relazione presentata al convegno "Primo Workshop in Diritto dell'Unione europea e Internazionale – Venezia 26/27 marzo 2010".

<sup>31</sup> Come affermato dall'Avvocato generale Bot nelle conclusioni presentate il 7 luglio 2009 nella medesima causa "[...] riguardo all'intromissione sempre maggiore del diritto comunitario nei rapporti tra privati, la Corte sarà, a mio parere, inevitabilmente confrontata ad altre ipotesi che sollevano il problema dell'invocabilità di direttive che contribuiscono a garantire i diritti fondamentali nell'ambito di

e l'elenco non tassativo di motivi costituiscono i due elementi che consentono al principio di non discriminazione di esplicare effetti più significativi, attribuendo alla giurisprudenza la delicata funzione di organo di composizione delle differenze esistenti nella società.

Il ricorso al principio generale di non discriminazione potrebbe essere utile per superare l'interpretazione restrittiva dell'ambito di applicazione dell'art. 18 TFUE o di qualsiasi altra norma attributiva di diritti nei confronti dei cittadini di paesi terzi. La Corte di giustizia, infatti, ha sempre applicato contemporaneamente le diverse fonti nelle quali un divieto di discriminazione è enunciato. Ad esempio, in materia di discriminazione per motivi di sesso la Corte ha applicato il principio generale invece del divieto espresso nell'art. 157 TFUE per consentire un'applicazione più ampia della regola derivante dal Trattato<sup>32</sup>. In materia di discriminazione per motivi di età la Corte ha applicato il principio generale invece che il divieto sancito nella direttiva 2000/78/CE in modo sia di applicare la regola anche prima che fosse scaduto il termine di attuazione della direttiva (*Mangold*), sia di richiedere la disapplicazione della legge nazionale in conflitto pur trattandosi di un rapporto tra privati (*Mangold e Küçükdeveci*)<sup>33</sup>. L'efficacia diretta orizzontale è, infatti, un connotato indefettibile del principio generale di non discriminazione, qualificato come principio

controversie tra singoli. Tali ipotesi aumenteranno verosimilmente se la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea acquisirà in futuro una forza giuridica vincolante, poiché tra i diritti fondamentali ripresi in tale Carta, un determinato numero compare nell'esperienza comunitaria sotto forma di direttive. In tale prospettiva, la Corte deve, a mio avviso, riflettere fin da oggi se l'identificazione di diritti garantiti da direttive come costituenti dei diritti fondamentali permetta o meno di rafforzare l'invocabilità di questi nell'ambito di controversie tra singoli. La presente causa offre alla Corte l'occasione per precisare la risposta che essa desidera apportare a tale importante questione<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> Sentenza 15 giugno 1978, *Defrenne II*, causa 149/77, in *Raccolta*, 1978, p. 1365; sentenza 20 marzo 1984, *Razzouk e Beydoun*, cause 75 e 117/82, in *Raccolta*, 1984, p. 1509.

<sup>33</sup> Sentenza 22 novembre 2005, *Mangold*, C-144/04, in *Raccolta*, 2005, p. I-9981. La Germania è stato il Paese nel quale il processo di attuazione delle direttive è stato più laborioso e dove il dibattito sul ruolo dei divieti di discriminazione è stato più acceso che altrove. Si veda anche la sentenza 1° aprile 2008, *Tadao Maruko e VdB*, C-267/06, non ancora pubblicata, ancora una volta originata da un rinvio pregiudiziale da parte di un giudice tedesco ed avente ad oggetto la conformità con il divieto di discriminazione per motivi di orientamento sessuale della normativa nazionale che nega la pensione di reversibilità al *partner* di un'unione registrata.

cardine di carattere imperativo del diritto dell'Unione europea<sup>34</sup>. È evidente che, allorquando un certo motivo di discriminazione venga tutelato sia in quanto divieto sancito nel Trattato sia in quanto principio generale, la tutela sarà la più ampia. Essa potrà beneficiare dell'efficacia propria dei divieti espressamente previsti nel Trattato, potendo essere fatto valere direttamente da tutti i soggetti dell'ordinamento giuridico, nonché della *vis* estensiva tipica del principio generale tale da poter condizionare tutta la normativa comunitaria e nazionale che si situi nell'ambito di applicazione dell'ordinamento comunitario.

La Corte potrebbe dunque confermare l'interpretazione restrittiva della regola espressamente sancita nell'art. 18 TFUE e al contempo ritenere applicabile un principio generale di non discriminazione per motivi di nazionalità tale da includere anche i cittadini di paesi terzi. Cambia il giudizio sulla discriminazione che dovrà essere applicato dalla giurisdizione competente e, a questo proposito, occorre distinguere tra discriminazione diretta e indiretta. Applicando il divieto di discriminazione la prima, infatti, è sempre vietata e non ammette alcuna giustificazione se non quelle normativamente previste; la seconda invece può essere considerata legittima se oggettivamente giustificata. Applicando invece il principio generale di non discriminazione la giurisdizione dovrà valutare sempre se sussista una giustificazione oggettiva della differenza di trattamento sia che si tratti di discriminazione diretta sia che si tratti di discriminazione indiretta<sup>35</sup>. Il suddetto principio generale potrebbe essere fondato sia sulle tradizioni costituzionali comuni, sia sul diritto internazionale sia sulla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Quanto alle tradizioni costituzionali comuni, si consideri che nonostante che molte Costituzioni espressamente riconoscono il diritto di uguaglianza di fronte alla legge solo ai propri cittadini, ivi inclusa la Costituzione italiana, le Corti costituzionali hanno interpretato estensivamente la regola come riferita a tutte le persone e non solo ai cittadini.

Quanto alla Carta dei diritti fondamentali l'art. 21 include tra i motivi di discriminazione anche l'origine nazionale. Il secondo par.

<sup>34</sup> P. Oliver, *General Principles of Community Law and Horizontal Effect*, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1993, p. 1. V. pure le conclusioni rese dall'Avvocato generale Poiares Maduro il 23 maggio 2007 nella celebre causa C-438/05, *Viking*, ai par. 31-54.

<sup>35</sup> Per la ricostruzione del giudizio sulla discriminazione si permetta il rinvio a C. Favilli, *La non discriminazione nell'Unione europea*, Bologna, il Mulino, 2008 e ivi i capitoli II e IV.

dell'art. 21 concerne invece la nazionalità riproducendo sostanzialmente l'art. 18 TFUE. Ebbene l'espressione origine nazionale deve essere intesa nel senso di nazionalità riguardando qualsiasi discriminazione per qualsiasi nazionalità. Tale conclusione non è inficiata dall'interpretazione letterale dell'espressione origine nazionale. È vero che tale espressione ha un significato diverso da quello di nazionalità e che il suo utilizzo si deve a quelle convenzioni internazionali volte a tutelare contro le discriminazioni per motivi di razza e origine etnica, prima tra tutte la Convenzione delle Nazioni unite sull'eliminazione della discriminazione razziale (ICERD)<sup>36</sup>. In effetti in alcuni ordinamenti le nozioni di origine nazionale, nazionalità e cittadinan-

<sup>36</sup> «1. *In this Convention, the term 'racial discrimination' shall mean any distinction, exclusion, restriction or preference based on any distinction, exclusion, restriction or preference based on race, colour, descent, or national or ethnic origin [...]*». La direttiva non definisce che cosa si debba intendere per razza od origine etnica. Tuttavia il considerando n. 6 precisa che «[l']Unione europea respinge le teorie che tentano di dimostrare l'esistenza di razze umane distinte. L'uso del termine "razza" nella presente direttiva non implica l'accettazione di siffatte teorie». Tale considerando è stato inserito anche per superare le resistenze sollevate dalla Francia, contraria all'impiego del termine razza per non avallare, anche solo formalmente, la teoria della suddivisione dell'umanità in razze diverse. D'altra parte il mantenimento del termine razza è stato necessario soprattutto per offrire tutela contro le svariate ipotesi di discriminazione che potrebbero venire a crearsi. La medesima questione si era posta anche nell'ambito della Conferenza delle Nazioni Unite di Durban del 2001. Nei lavori della Conferenza, l'Unione europea, facendo propria l'opposizione francese, aveva sollevato una riserva sull'utilizzo del termine razza suscitando le reazioni di molte delegazioni: una posizione basata su una conquista di civiltà era vista, in quel contesto, come un'ulteriore volontà di sfuggire agli obblighi internazionali e di non voler riconoscere gli errori del passato. Per altre delegazioni, invece, si trattava di includere il vocabolo che genericamente permette di identificare le azioni contro il razzismo. Anche in questa sede la questione è stata risolta con l'inserimento di un considerando di condanna delle teorie di superiorità razziale e di distinzione dell'umanità in razze. «*Strongly rejecting any doctrine of racial superiority, along with theories which attempt to determine the existence of so-called distinct human races*», p. 4 della Dichiarazione finale e del Programma d'azione approvati dalla Conferenza degli Stati. Nonostante l'Unione europea potesse vantare una legislazione avanzata in materia, sia per quanto riguarda alcuni Stati membri sia per la recente normativa adottata in attuazione dell'art. 13 TCE, nell'ambito della Conferenza essa fu costretta a svolgere un ruolo di difensiva in quanto rappresentante degli Stati che hanno in passato perpetrato le più meschine discriminazioni come la schiavitù e il colonialismo e che ancora oggi beneficiano di tali fenomeni, mentre le vittime portano il segno di tali discriminazioni sia in termini di povertà degli Stati cui appartengono sia in termini di pregiudizi e discriminazioni che ancora i discendenti subiscono nei paesi occidentali.

za possono assumere significati diversi sia sul piano giuridico sia su quello sociologico, diversamente da quanto avviene in Italia dove le nozioni non hanno alcun diverso significato, almeno sul piano giuridico. Nell'ordinamento italiano l'unico riferimento all'esistenza di italiani non appartenenti alla Repubblica e, quindi, alla qualificazione di una nazionalità che prescinde dalla cittadinanza, si trova all'art. 51 Cost. in una norma, quasi dimenticata, sull'accesso agli uffici pubblici che non ci risulta essere mai stata attuata. Una tale conclusione è confermata anche dall'interpretazione sistematica della CERD, laddove l'espressione "origine nazionale" non può che essere intesa come più ampia di "nazionalità" e tale da ricomprendervi anche quest'ultima. L'espressione origine nazionale tende infatti a tutelare le persone anche quando la propria origine nazionale non coincida con la nazionalità, ma non si può ritenere che ciò non avvenga più quando le due appartenenze coincidano. Semmai si potrebbe ritenere che l'espressione tuteli solo contro la xenofobia, solo contro le discriminazioni perpetrate contro gli stranieri solo in quanto stranieri andando a ledere la loro dignità e che non possa essere fatta valere nei confronti di qualsiasi discriminazione nei confronti dei non cittadini, laddove il fine perseguito dal divieto non sia quello di tutelare la dignità umana ma quello di perseguire finalità di tipo economico come nell'ambito del mercato interno. In questo contesto le differenze di trattamento ammissibili sarebbero da valutare alla luce esclusivamente delle finalità economiche perseguite. Tuttavia una tale distinzione di un divieto in base allo scopo od al valore tutelato ci pare inserisca nell'applicazione della regola elementi estranei alle caratteristiche tipiche della tutela antidiscriminatoria e debba perciò essere esclusa.

Nessun dubbio vi deve essere, invece, neanche sul piano letterale circa l'assoluta intercambiabilità delle nozioni di cittadinanza e di nazionalità. Anche nel diritto UE, la discriminazione detta per motivi di nazionalità è stata sempre unanimemente intesa come vietante le discriminazioni sulla base della cittadinanza dei cittadini dell'Unione europea<sup>37</sup>. Pur in assenza di una regola che vieti le discriminazioni per motivi di nazionalità in relazione ai cittadini di paesi terzi, qualsiasi normativa dell'UE, o qualsiasi normativa nazionale che si situi nell'ambito di applicazione dell'UE, potrà essere sindacata dalla

<sup>37</sup> Si noti a conferma che nella Carta dei diritti fondamentali, l'art. 21, 2° par., che riproduce l'art. 18 TFUE, utilizza il termine cittadinanza invece che nazionalità.



Corte di giustizia in applicazione del principio generale di non discriminazione per motivi di nazionalità. Per questo un intervento chiarificatore della Corte di giustizia in materia di applicazione dei divieti di discriminazione ai cittadini di paesi terzi è auspicabile anche per evitare che vi siano sul punto interpretazioni divergenti negli Stati membri che possono avere come sola *ratio* la limitazione della tutela giurisdizionale nei confronti dei cittadini di paesi terzi<sup>38</sup>.

## **5. La differenza di trattamento tra cittadini dell'Unione europea e cittadini di paesi terzi nel godimento dei diritti umani**

Dall'applicazione ai cittadini di paesi terzi del divieto di discriminazione per motivi di nazionalità, sia in applicazione dell'art. 18 TFUE, sia in applicazione del principio generale di non discriminazione, non deriva un diritto assoluto alla parità di trattamento tra cittadini UE e cittadini di paesi terzi. Invero l'Unione europea nasce come organizzazione internazionale volta ad accordare un trattamento preferenziale ai cittadini degli Stati membri in particolare in tema di ammissione, di circolazione e di soggiorno<sup>39</sup>. Ne deriva un trattamento differenziato tra cittadini dell'Unione europea e cittadini di paesi terzi, che risulta accentuato dall'istituzione della cittadinanza europea la quale richiede, come unico presupposto per il suo conseguimento, il possesso della cittadinanza di uno Stato membro, anche qualora si tratti di una cittadinanza in senso puramente formale<sup>40</sup>. A sua volta l'Unione europea può, adottando norme secondarie,

<sup>38</sup> Un intervento normativo di semplificazione e unificazione delle procedure in materia di non discriminazione è auspicabile anche in relazione a tutti gli altri motivi di discriminazione. Come nota M. Capponi, in materia di discriminazione di genere vi sono ben sette diversi riti procedurali vigenti, "L'azione collettiva in materia di discriminazione per motivi di genere: l'esperienza della Consigliera di Parità", relazione presentata al seminario della Facoltà di Giurisprudenza dell'8 giugno 2010 "La discriminazione per motivi di razza e nazionalità tra diritto discriminatorio e diritto antidiscriminatorio".

<sup>39</sup> B. Conforti, *Diritto internazionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 7<sup>a</sup> ed., 2006, pp. 212-213.

<sup>40</sup> Si vedano le sentenze *Chen e Micheletti*, cit., nonché la sentenza della Corte internazionale di giustizia nel caso *Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala)*, 6 aprile 1955, in <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&code=lg&case=18&k=26>. Per la prevalenza della cittadinanza europea rispetto a quella di uno Stato terzo si veda la sentenza 11 novembre 1999, *Stato belga e Fatma Mesbah*, C-179/98, in *Raccolta*, 1999, p. I-7955, nella quale si giunge a soluzioni diverse



distinguere tra cittadini di Stati membri e cittadini di Stati terzi, nel rispetto delle norme del Trattato nonché delle norme di diritto internazionale generale e degli accordi da essa conclusi. Anche il Trattato di Lisbona sembra andare nella stessa direzione, dato che il rinnovato art. 67, par. 2, TFUE qualifica la politica di immigrazione come fondata sulla *solidarietà* tra gli Stati membri ed *equa* nei confronti dei cittadini di paesi terzi: il trattamento dei cittadini di paesi terzi deve essere frutto di un temperamento delle diverse legittime esigenze dell'Unione e proporzionale agli obiettivi che si vogliono raggiungere. Invero all'indomani dell'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam il Consiglio europeo sembrava determinato a realizzare condizioni di parità di trattamento il più possibile analoghe a quelle dei cittadini europei. Tanto noti, quanto obsoleti, sono ormai alcuni enfatici passaggi delle conclusioni del Consiglio europeo di Tampere che nell'ottobre del 1999 aveva stabilito l'obiettivo della progressiva equiparazione del trattamento dei cittadini di paesi terzi ai cittadini europei, realizzata solo in parte e in relazione a specifici diritti<sup>41</sup>. Il percorso successivo si è rivelato molto più tortuoso e solo nel 2003 si è arrivati all'adozione di una direttiva sui diritti dei soggiornanti di lungo periodo che, pur non equiparando i cittadini di paesi terzi ai cittadini europei quanto al diritto di circolazione e di soggiorno, ne ha sancito il diritto alla parità di trattamento negli Stati membri ed in settori enumerati<sup>42</sup>.

rispetto a quelle che più recentemente la Corte ha affermato nella sentenza *García Avello* nel caso di doppia cittadinanza europea.

<sup>41</sup> "Occorre ravvicinare lo *status* giuridico dei cittadini dei paesi terzi a quello dei cittadini degli Stati membri. Alle persone che hanno soggiornato legalmente in uno Stato membro per un periodo di tempo da definire e che sono in possesso di un permesso di soggiorno di lunga durata dovrebbe essere garantita in tale Stato membro una serie di diritti uniformi il più possibile simili a quelli di cui beneficiano i cittadini dell'UE, ad esempio il diritto a ottenere la residenza, ricevere un'istruzione, esercitare un'attività in qualità di lavoratore dipendente o autonomo; va inoltre riconosciuto il principio della non discriminazione rispetto ai cittadini dello Stato di soggiorno. Il Consiglio europeo approva l'obiettivo di offrire ai cittadini dei paesi terzi che soggiornano legalmente in maniera prolungata l'opportunità di ottenere la cittadinanza dello Stato membro in cui risiedono", Conclusioni della Presidenza, 15-16 ottobre 1999, in [http://europa.eu.int/council/off/conclu/oct99/oct99\\_it.htm#justice](http://europa.eu.int/council/off/conclu/oct99/oct99_it.htm#justice), punto 21.

<sup>42</sup> Direttiva 2003/109/CE del Consiglio relativa allo *status* dei cittadini di paesi terzi che siano residenti di lungo periodo, in GUUE L 16 del 23 gennaio 2004, pp. 44-53. Ai sensi dell'art. 11 il diritto alla parità di trattamento si estende in via di principio all'esercizio di un'attività lavorativa subordinata o autonoma, esclusa la

Oltre alla distinzione tra cittadini europei e cittadini di Stati terzi, è rilevante anche la distinzione tra differenti cittadini di Stati terzi<sup>43</sup>. L'Unione, così come i singoli Stati membri, ha negli anni adottato accordi internazionali volti a disciplinare la circolazione e il trattamento dei cittadini degli Stati contraenti, determinando una diversa

partecipazione all'esercizio di pubblici poteri, nonché le condizioni di assunzione e lavoro, ivi comprese quelle di licenziamento e di retribuzione; l'istruzione e la formazione professionale, compresi gli assegni scolastici e le borse di studio secondo il diritto nazionale; il riconoscimento di diplomi, certificati e altri titoli professionali; le prestazioni sociali, l'assistenza sociale e la protezione sociale; le agevolazioni fiscali; l'accesso a beni e servizi a disposizione del pubblico e all'erogazione degli stessi, nonché alla procedura per l'ottenimento di un alloggio; la libertà d'associazione, adesione e partecipazione a organizzazioni di lavoratori o datori di lavoro o a qualunque organizzazione professionale di categoria, compresi i vantaggi che ne derivano, fatte salve le disposizioni nazionali in materia di ordine pubblico e pubblica sicurezza; il libero accesso a tutto il territorio dello Stato membro interessato, nei limiti che la legislazione nazionale prevede per ragioni di sicurezza. Si noti che gli Stati possono limitare la parità di trattamento ai casi in cui il soggiornante di lungo periodo, o il familiare per cui questi chiede la prestazione, ha eletto dimora o risiede abitualmente nel suo territorio. Tuttavia lo stesso art. 11 consente agli Stati di modulare tale parità di trattamento potendo anche ridurla notevolmente, con ciò anche ammettendo altrettanto notevoli differenze tra Stati membri. Si vedano in argomento: M. Bell, *Civic Citizenship and Migrant Integration*, in *European Public Law*, 2007, pp. 311-333; L. Halleskov, *The Long-Term Residents Directive: A Fulfilment of the Tampere Objective of Near-Equality?*, in *European Journal of Migration and Law*, 2005, pp. 181-202; S. Peers, *Implementing Equality? The Directive on Long-Term Resident Third-Country Nationals*, in *European Law Review*, 2004, pp. 437-460. Analogamente si esprime H. Verschueren, *EC Social Security Coordination Including Third Country Nationals: Still in Line With Fundamental Rights After the Gaygusuz Judgment?*, in *Common Market Law Review*, 1997, pp. 991-1017. Secondo l'Autore la mancata estensione del reg. n. 1408/71 ai cittadini di paesi terzi, poi effettuata attraverso il reg. 859/2003, costituiva una violazione dell'art. 14 e dell'art. 1, Prot. n. 1, alla Convenzione europea dei diritti umani, secondo quanto affermato dalla Corte europea dei diritti umani nella sentenza 16 settembre 1996, *Gaygusuz v. Austria*, ricorso n. 17371/1990, in *Reports*, 1996-IV. La Corte ha ivi affermato che nei diritti garantiti dalla Convenzione non sono ammesse discriminazioni in base alla nazionalità che non siano giustificate e proporzionali. Riconoscendo nel reg. 1408/71 una norma non solo volta al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale ma anche attributiva di diritti tutelati dalla CEDU, la Comunità, proseguendo non estendendo l'applicazione del reg. n. 1408/71 ai cittadini di paesi terzi, precostituiva la violazione della CEDU da parte degli Stati membri.

<sup>43</sup> G. Gaja, *La libera circolazione dei lavoratori: diritto comunitario e diritto nazionale. Considerazioni introduttive*, in *La libera circolazione dei lavoratori*, a cura di B. Nascimbene, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 18-20.

gradazione rispetto ai diritti garantiti<sup>44</sup>. Un particolare *status* è poi conferito ai familiari di cittadini europei, che godono di un diritto di circolazione e di soggiorno dipendente da quello del cittadino europeo, ma tendenzialmente assimilato ad esso. Ai familiari infatti è stato esteso anche il diritto alla parità di trattamento in virtù dell'art. 24, par. 1, della dir. 2004/38/CE e, prima, in virtù dell'art. 10 del reg. 1612/68. Se dunque gli Stati e la stessa Unione europea sono sostanzialmente liberi di disciplinare il trattamento dello straniero nel proprio territorio sia attraverso norme interne sia a mezzo di accordi internazionali, salvi i limiti derivanti dalle norme costituzionali o dagli altri obblighi internazionali, dall'applicazione dell'art. 18 TFUE o del principio generale di non discriminazione deriva la possibilità di sindacare le norme sul trattamento degli stranieri alla luce della ragionevolezza delle scelte compiute dal legislatore<sup>45</sup>. Ciò significa anche che le sole differenze di trattamento ammissibili sono quelle stabilite dal legislatore, comunque soggette ad un giudizio di legittimità: tutte le altre possibili differenze di trattamento disposte da soggetti pubblici o privati non sono ammissibili.

Ciò che è sicuramente escluso è distinguere le persone in relazione al godimento dei diritti umani che, in quanto tali, non ammettono distinzioni basate sulla cittadinanza<sup>46</sup>. E tuttavia è anche nel godimento dei diritti fondamentali che notiamo una differenza di trattamento tra cittadini UE e non UE. È emblematico il regime del diritto al ricongiungimento familiare disciplinato per il cittadino di paese

<sup>44</sup> Sia consentito il rinvio nuovamente a C. Favilli, *La non discriminazione nell'Unione europea*, cit., pp. 72-73.

<sup>45</sup> Anche la Corte europea dei diritti umani si è espressa sulla legittimità della distinzione tra cittadini europei e cittadini di Stati terzi, nella sentenza *Moustaquim*; ivi la Corte europea ha espressamente definito l'ordinamento dell'Unione europea come un ordinamento giuridico speciale, ritenendo giustificato il differente trattamento accordato dal Belgio ai cittadini comunitari, da una parte, ed agli stranieri cittadini di Stati terzi, dall'altra. Sentenza 18 febbraio 1991, *Moustaquim v. Belgium*, ricorso n. 12313/86. In maniera identica si veda sentenza 7 agosto 1996, *C. v. Belgium*, ricorso n. 21794/93, punti 37-38.

<sup>46</sup> Si veda <http://www.ohchr.org/english/issues/migration/rapporteur/> nel quale sono riportati sia le convenzioni internazionali rilevanti sia gli atti adottati in materia dall'assemblea generale e dagli organismi specializzati sui diritti umani. In dottrina G. Gaja (a cura di), *I lavoratori stranieri in Italia*, Bologna, il Mulino, 1984; B. Nascimbene, *Lo straniero nel diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 1984; A. Adinolfi, *I lavoratori extracomunitari*, Bologna, il Mulino, 1991; P. Bonetti, *La condizione giuridica del cittadino extracomunitario*, Rimini, Maggioli, 1992; C. Corsi, *Lo Stato e lo straniero*, Cedam, Bologna, 2001.

terzo dalla direttiva 2003/86/CE<sup>47</sup>. Ciò che in questa sede preme rilevare è la differenza di trattamento tra il cittadino europeo ed il cittadino di paese terzo in relazione al godimento dei diritti umani fondamentali. Il legislatore dell'Unione con l'avallo, in parte, della Corte di giustizia, ha infatti sottoposto ad una disciplina diversa il ricongiungimento familiare dei cittadini dell'Unione e dei cittadini di paesi terzi anche rispetto al nucleo essenziale del diritto umano alla vita familiare: la direttiva 2003/86/CE consente, infatti, agli Stati membri di subordinare il ricongiungimento con il figlio minore di età superiore ai dodici anni all'accertamento della sussistenza delle condizioni di integrazione. Inoltre è consentito agli Stati membri di disporre che le richieste di ricongiungimento familiare di figli minori debbano essere presentate prima del compimento del quindicesimo anno di età. Infine permette agli Stati di prevedere un periodo di attesa prima di poter richiedere il ricongiungimento familiare, non superiore a due anni ma prolungato a tre qualora così preveda la legislazione di uno Stato membro in vigore al momento dell'adozione della direttiva. Nessuna di queste condizioni è prevista ai fini del ricongiungimento del cittadino dell'Unione europea con il proprio familiare sia questi cittadino dell'Unione europea o cittadino di paese terzo<sup>48</sup>. Sembra quindi profilarsi nell'ordinamento dell'Unione europea il medesimo approccio, già ampiamente collaudato dagli Stati membri, volto ad intendere in maniera diversa gli stessi diritti fondamentali a seconda che a beneficiarne siano i cittadini europei o i cittadini non europei<sup>49</sup>.

<sup>47</sup> In GUUE L 251 del 3 ottobre 2003, pp. 12-18. I limiti e le condizioni posti all'esercizio di tale diritto hanno indotto il Parlamento europeo ad impugnare l'atto denunciandone la violazione del diritto alla vita familiare come sancito nella Convenzione europea dei diritti umani e interpretato dalla Corte di Strasburgo. Sentenza 27 giugno 2006, *Parlamento c. Consiglio*, C-540/03, in *Raccolta*, 2006, p. I-5769.

<sup>48</sup> Direttiva 2004/38/CE sulla circolazione e soggiorno dei cittadini europei.

<sup>49</sup> È noto infatti che in relazione ai cittadini europei, la Corte di giustizia si è contraddistinta per una giurisprudenza che, in una dinamica positiva e virtuosa con quella della Corte europea dei diritti umani, ha sistematicamente valorizzato i diritti di circolazione e di soggiorno conferiti dal Trattato direttamente solo al cittadino UE, diritti che sono stati ampliati verso la massima estensione possibile proprio grazie all'applicazione conforme ai diritti umani. Anche i cittadini di paesi terzi sono talvolta beneficiari di questa positiva dinamica ma solo allorché il legame familiare li renda parti della sfera dei diritti del cittadino UE, del quale restano dipendenti. Si vedano le sentenze 11 luglio 2002, *Mary Carpenter e Secretary of State for the Home Department*, C-60/00, in *Raccolta*, 2002, p. I-6279; 25/07/2002, *MRAX*, C-459/99, in *Raccolta*, 2002, p. I-6591; sentenza 23 settembre 2003, *Akrich*,

Nel diritto dell'Unione europea, come negli ordinamenti nazionali, i diritti umani dei cittadini di paesi terzi vengono così a svolgere la funzione di limite estremo alla discrezionalità degli Stati nell'adozione ed applicazione delle legislazioni sull'immigrazione; il risultato è tuttavia quello di una progressiva limitazione del diritto umano piuttosto che della discrezionalità dello Stato. E ciò nonostante che i cd. *core human rights* debbano essere riconosciuti a tutti, cittadini e stranieri nello stesso modo, senza discriminazione.

---

C-109/01, in *Raccolta*, 2003, p. I-9607; sentenza 17 settembre 2002, *Baumbast and R*, C-413/99, in *Raccolta*, 2002, p. I-7091; sentenza 31 gennaio 2006, *Commissione c. Spagna*, in *Raccolta*, 2006, p. I-1097.



# L'impatto della direttiva 2000/43 CE e il ruolo dell'Ufficio nazionale antidiscriminazioni razziali

DILETTA TEGA

*Sommario:* 1. Introduzione. 2. Il ruolo e i poteri dell'Ufficio nazionale antidiscriminazioni razziali. 3. Il ruolo delle organizzazioni non governative. 4. Conclusioni.

## 1. Introduzione

La protezione dei diritti fondamentali, come del resto il fenomeno della cd. tutela multilivello<sup>1</sup> dimostra, si alimenta ormai di un dialogo continuo tra gli strumenti giuridici di tutela apprestati a livello interno ed esterno all'ordinamento nazionale. Accanto a un tale intreccio di Carte e Convenzioni internazionali dei diritti, di Costituzioni e di leggi ordinarie nazionali, di giudici nazionali e sovranazionali, vanno consolidandosi ulteriori strumenti di tutela, rappresentati *in primis* dalle cd. istituzioni nazionali per la promozione e la protezione dei diritti umani o, nei termini usati in questo scritto, *equality bodies*. In sostanza *il diritto internazionale dei diritti umani* richiede agli Stati di apprestare istituzioni specializzate per la promozione e la protezione dei diritti fondamentali, distinguendo tra gli apparati strettamente go-

<sup>1</sup> Si veda M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, il Mulino, 2007 e se si vuole D. Tega, *L'ordinamento costituzionale italiano e il "sistema" Cedu: accordi e dissaccordi*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di V. Manes, V. Zagrebelsky, Milano, 2011.





vernativi e le cd. strutture indipendenti. Gli studi commissionati<sup>2</sup> sia dall'Agencia europea dei diritti fondamentali<sup>3</sup> che dalla Commissione europea in merito al funzionamento di tali istituzioni nel nostro ordinamento sono la conferma che la loro azione viene avvertita come particolarmente importante. Servendomi delle riflessioni e dei dati raccolti nello scrivere i due studi cui ho accennato intendo analizzare la recente creazione del primo *equality body* italiano, l'Ufficio nazionale antidiscriminazioni razziali.

Come è noto il d.lgs. n. 215 del 9 luglio 2003<sup>4</sup> nel recepire la direttiva 2000/43<sup>5</sup> ha introdotto alcune importanti innovazioni: ha definito che cosa si intende per discriminazione diretta e indiretta (art. 2, co. 1); ha stabilito che vanno considerate discriminazioni anche le molestie ovvero quei comportamenti indesiderati, posti in essere per motivi di razza o di origine etnica, aventi lo scopo o l'effetto di violare la dignità e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante od offensivo (art. 2, co. 3); ha ritenuto che anche l'ordine di discriminare persone a causa della razza o dell'origine etnica costituisca una discriminazione (art. 2, co. 4); ha specificato che "il principio di parità di trattamento senza distinzione di razza ed origine etnica

<sup>2</sup> Mi riferisco al *Thematic Legal Study on impact of the Race Equality Directive*, scritto nel 2009 insieme a M. Cartabia, per l'Agencia europea, e allo *Study on Equality Bodies set up under Directives 2000/43/EC, 2004/113/EC and 006/54/EC*, redatto nel 2010, ancora una volta insieme a M. Cartabia, per la Commissione europea.

<sup>3</sup> Cfr. M. Cartabia, E. Lamarque, D. Tega, *L'agenzia dei diritti fondamentali dell'Unione europea: uno sguardo all'origine di un nuovo strumento di promozione dei diritti*, in *Rivista di diritto comunitario*, 3/2009.

<sup>4</sup> Cfr. per uno sguardo comparato in tema il report M. Bell, I. Chopin, F. Palmer (a cura di), *Developing Anti-Discrimination Law in Europe. The 25 EU Member States compared in 2007*, per *European Network of Independent Experts in the non-discrimination Field*, luglio 2007, consultabile all'indirizzo <http://www.age-platform.eu/en/age-policy-work/anti-discrimination/eu-and-national-age-discrimination-legislation>.

<sup>5</sup> In merito alla quale e agli strumenti, più in generale elaborati dal diritto dell'Unione europea si rimanda in questo Volume agli scritti di C. Favilli e S. Morano Foadi, nonché all'importante volume curato da M. Barbera, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Milano, Giuffrè, 2007, in particolare con riferimento a M. Barbera, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio innovazione e continuità*, pp. XIX e ss. e D. Gottardi, *Le discriminazioni fondate sulla razza e sull'origine etnica*, pp. 1 e ss.; T. Casadei (a cura di), *Il lessico delle discriminazioni*, Reggio Emilia, Diabasis, 2008, ed in particolare con riferimento allo scritto di C. Favilli, *La normativa italiana contro le discriminazioni per motivi di razza e di origine etnica alla luce della direttiva 2000/43/CE*.



si applica a tutte le persone sia nel settore pubblico che privato”, negli ambiti dell’accesso all’occupazione (compresi i criteri di selezione, le condizioni di assunzione, gli avanzamenti di carriera, la retribuzione e le condizioni del licenziamento), dell’orientamento e della formazione professionale, dell’affiliazione e delle attività nell’ambito di organizzazioni di lavoratori e di datori di lavoro, della protezione sociale (compresa la sicurezza sociale), dell’assistenza sanitaria, delle prestazioni sociali, dell’istruzione, dell’accesso a beni e servizi, incluso l’alloggio (art. 3). A fronte di queste disposizioni va detto che il decreto non riguarda le differenze di trattamento basate sulla nazionalità e non pregiudica le disposizioni nazionali e le condizioni relative all’ingresso, al soggiorno, all’accesso all’occupazione, all’assistenza e alla previdenza dei cittadini dei paesi terzi e degli apolidi nel territorio dello Stato (art. 3, co. 2). Il legislatore ha infatti precisato che, nel rispetto dei principi di proporzionalità e di ragionevolezza, nell’ambito del rapporto di lavoro o dell’esercizio dell’attività di impresa, non costituiscono atti di discriminazione, ai sensi dell’articolo 2, quelle differenze di trattamento dovute a caratteristiche connesse alla razza o all’origine etnica di una persona, qualora, per la natura di un’attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, si tratti di caratteristiche che costituiscono un requisito essenziale e determinante ai fini dello svolgimento dell’attività medesima (art. 3, co. 3). Agli Stati membri inoltre è permesso di mantenere o adottare misure specifiche dirette a evitare o compensare svantaggi connessi alla razza o all’origine etnica, vale a dire le azioni cosiddette positive (art. 3, co. 4). Il decreto ha poi ricapitolato i possibili strumenti di tutela che le vittime di discriminazioni possono esperire ovvero il tentativo di conciliazione ai sensi dell’articolo 410 del codice di procedura civile oppure la tutela giurisdizionale già prevista dall’art. 44 (commi da 1 a 6, 8 e 11) del Testo Unico in materia di immigrazione (d.lgs. n. 286 del 25 luglio 1998, modificato dalla legge n. 289 del 27 dicembre 2002). Solo nel 2008, in seguito alla procedura di infrazione attivata dalla Commissione europea<sup>6</sup>, è stata approvata la legge n. 101 che ha introdotto all’art. 8 *sexies*, oltre ad una serie di emendamenti al d.lgs. n. 215/2003, l’importante elemento dell’inversione dell’onere della prova, previsto appunto dalla direttiva, ma non dall’atto di

<sup>6</sup> La procedura di infrazione, 2005/2358, 2006/2441, si basava essenzialmente sul fatto che l’atto di recepimento era stato ritenuto inadeguato sotto tre aspetti: l’onere della prova; la protezione delle vittime e la definizione di *molestia a sfondo razziale*.

recepimento. Infine è stata prevista la creazione dell'Ufficio per la promozione della parità di trattamento e la rimozione delle discriminazioni fondate sulla razza o sull'origine etnica (art. 7)<sup>7</sup> con funzioni di controllo e garanzia della parità di trattamento e dell'operatività degli strumenti di tutela. Tale ultima innovazione in particolare è oggetto di questo scritto.

Intendo usare il riferimento alla direttiva 2000/43 allo scopo di valutarne l'impatto e l'effettività nel sistema giuridico italiano attraverso il ruolo e l'operato di questa nuova istituzione, l'Ufficio nazionale antidiscriminazioni (di seguito UNAR). In base all'esperienza di altri ordinamenti europei è possibile distinguere tra organismi di parità cd. di promozione e quelli definiti *tribunal equality bodies*. I primi monitorano le discriminazioni, forniscono assistenza legale o attività di mediazione, lanciano campagne di sensibilizzazione contro le discriminazioni razziali ed etniche. I secondi invece hanno il potere, nell'ambito di una vasta gamma di strumenti, di prendere decisioni direttamente vincolanti (anche se non sempre giuridicamente vincolanti, come nel caso della Commissione olandese per la parità di trattamento) al fine di risolvere le denunce di discriminazione. Alcuni paesi, come il Regno Unito, la Svezia e il Belgio hanno deciso di dotarsi di un unico *equality body* che agisce in ogni settore delle discriminazioni, il cd. *multi-ground equality body*, altri invece continuano ad avere *equality bodies* separati, ognuno specializzato in un singolo settore di intervento<sup>8</sup>. I principali modelli individuati dagli studiosi<sup>9</sup> sono: lo scandinavo, caratterizzato dall'uso dell'attività di mediazione per risolvere le denunce di discriminazione e di un forte potere persuasivo; l'olandese che si presenta appunto come un "quasi" organo giudiziario; il belga focalizzato sia sulla promozione di cause strategiche sia sulla mediazione; l'inglese che combina poteri

<sup>7</sup> Del resto lo stesso Preambolo della direttiva enfatizza il ruolo fondamentale di questo tipo di istituzioni.

<sup>8</sup> Si veda a tal proposito, oltre allo scritto di F. Biagi in questo volume; D. Strazzari, *Discriminazione razziale e diritto. Un'indagine comparata per un modello "europeo" dell'antidiscriminazione*, Padova, Cedam, 2008; C. Hermanin, *Le istituzioni contro la discriminazione razziale*, in *Lavoro e Diritto*, a. XXIII, n. 4, 2009.

<sup>9</sup> Cfr. S. Latraverse della *Haute Autorité de lutte aux discriminations et promotion de l'égalité*, *Organismes nationaux de lutte contre les discriminations: les défis posés aux organismes nationaux*, paper presentato al seminario *The fight against discrimination in practice*, organizzato dalla *Academy of European law*, Treviri, 18-19 luglio 2007.

di monitoraggio e di assistenza legale alle vittime. Nonostante le tante differenze alla base delle scelte degli ordinamenti degli Stati membri riguardo il ruolo degli *equality bodies*, credo che si possa in ogni caso valutarne in generale, e comparativamente, l'efficacia in termini sia di assistenza alle vittime – allo scopo di favorire una soluzione positiva della discriminazione (attraverso strumenti giudiziari o extra giudiziari) – sia di capacità di incidere sulla legislazione vigente e futura.

In primo luogo il saggio passa in rassegna in modo critico le principali caratteristiche dell'UNAR, partendo da una breve panoramica della legislazione italiana relativa al principio di uguaglianza. In secondo luogo evidenzia la quasi totale assenza di analisi da parte della dottrina giuridica e dell'opinione pubblica dell'efficacia e dell'impatto dell'UNAR e, più in generale, degli organismi di parità. In terzo luogo lo scritto si prefigge di iniziare una riflessione, senza alcuna pretesa di esaustività, intorno allo sviluppo degli strumenti di tutela non giurisdizionale dei diritti, attraverso appunto l'azione svolta dagli organismi di parità, nella loro veste di organi promozionali o di mediazione.

Nel sistema giuridico italiano il principio di non discriminazione è radicato nel principio di eguaglianza proclamato, come è ben noto, dall'articolo 3 della Costituzione<sup>10</sup>. Attualmente in Italia il tema della discriminazione per motivi razziali ed etnici si sovrappone alla legislazione in materia di immigrazione, essendo del resto *in primis* i cittadini dei paesi terzi che vivono in Italia le vittime della discriminazione. Ecco perché il quadro di riferimento costituzionale deve ricomprendere anche il riferimento agli articoli 2 e 10.2, della Costituzione. La Corte costituzionale italiana, dal canto suo, ha stabilito che tutte le volte in cui sono in gioco diritti fondamentali, riconosciuti dall'articolo 2 della Costituzione e dai trattati internazionali, come previsto dall'articolo 10.2, il principio di uguaglianza deve essere applicato anche ai cittadini extracomunitari, senza distinzione tra cittadini italiani e non (sentt. nn.104/1969, 54/1979, 199/1986). Per quanto riguarda la legislazione ordinaria va brevemente ricordato che l'Italia nel 1975 ha ratificato la Convenzione internazionale dell'ONU del 1966 sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale (legge n. 654 del 7 gennaio 1975). In particolare, come è noto, la leg-

<sup>10</sup> Non potendo qui richiamare la ricca e articolata dottrina sul tema si rimanda da ultimo alle riflessioni di A. Ambrosi, in questo Volume.

ge n. 654 del 1975, all'art. 3, punisce tanto la diffusione di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico quanto l'incitamento a commettere o il commettere personalmente atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. È inoltre punito l'incitamento a commettere o il commettere personalmente violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi e vietata l'esistenza di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che abbiano tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. Nel 1977 è stato modificato il cd. Statuto dei lavoratori, dichiarando la nullità di qualsiasi atto o patto discriminatorio per motivi di razza, politici, di religione, di lingua o di sesso (art. 15 legge n. 903 del 12 settembre 1977). Nel 1993 la legge n. 205 del 25 giugno, la cd. legge Mancino, modificando in parte la legge del 1975, ha introdotto sanzioni accessorie in caso di condanna per reati commessi per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, nonché disposizioni di prevenzione e cautelari. Nel 1998 la legge n. 40, la cd. Turco Napolitano, ha introdotto la prima esaustiva definizione legislativa di discriminazione (se non si considera la ratifica della Convenzione del 1966), prevedendo una serie di rimedi contro le discriminazioni basate sul colore, sull'ascendenza, sull'origine nazionale o etnica, sulle convinzioni e le pratiche religiose. L'art. 43 del T.U. sull'immigrazione (formulazione mantenuta identica all'art. 41 della legge Turco Napolitano) vieta la discriminazione diretta e indiretta da parte di individui e di enti pubblici, indicando un elenco aperto di campi di applicazione. Come si è detto lo stesso T.U. contiene anche la previsione della tutela giurisdizionale, riconoscendo la possibilità di risarcimento anche del danno non patrimoniale, altrimenti limitata ai soli casi di vittime di reati penali. Insieme al d.lgs. n. 215/2003 l'Italia ha varato anche il d.lgs. n. 216 che ha recepito la direttiva 78/2000 EC in tema di parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro. Il d.lgs. n. 216/2003 reca le disposizioni relative all'attuazione della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla religione, dalle convinzioni personali, dagli *handicap*, dall'età e dall'orientamento sessuale (art. 1) negli stessi ambiti previsti dall'atto di recepimento della direttiva 43/2000. Anche in questo caso sono previste alcune eccezioni al principio della parità di trattamento<sup>11</sup>.

<sup>11</sup> Cfr. Art. 3, commi 4 e 5: "4. Sono, comunque, fatte salve le disposizioni che prevedono accertamenti di idoneità al lavoro per quanto riguarda la necessità di una

## 2. Il ruolo e i poteri dell'Ufficio nazionale antidiscriminazioni razziali

L'UNAR rappresenta, come si è detto, il primo tentativo di creare un cd. *equality body* all'interno del sistema giuridico italiano, istituito invece diffuso e ormai radicato negli ordinamenti europei, in particolare di *common law*<sup>12</sup>. In base alle previsioni dell'art. 7 del d.lgs. n. 215/2003 e del DPCM dell'11 dicembre 2003 l'Ufficio è una direzione generale, inserita presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per le Pari Opportunità, con funzioni di controllo e garanzia delle parità di trattamento e dell'operatività degli strumenti di tutela, avente il compito di svolgere, in modo autonomo e imparziale, attività di promozione della parità e di rimozione di qualsiasi forma di discriminazione fondata sulla razza o sull'origine etnica, anche in un'ottica che tenga conto del diverso impatto che le stesse discriminazioni possono avere su donne e uomini, nonché dell'esistenza di forme di razzismo a carattere culturale e religioso<sup>13</sup>. Le aree di azione sono dunque quattro: rimozione delle discriminazioni, monitoraggio e verifica dell'applicazione del principio di parità di trattamento, promozione di azioni positive e buone prassi e prevenzione. Le attività

idoneità ad uno specifico lavoro e le disposizioni che prevedono la possibilità di trattamenti differenziati in merito agli adolescenti, ai giovani, ai lavoratori anziani e ai lavoratori con persone a carico, dettati dalla particolare natura del rapporto e dalle legittime finalità di politica del lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale”; “5. Non costituiscono atti di discriminazione ai sensi dell'articolo 2 le differenze di trattamento basate sulla professione di una determinata religione o di determinate convinzioni personali che siano praticate nell'ambito di enti religiosi o altre organizzazioni pubbliche o private, qualora tale religione o tali convinzioni personali, per la natura delle attività professionali svolte da detti enti o organizzazioni o per il contesto in cui esse sono espletate, costituiscano requisito essenziale, legittimo e giustificato ai fini dello svolgimento delle medesime attività”.

<sup>12</sup> Basti pensare all'esperienza inglese, rappresentata dalla *British Equal Opportunity Commission*, creata nel 1964 e dalla *Commission for Racial Equality*, nata nel 1976.

<sup>13</sup> Tra i pochissimi scritti si veda C. Favilli, *L'istituzione di un organismo per la promozione delle pari opportunità prevista dalla normative comunitaria*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2002. Più recentemente G. Guarino, *Lo strumento europeo di lotta alla discriminazione razziale e la sua applicazione in Italia, alla luce del diritto internazionale generale e convenzionale*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, 2006, pp. 25-61; L. Melica, *La problematica delle discriminazioni e l'istituzione dell'Unar*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2006, p. 52; F. Guarriello, *Il ruolo delle istituzioni e della società civile*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, cit., pp. 467 e ss.; C. Hermanin, *op. cit.*

principali che l'Ufficio è chiamato a intraprendere riguardano: fornire assistenza alle persone che si ritengono lese da comportamenti discriminatori nei procedimenti giurisdizionali o amministrativi intrapresi; svolgere, nel rispetto delle prerogative e delle funzioni dell'autorità giudiziaria, inchieste al fine di verificare l'esistenza di fenomeni discriminatori; promuovere l'adozione – da parte di soggetti pubblici e privati, in particolare delle associazioni e degli enti iscritti al registro previsto dall'art. 6 del d.lgs. – di misure specifiche, compresi progetti di azioni positive, diretti a evitare o compensare le situazioni di svantaggio connesse alla razza o all'origine etnica; diffondere la massima conoscenza possibile degli strumenti di tutela vigenti anche mediante azioni di sensibilizzazione dell'opinione pubblica sul principio della parità di trattamento e la realizzazione di campagne di informazione e comunicazione; formulare raccomandazioni e pareri su questioni connesse alle discriminazioni per razza e origine etnica, nonché proposte di modifica della normativa vigente; redigere una relazione annuale per il Parlamento sull'effettiva applicazione del principio di parità di trattamento e sull'efficacia dei meccanismi di tutela, nonché una relazione annuale al Presidente del Consiglio dei Ministri sull'attività svolta; promuovere studi, ricerche, corsi di formazione e scambi di esperienze, in collaborazione anche con le associazioni e gli enti iscritti al registro, con le altre organizzazioni non governative operanti nel settore e con gli istituti specializzati di rilevazione statistica, anche al fine di elaborare linee guida in materia di lotta alle discriminazioni; partecipare a consultazioni e scambi promossi dalla Commissione europea e dagli organismi internazionali impegnati nella lotta contro la discriminazione. L'Ufficio è diretto da un responsabile nominato dal Ministro per le Pari Opportunità al quale è riservata anche la determinazione degli indirizzi dell'attività istituzionale dell'Ufficio. L'UNAR si avvale anche di personale di altre amministrazioni pubbliche, ivi compresi magistrati e avvocati e procuratori dello Stato nonché di esperti e consulenti esterni scelti tra soggetti, anche estranei alla pubblica amministrazione, dotati di elevata professionalità nelle materie giuridiche, nonché nei settori della lotta alle discriminazioni, dell'assistenza materiale e psicologica ai soggetti in condizioni disagiate, del recupero sociale, dei servizi di pubblica utilità, della comunicazione sociale e dell'analisi delle politiche pubbliche. Nel 2009, per la prima volta da quando è stato creato, ha raggiunto il pieno impiego del personale previsto e dei fondi annuali stanziati dallo stesso d.lgs. n. 215/2003 (art. 8).

L'Ufficio, pur formalmente competente per le sole discriminazioni fondate sulla razza o l'origine etnica, si occupa anche delle cd. discriminazioni multiple, che coinvolgono insieme alla razza o all'etnia altre cause di discriminazione basate sulla nazionalità e la religione (cause del resto previste dalla definizione di discriminazione già enucleata dall'articolo 43.1 del T.U.). L'intenzione seguita dall'Ufficio potrebbe essere quella di proporsi, in un futuro, come istituzione capace di trattare tutti i casi di discriminazione, un cd. *multi-ground equality body*<sup>14</sup>. A tal proposito è interessante considerare che l'UNAR ha recentemente avviato alcune ricerche sulle discriminazioni basate sull'orientamento sessuale, l'età e la disabilità<sup>15</sup>. In particolare in alcune regioni dell'Italia meridionale<sup>16</sup>, nell'ambito del Fondo sociale europeo, sono state lanciate ricerche su tutte le tipologie di discriminazioni. Tra le varie iniziative in fase di attuazione va segnalato il progetto "Diversità come valore", nell'ambito del Programma comunitario per l'occupazione e la solidarietà sociale *Progress*. Il progetto è stato predisposto sulla base di un lavoro collegiale che ha visto confluire, all'interno di un gruppo di lavoro nazionale, le maggiori organizzazioni rappresentative delle federazioni e delle reti nazionali di associazioni, operanti nei cinque ambiti delle discriminazioni (orientamento sessuale, razza-etnia, disabilità, religione ed opinioni personali, età)<sup>17</sup>. Il metodo di lavoro seguito è di tipo partecipato,

<sup>14</sup> Il Ministro delle Pari Opportunità ha affermato, nell'ambito dell'audizione sulle linee programmatiche svoltesi il 5 novembre 2008 alle Commissioni riunite Affari Costituzionali e Lavoro della Camera dei Deputati, e in seguito nel corso dell'incontro dell'8 ottobre 2009 con le associazioni LGBT, che l'UNAR rappresenta attualmente il soggetto di riferimento a garanzia del principio di non discriminazione *tout court*.

<sup>15</sup> Cfr. <http://www.unar.it/>. Per quanto concerne l'attività dell'UNAR nello specifico ambito della discriminazione per orientamento sessuale, l'Ufficio ha coordinato interventi specifici sulle tematiche LGBT coinvolgendo anche le principali associazioni di settore. Tali attività si inseriscono principalmente nei compiti di informazione e sensibilizzazione di cui si dirà di seguito. L'UNAR ha affidato inoltre la realizzazione di uno studio specificamente finalizzato alla identificazione, analisi e trasferimento di buone prassi in materia di non discriminazione per orientamento sessuale all'Avvocatura per i diritti LGBT – Rete Lenford.

<sup>16</sup> Si tratta di Campania, Puglia, Calabria, Sicilia, le cd. regioni a "Obiettivo Convergenza".

<sup>17</sup> Nello specifico, le reti nazionali di associazioni confluite nel NWG sono: ACLI, ACMID – DONNA Onlus – Associazione Comunità Marocchina delle Donne in Italia, Arci Gay, AVERROÈ Centro Culturale, CIR Consiglio Italiano per i Rifugiati, Comunità di Sant'Egidio, ENAR *European Network Against Racism*,

attraverso una cabina di regia che vede la costante cooperazione tra l'organismo proponente, l'UNAR, ed il gruppo di lavoro nazionale in tutte le fasi di progetto: dalla definizione degli obiettivi e dei contenuti della campagna di comunicazione, alla realizzazione di eventi territoriali, alle attività formative previste. Riguardo le discriminazioni basate sulla disabilità, al momento, l'unica istituzione ufficiale competente è la Commissione di valutazione per la legittimazione ad agire per la tutela delle persone con disabilità, istituita il 21 giugno 2007. La Commissione si limita ad aggiornare il registro nazionale delle associazioni che hanno legittimazione ad agire in giudizio per conto delle vittime<sup>18</sup>. La Commissione non può essere considerata in alcun modo un organismo di parità, al contrario, poiché il suo ruolo è ancora molto limitato, si potrebbe ipotizzare che l'Ufficio, in uno scenario che vedesse aumentare le proprie aree di azione, inglobasse anche la competenza a monitorare l'attuazione della Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità, ratificata con la legge n. 18 del 3 marzo 2009.

L'UNAR fornisce supporto alle vittime di discriminazione principalmente attraverso l'attività di conciliazione informale, prospettando soluzioni per la rimozione delle situazioni discriminatorie, non avendo legittimazione ad agire direttamente in giudizio<sup>19</sup>, come invece hanno le associazioni e gli enti che fanno parte dell'elenco nazionale. È evidente che la legittimazione ad agire in nome e per conto della vittima di discriminazioni o di molestie è molto importante, vista la condizione di estrema fragilità e spesso precarietà in cui versano le vittime. Nel 2009 l'Ufficio ha ricevuto 373 denunce di discriminazioni, la maggior parte delle quali ha riguardato casi di discriminazione nella cd. vita pubblica e in particolare nel contesto degli spazi pubblici: tutti quei casi cioè nei quali la discriminazione è avvenuta in luoghi pubblici attraverso esplosioni di odio razziale, generiche

FISH – Federazione italiana per il superamento dell'*handicap*, Gaynet, Libellula, UFTDU – Unione Forense per la Tutela dei Diritti dell'Uomo, Avvocatura per i diritti LGBT Rete Lenford, MIT, Transgenere.

<sup>18</sup> L'elenco è stato approvato e integrato, una prima volta con decreto 30 aprile 2008, all'epoca risultavano registrate 43 associazioni, e, una seconda volta, con il decreto 5 marzo 2010 che annovera non più 43 ma 18 enti.

<sup>19</sup> In base all'articolo 425 del codice di procedura civile, l'UNAR può intervenire nei procedimenti giudiziari esclusivamente attraverso osservazioni orali o scritte.

dichiarazioni xenofobe, dichiarazioni razziste espresse da politici<sup>20</sup>. Mentre i settori del lavoro o del mercato immobiliare non figurano più tra quelli in cui più spesso si verificano atti di discriminazione. Il *Contact Center* e, dal 2010, anche il sito *web* dell'UNAR ricevono reclami e raccolgono informazioni sui diversi casi di discriminazione<sup>21</sup>. Il *Contact Center* rappresenta il primo punto di contatto e di sostegno alle vittime di discriminazioni, raccoglie ed esamina i singoli reclami e fornisce una soluzione in tempo reale alle segnalazioni giunte telefonicamente, per le quali sia possibile una soluzione immediata (cd. primo livello)<sup>22</sup>. Nel caso di una denuncia giudicata fondata, ma non risolvibile in tempo reale, viene attivato il cd. secondo livello, interno all'UNAR, che registra la richiesta e attraverso il lavoro dei funzionari e degli esperti, avvia la cd. *call back*, ovvero una prima fase di indagini preliminari al fine di ottenere le informazioni chiave. Le informazioni necessarie alla risoluzione del caso possono essere raccolte dall'Ufficio tramite informazioni richieste a testimoni, forze di polizia, sindacati, associazioni, o procedendo direttamente ad una verifica della situazione discriminatoria. In generale, nell'ambito di queste indagini, l'UNAR contatta il presunto autore della discriminazione chiedendo la rimozione del comportamento discriminatorio o l'apertura di un'indagine interna.

In tali casi, l'UNAR può svolgere il ruolo di mediatore informale, come si è detto, o mettere le vittime in contatto con un'associazione che, in quanto iscritta in un apposito elenco<sup>23</sup>, approvato con decreto del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali e del Ministero per

<sup>20</sup> Si veda la relazione del 2009 al Presidente del Consiglio dei Ministri sull'attività svolta, disponibile sul sito [www.unar.it](http://www.unar.it).

<sup>21</sup> Il portale telematico [www.unar.it](http://www.unar.it) è attivo dal 15 marzo 2010.

<sup>22</sup> Il centro di contatto è pronto a rispondere in diverse lingue: inglese, francese, spagnolo, arabo, russo, rumeno, cinese, mandarino, hindu, urdu ed altre lingue o dialetti locali.

<sup>23</sup> Nel corso del 2007, l'UNAR ha firmato numerosi accordi con associazioni di avvocati disposte a fornire assistenza legale. L'elenco, in base all'art. 5 del d.lgs. n. 215/2003 e del decreto interministeriale del 9 aprile 2010, raggruppa diversi tipi di associazioni appartenenti in senso ampio alla cd. società civile (cd. terzo settore, volontariato, ONG, associazionismo). Il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali e il Ministero per le Pari Opportunità hanno aggiornato l'elenco, istituito nel dicembre 2005, delle associazioni e degli enti che possono operare in nome, per conto o a sostegno delle persone vittime di discriminazioni razziali, attivando la necessaria tutela giurisdizionale sia nei casi di discriminazione individuale che collettiva.

le Pari Opportunità, può fornire assistenza legale<sup>24</sup>. Tali associazioni hanno legittimazione ad agire anche in caso di discriminazione collettiva, cioè nel caso in cui la vittima di discriminazione non possa essere immediatamente identificata. Per poter essere iscritte in questo elenco le associazioni devono essere parte o del registro delle associazioni che favoriscono l'integrazione sociale degli stranieri immigrati (art. 2.1, lettera a) d.P.R. n. 349 del 1999), istituito presso il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, oppure del registro previsto presso il Dipartimento per le Pari Opportunità, ex art. 6 del d.lgs. n. 215/2003.

Il recepimento della direttiva 2000/43 completa ulteriormente la tutela giurisdizionale apprestata dal T.U.<sup>25</sup>, prevedendo sia l'eliminazione degli effetti degli atti o dei comportamenti discriminatori sia, al fine di impedirne la ripetizione, disponendo anche piani di rimozione delle discriminazioni accertate. Il giudice, nel liquidare gli eventuali danni non patrimoniali, tiene conto anche se l'atto o il comportamento discriminatorio costituiscono ritorsione ad una precedente azione giudiziale o ingiusta reazione ad una precedente attività del soggetto leso, volta ad ottenere il rispetto del principio della parità del trattamento. Il provvedimento finale può infine essere pubblicato, a spese del convenuto, su un quotidiano nazionale per una sola volta. Ma il vero potenziamento della tutela si è verificato pienamente soltanto

<sup>24</sup> Vale la pena notare che la procedura per ottenere la registrazione dura in alcuni casi, come dimostra la vicenda che ha interessato l'Associazione per gli studi giuridici sull'Immigrazione (ASGI), punto di riferimento giuridico indiscusso in materia, diversi anni.

<sup>25</sup> Va ricordato che prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 215, art. 4, l'ordinamento prevedeva già, in base alla legge n. 40 del 1998, art. 41 (ora art. 44 del T.U. sull'immigrazione) un'azione civile contro la discriminazione perpetrata sia da parte di un privato che della PA. In sostanza si tratta di un procedimento particolarmente snello nel quale la parte, senza necessità di essere rappresentata da un legale, può depositare ricorso al Tribunale del luogo di domicilio, in composizione monocratica. Il giudice, sentite le parti, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, provvede ad accogliere o meno la domanda. Nel caso di accoglimento emette i provvedimenti richiesti che sono immediatamente esecutivi. Con la decisione che definisce il giudizio il giudice può, oltre a ordinare la cessazione della condotta discriminatoria, condannare il convenuto al risarcimento del danno anche non patrimoniale. In caso di inosservanza dei provvedimenti decisi dal Tribunale è prevista una sanzione penale ai sensi dell'art. 388 c.p. Nella pratica tale tipo di azione non ha trovato particolare applicazione, in parte perché non sufficientemente conosciuta e in parte per le oggettive difficoltà che normalmente connotano la condizione della persona discriminata, *in primis* linguistiche e di comunicazione, oltre che economiche.

con il recepimento nel 2008 dell'inversione dell'onere della prova: è il soggetto accusato a dover provare di aver tenuto una condotta discriminatoria nel caso in cui il ricorrente adduca in giudizio fatti, anche sulla base di dati statistici, da cui si possa evincere che vi sia stata discriminazione.

Il numero esiguo di procedimenti giudiziari in tema di discriminazioni è, da un lato, secondo il parere dell'UNAR, il risultato dell'efficacia della conciliazione intesa in senso ampio portata avanti dall'Ufficio: cioè la soluzione dei casi sia tramite attività informale, quotidiana e difficilmente quantificabile, sia tramite una procedura formalizzata (per esempio, basata su incontri con le parti, presenza di testimoni e di mediatori culturali) molto più esigua. L'esperienza dell'UNAR ha confermato che in molti casi una lettera all'autore della presunta discriminazione si è rivelata sufficiente a modificarne la condotta. In tali casi, l'Ufficio utilizza il potere di persuasione derivante dal ruolo istituzionale che svolge, facendo pressione sulle parti interessate al fine di ottenere un comportamento virtuoso, senza ricorrere alle vie giudiziarie ove possibile. D'altra parte però, il numero limitato di procedimenti giudiziari risulta senza dubbio legato al timore di rappresaglie, alla mancanza di consapevolezza di aver subito una discriminazione e infine alla mancanza di legittimazione dell'UNAR a stare in giudizio per conto della vittima nei procedimenti giudiziari. Questa mancanza, insieme all'assenza di poteri sanzionatori, va vista a mio parere come una delle debolezze più significative dell'*equality body* italiano. Il disegno di legge AC 2169 del 25 gennaio 2007, mai approvato, andava in qualche modo nella direzione di porre rimedio a tale lacuna, proponendo di riconoscere la legittimazione della Presidenza del Consiglio dei ministri ad intervenire in giudizio e a costituirsi parte civile.

Nella sua attività di monitoraggio e di prevenzione l'UNAR nel 2007 ha erogato 500.000 euro per un finanziamento totale di dieci progetti, realizzati da ONG, enti del settore non-profit e centri di ricerca. Questi progetti hanno avuto come oggetto le discriminazioni in materia di lavoro pubblico e privato, di accesso all'assistenza medica e alle abitazioni<sup>26</sup>. L'Ufficio ha finanziato anche un progetto della durata di un anno con l'obiettivo di creare un organismo permanente per il monitoraggio dei diritti fondamentali delle popolazioni Rom e Sinti, attraverso la messa in rete di tutte le associazioni che lavorano su questo tema sul territorio italiano. Vale la pena ricordare che l'Ufficio ha

<sup>26</sup> Si veda la relazione del 2007 al Presidente del Consiglio dei Ministri.

istituito un servizio di monitoraggio di siti e *blog* razzisti e xenofobi attraverso il nuovo *Contact Center*. È stata inoltre creata una banca dati di tutte le attività connesse alla lotta alle discriminazioni sia a livello locale che nazionale, al fine soprattutto di svolgere in modo più efficace le attività di controllo. L'Ufficio, nel tentativo di potenziare la propria azione, ha annunciato che, per la prima volta, a partire dalla primavera 2010, ha lanciato una serie di incontri e riunioni con le organizzazioni non governative. Le attività di monitoraggio infatti sono svolte principalmente dal settore non-profit che per altro molto spesso indica all'UNAR i casi di discriminazione. È significativo a questo proposito evidenziare che soltanto nell'ottobre 2009 l'Istituto Nazionale di statistica ha avviato, godendo di un finanziamento di 475.000 euro da parte dell'UNAR, la prima indagine statistica su razza, etnia, orientamento sessuale e discriminazioni di genere.

Per quanto concerne il lavoro promozionale l'Ufficio ha annunciato l'intenzione di offrire consulenze gratuite, formazione e attività di supporto tecnico alle associazioni e agli enti che perseguono gli obiettivi indicati agli articoli 5 e 6 del d.lgs. n. 215/2003 e alle reti regionali antidiscriminazioni, promosse dalle amministrazioni locali e regionali di concerto con l'Ufficio. L'UNAR ha predisposto, in attuazione dell'articolo 7 del d.lgs. n. 215/2003, un bando di gara – pubblicato nell'ottobre 2009 – per promuovere azioni positive che prevenivano gli svantaggi legati alla razza o all'origine etnica. Dal novembre 2009, l'UNAR ha avuto una serie di incontri con sindacati e datori di lavoro in merito al rilancio del Protocollo d'intesa – stipulato il 18 ottobre 2005 – che mira a promuovere azioni positive per combattere le discriminazioni all'interno dei luoghi di lavoro. L'Ufficio ha comunicato l'intenzione di organizzare incontri periodici con i sindacati e i datori di lavoro, al fine di impostare nuove strategie per le attività di promozione<sup>27</sup>.

Riguardo le attività di sensibilizzazione l'UNAR gestisce campagne di informazione, rivolte in particolare a far conoscere le garanzie offerte dalla legislazione. Gli eventi e le attività organizzate rientrano in campagne pubblicitarie, seminari di studio, scambio di buone pra-

<sup>27</sup> Il Memorandum, originariamente firmato da Confartigianato, Confapi e Confindustria è stato aperto alla firma di altre associazioni di categoria, Lega Cooperative, Confcooperative, Coldiretti, Confagricoltura, Confesercenti e Confcommercio. È stato siglato nella sua ultima versione il 19 maggio 2010.

tiche e campagne di informazione<sup>28</sup>. Va sottolineato che, fatta eccezione per il documentario sulle popolazioni Rom, trasmesso nel 2008 da La7, i mezzi di comunicazione a livello nazionale molto raramente hanno dato risalto alle attività dell'UNAR<sup>29</sup>. L'Ufficio ha infine lanciato la Campagna Dosta, promossa dal Consiglio d'Europa, contro i pregiudizi e gli stereotipi di cui sono oggetto le comunità Rom e Sinti. Lo sviluppo della campagna italiana ha anche un valore simbolico, dal momento che l'Italia sarà il primo paese dell'Unione europea ad adottare questo metodo di sensibilizzazione. L'UNAR ha sviluppato gli strumenti e le metodologie di cui avvalersi nella campagna, adattandoli al contesto storico e culturale italiano, con particolare attenzione alle difficoltà di inclusione sociale e lavorativa dei Rom nelle regioni soggette alla convergenza, attraverso un pannello di coordinamento, istituito in virtù del d.lgs. n. 19 del 18 gennaio 2010, con il coinvolgimento dei rappresentanti delle comunità Rom e Sinti<sup>30</sup>.

### 3. Il ruolo delle organizzazioni non governative

La collaborazione tra l'UNAR, gli enti locali e il settore *non-profit* è diventata vitale per affrontare molte delle richieste in materia di discriminazione che vengono ricevute dal *Contact Center*. La risoluzione di questi casi è spesso raggiunta grazie a interventi realizzati da associazioni che operano a livello locale nei settori in cui la discriminazione è stata segnalata. L'Ufficio sta progressivamente costruendo, in un'ottica di rafforzamento della collaborazione, una rete nazionale di antenne territoriali per la rilevazione dei fenomeni di discriminazione, in grado di rilevare casi di discriminazione a livello

<sup>28</sup> Per celebrare l'annuale Giornata internazionale contro la discriminazione razziale, l'UNAR organizza la cd. Settimana di azione contro il razzismo, ormai alla sua settima edizione nel 2011, evento centrale nel calendario delle attività di prevenzione e sensibilizzazione. Durante la settimana di eventi vengono distribuiti libri, opuscoli, e *merchandise* promozionale, a cura dell'UNAR e della Commissione europea. In particolare, l'UNAR ha investito nella promozione di eventi sportivi, utilizzandoli come mezzo di sensibilizzazione. Nel 2010, l'Ufficio ha avviato la rete NEAR a UNAR contro il razzismo, con l'obiettivo di coinvolgere i giovani tra i 18 e i 25 anni.

<sup>29</sup> Ad eccezione di una serie di agenzie di stampa che però si sono limitate a riportare le comunicazioni fornite dall'Ufficio stesso.

<sup>30</sup> In particolare mi riferisco a Opera Nomadi, Federazione Rom e Sinti Insieme, Federazione Rom, Unione Nazionale e Internazionale di Rom e Sinti – UNIRSI.

locale e di trasmettere informazioni all'UNAR. In questa prospettiva è stata sviluppata una piattaforma digitale condivisa dalle antenne territoriali nell'ambito del sistema informativo dell'UNAR che ora ha trovato posto nel sito *web* dell'Ufficio. Così, la medesima piattaforma di informazioni potrà essere in futuro condivisa sempre più dagli enti locali e dalle associazioni iscritte nel registro. Ciò consentirà all'UNAR di creare un dialogo tra le varie strutture e di monitorare in tempo reale i casi di discriminazione, sia a livello nazionale che locale. Recentemente sono poi stati creati in quattro regioni italiane i primi centri regionali sulle discriminazioni, già previsti dall'art. 44 del T.U., ma mai attuati finora: si tratta di quelli dell'Emilia-Romagna, della Liguria, del Piemonte e della Sicilia. La loro istituzione va nella direzione di potenziare il sistema di monitoraggio<sup>31</sup>.

Il settore *non profit* svolge dunque un ruolo fondamentale nella mappatura dei casi di discriminazione grazie al tradizionale radicamento nel territorio e alla serietà e competenza che caratterizzano l'esperienza italiana delle cd. organizzazioni non governative. Il numero delle organizzazioni del settore *non profit* in generale, destinate all'assistenza anti-discriminazione risulta molto significativo, anche se mancano dati ufficiali aggiornati in merito. Come si è avuto modo di sottolineare il mondo dell'associazionismo è coinvolto non solo nella raccolta delle denunce e nelle attività di monitoraggio delle discriminazioni, ma anche nel fornire ausilio legale alle vittime<sup>32</sup>. Sono in grado di fornire un'assistenza capillare e, molto spesso, l'unica che le vittime possono ricevere. Si può affermare che le associazioni *non profit* in generale, insieme con le parti sociali, svolgono il ruolo più efficace nella lotta contro le discriminazioni per motivi razziali, rap-

<sup>31</sup> Basti pensare che l'accordo stipulato con l'Emilia-Romagna ha permesso la messa in rete di 49 centri territoriali anti discriminazioni. Si veda sull'esperienza dell'Emilia-Romagna lo scritto di A. Stuppini in questo Volume. Va ricordato a questo proposito che il 21 ottobre 2009 è stato siglato tra il Ministro per le Pari Opportunità e il Sindaco di Roma un protocollo d'intesa per combattere i fenomeni discriminatori, che dà vita a iniziative educative e di sensibilizzazione ed istituisce l'Osservatorio cittadino contro tutte le discriminazioni.

<sup>32</sup> L'onere finanziario delle procedure legali nei casi di discriminazione è sostenuto di norma dalle vittime, o da singoli avvocati o, se il caso è considerato particolarmente interessante o strategico, da associazioni di avvocati, come l'ASGI, coinvolte nella lotta contro le discriminazioni. Recentemente l'UNAR ha previsto forme di sostegno diretto alle vittime attraverso l'istituzione di un fondo di solidarietà finalizzato all'anticipazione delle spese processuali a carico delle vittime e/o delle associazioni legittimate ad agire.

presentando la principale fonte di informazione, assistenza e monitoraggio. Due esempi fra altri che si potrebbero fare sono rappresentati dal lavoro svolto con l'Ufficio dall'ASGI e dalle ACLI. L'ASGI, importante associazione di esperti legali in materia di immigrazione, è stata coinvolta nel progetto LEADER, cofinanziato dall'Unione europea, che mira a sviluppare una strategia contro le discriminazioni razziali nel campo del lavoro e dell'occupazione. Nonostante il suo mandato nazionale, l'attività si è inizialmente concentrata in sei regioni italiane, considerate strategiche dal punto di vista produttivo (Liguria, Veneto, Toscana, Lazio, Campania, Sicilia). In particolare si sono promosse attività connesse al monitoraggio, alle buone pratiche, alla formazione e all'integrazione. Nell'ambito del progetto sono state create le reti di iniziativa territoriale che collegano le due principali organizzazioni nazionali sindacali con le associazioni degli immigrati e con le associazioni *non profit*. In collaborazione con l'UNAR le ACLI si sono aggiudicate tramite gara pubblica la cura del servizio del nuovo *Contact Center*<sup>33</sup> oltre ad aver curato l'attività dei *Focal Points*, strutture create in quattordici città italiane alla base della rete nazionale di raccordo di cui si è già detto.

#### 4. Conclusioni

Come si è tentato di mettere in evidenza, la questione della valutazione dell'efficacia dell'azione dell'UNAR è ancora aperta in ragione essenzialmente della sua recente creazione. Al momento è possibile, come si è fatto in questo scritto, mettere in fila, da un lato, le funzioni dell'Ufficio e, dall'altro, valutarle alla luce dei primi risultati ottenuti, dei dettami contenuti nei documenti di diritto internazionale e dell'Unione europea in merito alle caratteristiche che gli *equality bodies* devono possedere per essere considerati tali, e delle esperienze degli altri ordinamenti europei. In base a questo tipo di indicatori l'attività dell'Ufficio italiano risulta ancora in fase di compimento. A loro volta, nelle interviste condotte durante la stesura dei due *reports* presentati all'Agenzia europea dei diritti fondamentali e alla Commissione europea, le organizzazioni non governative

<sup>33</sup> Le risorse economiche annue stanziare per il funzionamento del servizio sono state quasi raddoppiate, da 350 mila a 648 mila euro, così come è stato raddoppiato il personale proveniente dalle ACLI, da 6 a 12 persone.



criticano l'impatto generale dell'Ufficio. Le riserve principali rivolte all'UNAR riguardano la non piena conformità, almeno formale, ai requisiti di indipendenza e pluralismo richiesti dai cd. Principi di Parigi<sup>34</sup>; la mancanza di legittimazione ad agire in giudizio per conto delle vittime; l'assenza di un ruolo incisivo sulla legislazione da adottare in materia. Questi svantaggi influenzano l'impatto generale dell'Ufficio, insieme alla scarsa attenzione che ancora lo circonda nell'ambito del dibattito pubblico.

La direttiva 2000/43/CE e, in particolare, la Raccomandazione n. 2 della Commissione europea contro il razzismo e l'intolleranza del Consiglio d'Europa, fissano una serie di caratteristiche essenziali che gli organismi di parità sono chiamati ad avere<sup>35</sup>: devono essere

<sup>34</sup> Tali principi sono stati approvati dalla Commissione per i diritti umani nel marzo 1992, risoluzione 1992/54, e il 20 dicembre 1993 dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, risoluzione 48/134. I Principi presentano in sostanza un'esposizione sistematica dei criteri che dovrebbero informare le istituzioni che si occupano di diritti sia in termini strutturali che funzionali.

<sup>35</sup> La *General Policy Recommendation no. 2 on Specialised Bodies to Combat Racism, Xenophobia, Antisemitism and Intolerance at National Level* è stata adottata dal Consiglio d'Europa, il 13 giugno 1997, si veda il testo all'indirizzo [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/gpr/en/recommendation\\_n2/Rec02en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/gpr/en/recommendation_n2/Rec02en.pdf). Il *Chapter 3, principle 3*, della Raccomandazione prevede che l'*equality body* possieda il più ampio numero possibile delle seguenti funzioni: *a. to work towards the elimination of the various forms of discrimination set out in the preamble and to promote equality of opportunity and good relations between persons belonging to all the different groups in society; b. to monitor the content and effect of legislation and executive acts with respect to their relevance to the aim of combating racism, xenophobia, antisemitism and intolerance and to make proposals, if necessary, for possible modifications to such legislation; c. to advise the legislative and executive authorities with a view to improving regulations and practice in the relevant fields; d. to provide aid and assistance to victims, including legal aid, in order to secure their rights before institutions and the courts; e. subject to the legal framework of the country concerned, to have recourse to the courts or other judicial authorities as appropriate if and when necessary; f. to hear and consider complaints and petitions concerning specific cases and to seek settlements either through amicable conciliation or, within the limits prescribed by the law, through binding and enforceable decisions; g. to have appropriate powers to obtain evidence and information in pursuance of its functions under f. above; h. to provide information and advice to relevant bodies and institutions, including State bodies and institutions; i. to issue advice on standards of anti-discriminatory practice in specific areas which might either have the force of law or be voluntary in their application; j. to promote and contribute to the training of certain key groups without prejudice to the primary training role of the professional organisations involved; k. to promote the awareness of the general public to issues of discrimination and to produce and publish*



stabiliti da una disposizione di rango costituzionale o legislativo<sup>36</sup>, prestano consulenza tanto al potere legislativo quanto a quello esecutivo, al fine di migliorare la normativa e le prassi nei settori pertinenti; forniscono aiuto e assistenza alle vittime, ivi compresa quella legale e infine, godono di piena indipendenza dai poteri statali, in particolare dall'esecutivo. Questa ultima caratteristica, come è facilmente intuibile, è cruciale al fine di misurare l'efficacia dell'Ufficio. Occorre dunque spendere qualche parola in più sul requisito dell'indipendenza. Secondo i cd. Principi di Parigi, l'indipendenza dell'*equality body* consiste principalmente in: a) sottoporre opinioni, raccomandazioni, proposte e rapporti su qualsiasi materia concernente le promozione e la protezione dei diritti umani, al Governo, al Parlamento o ad ogni altro organo competente, su base consultiva o su richiesta delle autorità interessate o attraverso l'esercizio del potere dell'*equality body* di intervenire autonomamente; b) esaminare le disposizioni legislative ed amministrative, come pure le disposizioni relative all'organizzazione del potere giudiziario, e formulare le raccomandazioni che ritiene opportune per garantire la conformità ai principi fondamentali sui diritti umani, e, se necessario, raccomandare l'adozione di una nuova legislazione, o di emendamenti a quella in vigore; c) avere un'infrastruttura adatta allo svolgimento delle proprie attività, e godere di un adeguato finanziamento. Lo scopo di tale finanziamento è quello di rendere l'istituzione in grado di avere uno staff e propri locali, in modo da essere indipendente dal Governo e non soggetta ad un controllo finanziario che potrebbe minare la sua indipendenza; d) adottare una composizione il più possibile rappresentativa del pluralismo della società<sup>37</sup>; e) richiamare l'attenzione del Governo sulle violazioni interne ai diritti umani e presentare delle proposte per mettere fine a tali violazioni e, quando necessario, esprimere un'opinione sulle posizioni e le reazioni del Governo. Alcuni autori hanno ulteriormente esplicitato tale requisito<sup>38</sup> affermando che il concetto di indipendenza

*pertinent information and documents; l. to support and encourage organisations with similar objectives to those of the specialised body; m. to take account of and reflect as appropriate the concerns of such organizations.*

<sup>36</sup> Cfr. *Chapter A, principle 1* della Raccomandazione.

<sup>37</sup> Previsione contenuta anche nella Raccomandazione n. 2 della Commissione europea contro il razzismo e l'intolleranza del Consiglio d'Europa, *Chapter D, principle 4*.

<sup>38</sup> J. Cormack, J. Niessen, *The Independence of Equality Bodies*, *European AntiDiscrimination Law Review*, 1/2005.

va inteso, in questo frangente, almeno in tre significati: facoltà di attuare il proprio mandato senza interferenze; indipendenza come neutralità che permette all'istituzione di agire al riparo dalle pressioni dei gruppi di interesse; indipendenza intesa come competenza e capacità di agire. Altri hanno sottolineato che l'indipendenza va valutata non solo dal punto formale, cd. indipendenza *de jure*, ma anche da una prospettiva prettamente contenutistica, cd. indipendenza *de facto*<sup>39</sup>.

Da un punto di vista formale o *de jure*, l'Ufficio Nazionale Antidiscriminazioni Razziali non risulta pienamente conforme alle norme di indipendenza e pluralismo contenute nei cd. Principi di Parigi. Mi sembra importante elencare brevemente le principali perplessità. Innanzitutto l'UNAR è una direzione generale, inserita presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per le Pari Opportunità<sup>40</sup>. Come si è detto il Ministro per le Pari Opportunità ha finora nominato il Direttore dell'Ufficio e ha il potere di determinare il corso delle attività istituzionali UNAR, anche se ha sempre delegato tale funzione al Direttore. In secondo luogo, l'Ufficio non ha una composizione rappresentativa del pluralismo della società, infatti i suoi componenti non risultano essere rappresentativi né della società civile (ONG, sindacati, organizzazioni sociali e professionali) né di organizzazioni filosofiche, etiche o religiose.

Sulla base delle ricerche condotte si può affermare che l'azione dell'UNAR non pare influenzata dalle istituzioni politiche, anche se da un punto di vista strutturale è parte della Presidenza del Consiglio. Credo che per ottenere una piena e condivisa credibilità l'Ufficio debba dimostrare da un lato la capacità di criticare e contrastare apertamente le eventuali politiche potenzialmente discriminatorie poste in atto dall'esecutivo. Dall'altro consolidare un ruolo consultivo, ma obbligatorio, nel processo legislativo. A mio parere la normativa italiana dovrebbe potenziare il ruolo dell'UNAR attraverso la dotazione di strumenti di sanzione, poteri di indagine più effettivi; legittimazione

<sup>39</sup> Cfr. K. Yesilkagit, B. Snijders, *Between Impartiality and Responsiveness: Equality Bodies and Practices of Independence*, Brussels, Equinet, 2008.

<sup>40</sup> J. Cormack, J. Niessen, *op. cit.*, p. 25 affermano la necessità che l'*equality body* non sia inserito all'interno di una struttura ministeriale, se ciò avviene occorre prevedere modalità idonee a limitare al massimo la possibile interferenza politica. Come esempio di questa tipologia di istituzione portano proprio il caso dell'UNAR. L'elemento che pare, secondo gli Autori, preservare l'indipendenza dell'Ufficio italiano è il fatto che una delle associazioni non governative più note gestisce le denunce delle vittime per conto dell'Ufficio.

ad agire in giudizio per nome e conto delle vittime; ruolo consultivo nel processo legislativo; adeguate risorse finanziarie annue. A ciò si deve aggiungere uno sforzo comune per far conoscere in maniera più diffusa – e non solo tra le possibili vittime – l'esistenza stessa dell'Ufficio e l'importanza che gli *equality bodies* hanno acquisito negli ordinamenti europei e a livello internazionale. Non c'è dubbio che la non conoscenza dell'esistenza dell'Ufficio da parte, per esempio, anche di una parte degli studiosi di materie giuridiche non dipende solo dalla sua recente creazione, ma dalla mancanza, più in generale, di una sensibilità civica, ancor prima che giuridica, che nella società e nell'ordinamento italiano è talora ancora mancante. In conclusione la parabola dell'UNAR è iniziata con molta lentezza, ma sembra destinata, alla luce degli sviluppi dell'ultimo anno, a crescere e a maturare in fretta. Non c'è dubbio infatti che il terreno sul quale si muovono gli *equality bodies* non è semplice, all'incrocio come è tra politica, diritti e cittadinanza. Sarà proprio questo processo di crescita che porterà l'inevitabile consolidamento di una più sicura indipendenza e autonomia. Al Parlamento e all'esecutivo spetta però valorizzare e coinvolgere l'Ufficio maggiormente in particolare per quanto concerne la funzione consultiva. Speriamo che l'attenzione delle istituzioni comunitarie serva da sprone, visto che è evidente la lunga strada che le istituzioni politiche italiane devono ancora percorrere in tal senso.



*PARTE SECONDA*  
**GLI APPROFONDIMENTI**

---





## La disciplina dell'*hate speech* tra considerazioni giuridiche e sociologiche

ROBERT C. POST\*

*Sommario:* 1. *Hate speech*: una nozione storicamente incerta. 2. L'espressione odiosa come concetto culturalmente orientato. 3. Il caso degli Stati Uniti: l'implementazione giuridica del "discorso pubblico". 4. Considerazioni conclusive: Europa e Stati Uniti a confronto.

### 1. *Hate speech*: una nozione storicamente incerta

L'*Oxford English Dictionary* spiega la connessione tra espressioni di odio e manifestazioni del pensiero "estreme". Veniamo così a conoscenza che "odio" letteralmente significa "espressione di estremo dispiacere e avversione. Detestare, suscitare orrore, provare astio"<sup>1</sup>. In una bozza di aggiornamento dell'OED del dicembre 2002, l'*hate speech* è definito l'incitamento all'odio" come "discorso che esprime odio o intolleranza di altri gruppi sociali, soprattutto sulla base della razza o della sessualità"<sup>2</sup>. Vietare espressioni di odio, allora, vuol dire proibire espressioni di "intolleranza estrema o di estrema avversione". La qualificazione "estremo" è da considerare requisito indispen-

\* Il presente contributo è la traduzione di un articolo dal titolo *Hate speech* originariamente pubblicato in I. Hare, J. Weinstein (eds.), *Extreme speech and democracy*, Oxford, 2009. Traduzione a cura di Corrado Caruso.

<sup>1</sup> Oxford English Dictionary, [http://dictionary.oed.com/cgi/entry/50103052?query\\_type=word&queryword=hate&first=1&max\\_to\\_show=10&sort\\_type=alpha&result\\_place=1&search\\_id=qKFU-sOOSSN-13607&hilite=.50103052](http://dictionary.oed.com/cgi/entry/50103052?query_type=word&queryword=hate&first=1&max_to_show=10&sort_type=alpha&result_place=1&search_id=qKFU-sOOSSN-13607&hilite=.50103052) (ultimo accesso 19 giugno 2008).

<sup>2</sup> Oxford English Dictionary, [http://dictionary.oed.com/cgi/entry/50103052/50103052sel0?single=1&query\\_type=word&queryword=hath+speech&first=1&max\\_to\\_show=10&hilite=50103052sel0](http://dictionary.oed.com/cgi/entry/50103052/50103052sel0?single=1&query_type=word&queryword=hath+speech&first=1&max_to_show=10&hilite=50103052sel0) (ultimo accesso 19 giugno 2008).





sabile perché in sé e per sé intolleranza e avversione sono emozioni umane inevitabili che nessun ordinamento giuridico può tentare di abolire. Noi *dovremmo* essere intolleranti nei confronti delle ingiustizie e *dovremmo* disprezzare l'inutile sofferenza degli innocenti. Quando però questi sentimenti così estremi diventano tali da meritare la sanzione legale? Come dovremmo comportarci, ad esempio, di fronte all'esortazione di Walt Whitman a odiare i tiranni<sup>3</sup>, o nei confronti della lezione inaugurale di Charles William Eliot, presidente dell'Harvard College, in cui egli osservava come gli americani di regola odino discriminazione di ogni genere, siano esse religiose, politiche o sociali<sup>4</sup>? È sbagliato per gli americani odiare i tiranni o odiare regole che discriminano persone sulla base della religione, del credo politico o della classe sociale? Forse, come ha osservato un candidato presidenziale, dopo aver ricevuto la *nomination* da parte del Partito Repubblicano, "l'estremismo in difesa della libertà non è un vizio; la moderazione nel perseguimento della giustizia non è una virtù"<sup>5</sup>.

L'odio, se manifestato nel momento giusto, sembra essere socialmente desiderabile. Il grande filologo inglese William Jones, per esempio, scrisse nel corso di una corrispondenza di "odiare i favoritismi"<sup>6</sup>. Jones riteneva che mentre le "tenere passioni" quali "amore, pietà, desiderio producono nel campo delle arti ciò che noi chiamiamo il bello", le passioni terribili, quali "odio, rabbia, paura [...] sono produttive del sublime"<sup>7</sup>. Edmund Burke, che di sublime se ne intendeva, osservava come "Non si odierà mai dove si dovrebbe odiare, non si amerà mai dove si dovrebbe amare"<sup>8</sup>. Ma Burke non ha fatto finire qui la questione. Nei discorsi sull'*impeachment* di Warren Hastings,

<sup>3</sup> V.W. Whitman, *Leaves of Grass: His Original Edition*, Carbondale, 1959 (1855), P. 10.

<sup>4</sup> V.C.W. Eliot (a cura di), *Addresses at the Inauguration of Charles William Eliot as President of Harvard College, Tuesday, October 19, 1869*, Cambridge, 1869, p. 49.

<sup>5</sup> Così B.M. Goldwater, *Acceptance Speech in San Francisco, Cal., July 17, 1964*, in G. Bush (a cura di), *Campaign Speeches of America Presidential Candidates 1948-1984*, New York, 1985, pp. 134 e 141.

<sup>6</sup> Sir William Jones to J. Shore, Esq. 1789, in *Lord Teignmouth, Memoirs of the Life, Writings, and Correspondence, of Sir William Jones*, Londra, 1804, pp. 322-323.

<sup>7</sup> Cfr. W. Jones, *An Essay on the Arts, Commonly Called Imitative in Lord Teignmouth* (a cura di), *The Works of Sir William Jones*, Londra, 1807, pp. 379-380.

<sup>8</sup> E. Burke, *Fourth Letter on the Proposals for Peace with Regicide Directory of France: With Preliminary Correspondence*, in E. Burke (a cura di), *The Works of the Right Honorable Edmund Burke*, 3<sup>a</sup> ed., Boston, 1869, p. 90.



Burke così si esprime: “c’è chi dice voi dovete odiare il crimine e amare i criminali. No, quella è la lingua della falsa morale: voi dovete odiare il crimine e il criminale, se il reato è di cotanta gravità”<sup>9</sup>. La relazione necessaria tra odio e diritto è stata uno dei temi principali dell’opera del grande Sir James Fitzjames Stephen, che riteneva che l’infrazione legale della pena sia espressione definitiva, solenne ratifica e giustificazione per l’odio sprigionato dalla commissione del reato, odio che costituisce il sentimento morale o popolare distinto dalla sanzione morale anch’essa ricompresa nella sanzione penale”<sup>10</sup>.

“Amore e odio”, Stephen scriveva, “si implicano a vicenda, come il concavo al convesso”<sup>11</sup>. Egli riteneva “malaccorte sia le estreme manifestazioni di odio, sia le incondizionate manifestazioni di passione sessuale”<sup>12</sup>.

Nella tradizione cristiana, l’odio è chiaramente una emozione umana estrema e fastidiosa, “profondamente radicata nella natura dell’uomo”, potenzialmente idonea, tuttavia, a servire fini sociali<sup>13</sup>. Quando l’ordinamento cerca di sopprimere l’odio e, quindi, espressioni di odio, non è perché l’odio in sé per sé sia da vietare; piuttosto, l’ordinamento è intollerante nei confronti dell’odio quando esso si esprime in circostanze particolari. Ma quali sono queste circostanze? Il divieto giuridico più antico è quella contenuto nella *law of seditious libel* che proibiva “tutte le scritture [...] che tendono a odiare o mettere in cattiva luce il Re, il governo, o la Costituzione, come stabilito dalla legge”<sup>14</sup>. Il *seditious libel* doveva essere soppresso perché, come Machiavelli consigliava nella prima traduzione inglese de *Il Principe*, i governanti dovrebbero avere cura di non incorrere nel disprezzo o

<sup>9</sup> Cfr. E. Burke, *Speeches in the Impeachment of Warren Hastings, Esquire, Late Governor-General of Bengal*, in *ivi*, p. 277. “Noi odiamo il crimine, e odiamo dieci volte di più i criminali: e se uso un linguaggio sdegnato, se mi servo di un linguaggio sprezzante e colmo di orrore nei confronti dei criminali, non faccio altro che utilizzare il linguaggio che più ritengo conveniente”.

<sup>10</sup> Così J.F. Stephen, *A history of the criminal law of England*, vol. II, Londra, 1883, p. 81. “Penso che sia altamente desiderabile che i criminali siano odiati, e che le punizioni loro inflitte siano escogitate per dare consistenza a quest’odio, così da giustificarlo finché la pubblica predisposizione di mezzi per gratificare ed esprimere un sentimento così sano e naturale sia in grado di incoraggiarlo”.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

<sup>13</sup> Così *ivi*, p. 81.

<sup>14</sup> Sul punto v. H.C. Folkard, *The law of slander and libel*, 7<sup>a</sup> ed., Londra, 1908, p. 371.

nell'odio altrui<sup>15</sup>. Il diritto tradizionalmente condanna l'odio in circostanze analoghe: si punisce il discorso volto "a diffondere odio e gettare nel pubblico disprezzo l'amministrazione della giustizia"<sup>16</sup>, ad esempio, ed è considerato diffamatorio anche il discorso che "tende a esporre una persona all'odio pubblico, al pubblico disprezzo o al ridicolo"<sup>17</sup>.

Dopo un secolo di genocidi, gli ordinamenti giuridici tendono oggi a condannare l'espressione di odio nei confronti di gruppi religiosi, razziali, etnici<sup>18</sup>. Il Patto internazionale sui diritti civili e politici vieta "ogni apologia di odio nazionale, razziale o di odio religioso che costituisca incitamento alla discriminazione, all'ostilità o alla violenza"<sup>19</sup>. La Convenzione internazionale sulla eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale condanna quelle espressioni volte a "giustificare o promuovere l'odio razziale e ogni forma di discriminazione"<sup>20</sup>. La Convenzione americana sui diritti umani vieta "qualunque richiamo all'odio nazionale, razziale o religioso che costituisca incitamento alla violenza illegale"<sup>21</sup>. A sua volta, la legislazione canadese proibisce la "promozione di odio [...] per ragioni legate al colore, alla razza, alla religione o all'origine etnica"<sup>22</sup>. Il codice penale tedesco sanziona invece il discorso che incita all'odio contro parti della popolazione in modo tale da turbare la pubblica

<sup>15</sup> N. Machiavelli, *Machiavel's Discourses Upon the First Decade of T. Livius, To Which is Added His Prince*, trad. ingl. E. Dacres, Londra, 1674, p. 598.

<sup>16</sup> V.T. Skarkie, *A Treatise on the law of Slander, Libels Scandalum Magnatum and Flase Rumour*, Londra, 1813, p. 535.

<sup>17</sup> V.B. Wilson (a cura di), *The works of James Wilson*, vol. III, Philadelphia, 1804, p. 73. Il *libel* viene definito come quella "pubblicazione fatta senza una legale giustificazione, che mira a ingiuriare la reputazione di un terzo, esponendo all'odio, al disprezzo o al ridicolo".

<sup>18</sup> M. Rosenfeld, *Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: A comparative analysis*, in *Cardozo Law Review*, (2003) 24, p. 1523.

<sup>19</sup> *International Covenant on Civil and Political Rights* (ICCPR), art. 20.2. Sul punto cfr. anche S. Farrior, *Moldin the Matrix: The Historical and Theoretical Foundations of International Law Concerning Hate Speech*, in *Berkley Journal of International Law*, (1996) 14, p. 1.

<sup>20</sup> *International Convention on Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, art. 4.

<sup>21</sup> *American Convention on Human Rights*, art. 13.5.

<sup>22</sup> *Criminal Code*, R. S. C., cap. C-46 § 319.2 (1980). V. anche *R. v. Keegstra* (1990) 3 SCR 697.

tranquillità<sup>23</sup>. Tutti i tentativi legali di sopprimere l'odio, si esprima esso nei confronti di gruppi razziali o del Re, devono superare una difficoltà concettuale profonda. Si deve distinguere l'odio dalla semplice avversione o dal mero disaccordo. Anche coloro che ritengono che l'odio debba essere punito, perché considerato emozione "estrema", ammettono tuttavia che il disaccordo, anche il disaccordo che sia frutto di avversione, debba essere tutelato perché linfa vitale della politica. Ciò che Habermas chiama agire comunicativo non può per nulla procedere senza contestazione e dissenso. Ma quale è la soglia oltre cui la normale disapprovazione diventa odio punibile? Per comprendere la difficoltà, si consideri la condanna, riportata da Thomas Paine, nel 1792, per il crimine di *seditious libel* a causa del suo scritto *The Rights of Man* che gettava "odio e disprezzo sul Re, sul Parlamento del Regno, sulla Costituzione, sulle Leggi, e sul Governo"<sup>24</sup>. Il paradosso appare ancora più evidente se pensiamo a *The Rights of Man* come un esempio di normale critica politica e non certo di odio.

Come possiamo distinguere la critica troppo estrema, da condannare in quanto odio, dal semplice disaccordo<sup>25</sup>? Il problema si presenta tanto nel contesto contemporaneo della disciplina dell'*hate speech*, quanto nel contesto antico del *seditious libel*. È meritevole di protezione il discorso che attacca il fondamentalismo islamico per l'omofobia e la repressione delle donne? È espressione di odio o di semplice critica attaccare la Chiesa cattolica per i suoi sacerdoti pedofili o per le sue posizioni sull'aborto? Le critiche degli afro-americani William Julius Wilson<sup>26</sup>,

<sup>23</sup> GB art. 130.1. Sul punto cfr. anche W. Brugger, *Ban or Protection of Hate Speech? Some Observations Based on German and American Law*, in *Tulane European & Civil Law Forum*, (2002) 17, pp. 1, 5.

<sup>24</sup> J. Ridgway (a cura di), *The Speeches of The Hon. Thomas Erskine*, Vol. II, Londra, 1810, p. 5. Per un riassunto e un commento della difesa compiuta da Erskine v. J. Stephen, *A history of the criminal law of England*, cit., p. 364.

<sup>25</sup> In questo contesto va richiamato il discorso di Lord Chesterfield alla House of Lords, probabilmente redatto da Samuel Johnson, e riportato in J. Ridgway (a cura di), *The Speeches of The Hon. Thomas Erskine*, cit., pp. 148 e 149.

<sup>26</sup> W.J. Wilson, *Social Research and the Underclass Debate*, in *Bulletin of the American Academy of Arts & Sciences*, (1989) 43, pp. 30 e 32, che rileva come "la cronica e perpetua patologia del ghetto" includa "problemi di crimine, sfruttamento sessuale, gravidanze adolescenziali, dipendenza da sostanze stupefacenti, e altre forme di autodistruzione".



o Shelby Steele<sup>27</sup> o Louis Farrakhan<sup>28</sup> sono odio o critiche? L'accusa pacifista secondo cui i soldati "sono assassini" è da considerarsi intrisa di odio o costituisce una critica legittima<sup>29</sup>?

## 2. L'espressione odiosa come concetto culturalmente orientato

I moderni sono giustamente in difficoltà di fronte alla possibilità che il semplice disaccordo possa essere preso come prova conclusiva di estremismo o di odio. Oggi si tende a considerare la capacità di negare le verità che l'altro considera autoevidente come elementi costitutivi del dialogo, in grado di giustificare la validità delle idee espresse. Le leggi che puniscono la semplice affermazione di alcune verità assertive, come quelle che puniscono la negazione dell'Olocausto o l'affermazione dell'inferiorità razziale, sono rare e sempre problematiche. Quasi tutte le discipline sull'*hate speech*, pertanto, definiscono quest'ultimo non solo in termini di espressioni volte a provocare disgusto o ribrezzo, ma anche con qualche elemento aggiuntivo che giustifichi l'intervento legale. Anche se le diverse discipline dell'*hate speech* rappresentano una innumerevole varietà, questo elemento aggiuntivo si caratterizza secondo due distinte tipologie: in alcuni casi si dà rilievo alle modalità espressive, in altri si pone l'accento sul rischio di causare danni contingenti come la violenza o la discriminazione. Nella prima variante, la disciplina legislativa è concepita come forma di punizione del discorso non solo a causa del suo contenuto, ma anche a causa del modo in cui si presenta. In tal caso, l'*hate speech* è definito come forma discorsiva formulata in un modo tale

<sup>27</sup> S. Steele, *The Content of Our Character: A New Vision of Race in America*, New York, Harper Collins, 1990, p. 50, secondo cui "nelle comunità nere le maggiori opportunità lavorative sono solitamente ignorate. Sono spesso *outsiders* o l'ultimo flusso di immigrati a gestire negozi, ristoranti, lavanderie, stazioni di benzina e perfino case e appartamenti. L'istruzione non è un'area amata da queste comunità per molte ragioni, tra queste è sicuramente da annoverare il fatto che molti bambini neri non crescono con l'idea che l'apprendimento sia una forma di opportunità".

<sup>28</sup> V. *Black power, Foul and Fragrant*, in *The Economist*, 12 Ottobre 1995, p. 25: "il messaggio base di Farakhan consiste nel convincere la sottoclasse nera a smettere di dipendere da alcol e droga e di cominciare ad essere dipendenti solo da se stessi: di prendersi cura dei propri bambini, del proprio tugurio, di amare se stessi, la propria famiglia, la propria comunità".

<sup>29</sup> 93 BverGE 266 (1995).



da insultare, offendere o degradare. La distinzione tra contenuto e modalità espressive è evidente nella storia della legge sulla blasfemia inglese, che per secoli ha proibito espressioni rivolte a comunicare “parole indegne verso Dio”<sup>30</sup>. Così come nel caso del *seditious libel*, l’ordinamento inglese originariamente definisce lo *speech* blasfemo in base al suo contenuto sostanziale. È punito “come reato la negazione generale della verità del cristianesimo, senza riferimento alla lingua o temperamento in cui tale rifiuto viene convogliato”<sup>31</sup>. Verso la metà del XIX secolo, tuttavia, la legge inglese sulla blasfemia cominciò ad evolvere.

Nel 1883, Lord Coleridge spiegava che qualunque fosse stata la regola di diritto enunciata dai casi precedenti, “il mero diniego della verità cristiana non era sufficiente a integrare il reato di blasfemia”<sup>32</sup>. Egli definì il reato di blasfemia, invece, come quelle espressioni “destinate ad insultare i sentimenti e le più profonde convinzioni religiose della grande maggioranza delle persone”<sup>33</sup>. Tale disciplina mirava a prevenire oltraggi al sentimento generale di correttezza<sup>34</sup>.

Purché fosse osservata la decenza del dibattito, anche i fondamenti della religione potevano essere attaccati senza che l’autore fosse considerato colpevole di blasfemia<sup>35</sup>. Questa era essenzialmente lo stato del reato di blasfemia fino alla sua recente abrogazione per via legislativa<sup>36</sup>. Il reato puniva qualsiasi opinione sprezzante, ingiuriosa, scurrile o ridicola relativa a Dio, Gesù Cristo, o alle Sacre Scritture, purché non fossero espresse “decentemente e moderatamente”<sup>37</sup>. Gran parte della disciplina attuale dell’*hate speech* segue una logica analoga. Sono permesse dichiarazioni sulla razza, sulla nazionalità o sulla religione, fintanto che il discorso si mantenga ad un ragionevole livello di decenza e moderazione. Si tende così a criminalizzare il discorso volto a oltraggiare “il sentimento generale di correttezza tra persone”<sup>38</sup>. La questione, quindi, si pone in relazione a come la legge

<sup>30</sup> Cfr. S. Johnson, *A Dictionary of the English Language*, Londra, 1756.

<sup>31</sup> *Commissioners on Criminal Law, Sixth Report* 83 (1841).

<sup>32</sup> *R. v. Ramsay & Foote* (1883), 15 Cox CC, 217, 230.

<sup>33</sup> *R. v. Bradlaugh* (1883) 15 Cox CC, 217, 230.

<sup>34</sup> *Ivi*, 231.

<sup>35</sup> *R. v. Ramsay & Foote* (1883), 238.

<sup>36</sup> *R. v. Lemon* (1979) AC 617. Le prescrizioni volte a proibire la blasfemia sono state abrogate dal *Criminal Justice and Immigration Act*, 2008, c. 5 §79. L’abrogazione ha prodotto effetti a partire dall’8 luglio 2008.

<sup>37</sup> *Wingrove v. UK.* (1997) Corte Europea dei diritti dell’uomo, 7.

<sup>38</sup> *R v. Bradlaugh* (1883) 15 Cox CC 217, 231.

possa distinguere tra il discorso che rispetti un livello accettabile di decoro, e, d'altra parte, il discorso che in quanto scandaloso possa indurre all'odio. Nel caso in cui questa distinzione non possa essere desunta dal contenuto sostanziale del discorso, su che cosa può ragionevolmente basarsi? Per rispondere a questa domanda credo che la distinzione possa essere mantenuta solo con un riferimento a norme sociali, che permettono di distinguere il discorso oltraggioso dall'espressione percepita come rispettosa<sup>39</sup>. I sociologi ci insegnano che le norme sociali possono essere molto importanti per l'identità delle persone. Esse sono, per così dire, interiorizzate dalla stessa identità degli individui, che si crea attraverso il corretto inserimento nel processo culturale. La migliore descrizione di questa dinamica di socializzazione è del teorico americano George Herbert Mead:

Ciò che porta alla formazione del "Sé" organizzato è l'organizzazione degli atteggiamenti comuni al gruppo. Una persona possiede una personalità perché fa parte di una comunità, perché assume nella sua condotta le istituzioni di quella comunità. Egli considera il linguaggio della comunità come un mezzo attraverso il quale si procura la propria personalità e quindi, attraverso un processo di assunzione delle diverse funzioni che tutti gli altri svolgono, egli giunge ad acquistare l'atteggiamento dei membri della comunità. Di tal genere, in un certo senso, è la struttura della personalità di un uomo [...] La struttura quindi sulla quale si crea un "Sé" consiste in questa risposta comune a tutti, poiché l'individuo deve essere membro di una comunità per costituire un "Sé"<sup>40</sup>.

Per motivi di semplicità terminologica, userò il termine "norma" per indicare gli atteggiamenti di gruppo che determinano le nostre azioni e che costituiscono il fondamento e la possibilità del nostro stesso "sé", e userò il termine "comunità" per indicare la forma di organizzazione sociale creata e sostenuta da tali norme. È con riferimento a norme che una persona ben inserita e dunque "socializzata" in una cultura che può dirsi se una data espressione sia "estrema", e cioè idonea a violare *standards* essenziali di civiltà e quindi possibile oggetto di sanzione giuridica. L'ordinamento giuridico impone co-

<sup>39</sup> R.C. Post, *Racist Speech, Democracy and the First Amendment*, in *William & Mary Law Review*, (1992) 3, p. 2267.

<sup>40</sup> Cfr. G.B. Mead, *Mente, sé e società dal punto di vista di uno psicologo comportamentista*, traduzione di R. Tettucci, Firenze, Giunti-Barbera, 1966, p. 177.

munemente norme sociali di questo tipo, come per esempio quando determinate espressioni sono considerate esempi di diffamazione, o di violazione della *privacy*, o di danno esistenziale, oppure ancora quando si punisce il vilipendio della bandiera, e così via. Si possono considerare cinque aspetti di queste norme sociali. In primo luogo, le norme non sono semplicemente soggettive, sono invece “intersoggettive”, perché si riferiscono ad atteggiamenti e agli standard che le persone si aspettano dagli altri. Così, per esempio, quando Charles Taylor si riferisce alla “dignità” così come radicata nel “nostro senso di noi stessi che richiede rispetto (attitudinale)”<sup>41</sup> egli vuole dire, anzitutto, che la dignità dipende per un verso da norme comuni che definiscono il rispetto tra le persone, e, dall’altro, che il diritto alla dignità non è definito solo soggettivamente, ma implica le pretese che i componenti della comunità impongono agli altri membri in virtù della condivisione di norme sociali.

In secondo luogo, le norme non sono semplicemente definite durante i processi di socializzazione primaria all’interno della famiglia, ma sono anche continuamente rafforzate attraverso forme di interazione che sociologi come Erving Goffman hanno dimostrato pervadere ogni aspetto della normale vita sociale. Alla rottura di queste norme sociali corrisponde la fine delle identità dei membri inseriti nella cultura di riferimento. Qualora determinati soggetti violino persistentemente le norme che definiscono la mia dignità, mi ritroverò inevitabilmente minacciato, umiliato, forse anche sconvolto. La salute della nostra personalità, quindi, dipende in non piccola misura dal rispetto delle norme comunitarie. In terzo luogo, l’insieme delle norme di una cultura definisce “la sua forma caratteristica, la sua unica identità”<sup>42</sup>. Vi è quindi una reciproca relazione tra identità individuale e l’identità culturale di una comunità. In quarto luogo, le norme sono condivise e comunque destinate ad evolvere nel tempo. Esse sono simili al linguaggio che trasmette significato in relazione alle aspettative comuni, destinato a cambiare nel corso tempo. In quinto luogo, proprio perché le norme si evolvono, esse sono intrinsecamente contestabili e riformulabili. Ci sono costanti lotte in relazione all’evoluzione di significato di *standards* ed aspettative condivise. Di conseguenza, le culture tendono a stabilire istituzioni che offrono interpretazioni autoritative

<sup>41</sup> C. Taylor, *Sources of the Self. The Making of the Modern Identity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, p. 15.

<sup>42</sup> K.T. Erikson, *Wayward Puritans: A Study in the Sociology of Deviance*, New York, Wiley, 1966, p. 11.

di norme sociali: le scuole e l'ordinamento giuridico sono esempi di queste istituzioni.

Per riassumere rapidamente questa linea di pensiero, suggerisco che il termine "comunità" identifichi un particolare modo in cui viene creata l'organizzazione sociale, attraverso l'interiorizzazione delle norme in singole identità individuali. Poiché tale internalizzazione deve necessariamente ricorrere affinché una persona possa avere un "io", la comunità risulta essere una forma primaria di organizzazione sociale. Qualsiasi essere umano vive sempre in una qualche forma di comunità, valutata in relazione al valore di se stesso. Ma poiché le norme sono sempre parte di un processo storico di evoluzione, le norme che definiscono le comunità sono sempre minacciate e in concreto divenire, motivo per cui le società hanno istituzioni, quali appunto scuole e ordinamenti giuridici, che hanno la funzione di applicare e stabilizzare tali *standards* normativi. La disciplina dell'*hate speech*, così come nei secoli precedenti la disciplina del *sedition libel*, della blasfemia, dell'oltraggio alla corte, o della diffamazione, esemplifica l'aspirazione della legge ad imporre norme ritenute particolarmente importanti per la comunità e per l'identità personale. Patrick Devlin ha offerto una classica sistemazione delle ipotesi alla base di questa aspirazione. Devlin, come noto, ha sostenuto che il diritto deve essere utilizzato per far rispettare le norme organiche che definiscono la cultura di una società:

Il termine società rinvia ad una comunità di idee; senza idee comuni sulla politica, sulla morale, sull'etica, nessuna società può esistere [...] Se uomini e donne cercano di creare una società ove non c'è accordo fondamentale sul bene e sul male falliranno; se, dopo averla fondata su un accordo comune, l'accordo si dovesse rompere, la società si disintegrerebbe. La società non è qualcosa che è tenuto insieme fisicamente; essa è tenuta da legami invisibili del pensiero comune [...]. Una morale comune è una forma di schiavitù. La schiavitù è una parte del prezzo da pagare alla società; e il genere umano, che ha bisogno della società, deve pagare questo prezzo<sup>43</sup>.

Una volta compreso, però, che le norme sociali implementate dall'ordinamento non sono statiche nel modo in cui immagina Devlin,

<sup>43</sup> P. Devlin, *The Enforcement of Morals*, Londra, Oxford University Press, 1965, p. 10.

ma invece sono in costante evoluzione, si intuisce come il diritto debba continuamente scegliere quale tipo di comunità sostenere. Si deve sempre decidere se rafforzare le norme esistenti o consentire la crescita di nuovi paradigmi normativi<sup>44</sup>.

Gli antropologi del diritto descrivono questo aspetto osservando come l'orientamento culturale non sia "mai un sistema chiuso e del tutto coerente, ma contiene al suo interno una pluralità di messaggi contestabili, di immagini e di azioni"<sup>45</sup>. La cultura è "un luogo di differenze sociali e di lotte"<sup>46</sup> "così da risultare impossibile [...] concepire l'identità culturale senza le arene del contesto nel quale le questioni di identità sorgono e trovano necessariamente una risposta"<sup>47</sup>. Il diritto che tenta di far rispettare la morale comune della società deve quindi intervenire in maniera potenzialmente confliggente su norme sociali. La legge non è innocente nel modo immaginato da Devlin. Non è tanto un problema avere una comunità con una morale comune. È invece problematico definire il tipo di comunità e il tipo di moralità condivisa. Ciò suggerisce che, ogniqualvolta il diritto sceglie di far rispettare norme culturali, come ad esempio applicando le norme che distinguono le espressioni di odio dal normale disaccordo, la legge impone egemonicamente una particolare visione delle norme sociali. Le discipline sull'*hate speech* sembrano semplicemente far rispettare norme naturali di una società decorosa, *à la Devlin*, ma da un punto di vista sociologico o antropologico, il diritto in realtà sta facendo rispettare i costumi del gruppo dominante che controlla il contenuto stabilito dalla legge. Per ogni Machiavelli che esorta il diritto a vietare le espressioni che inducono all'odio contro lo Stato, vi è un Walt Whitman che ci spinge a odiare i "tiranni". Il punto è stato ben espresso nei dibattiti che nel 1930 il Parlamento britannico ha affrontato durante un precedente tentativo di abolire il reato di blasfemia nel Regno Unito, ove, in quel preciso momento storico, si consentiva il dissenso religioso solo fino a che "il decoro della pole-

<sup>44</sup> R.C. Post, *Law and Cultural Conflict*, in *Chicago Kent Law Review*, (2003) 78, p. 485.

<sup>45</sup> S.E. Merry, *Law, Culture and Cultural Appropriation*, in *Yale Law Journal & Humanities*, (1998) 10, pp. 575-582.

<sup>46</sup> Così R. Johnson, *What is cultural studies anyway?*, in *Social Text*, (1987) 16, pp. 38-39.

<sup>47</sup> J. Greenhouse, *Constructive Approaches to Law, Culture and Identity*, in *Law and Society Review*, (1994) 28, pp. 1231-1240, nonché M. Sunder, *Cultural Dissent*, in *Stanford Law Review*, (2001) 54, pp. 514-516.

mica” fosse stato osservato. In quell’occasione si evidenziò che “le opinioni espresse da un uomo colto sono sempre comunicate in modo tale da non potere essere toccate dalla sanzione penale, mentre le idee espresse da un uomo ignorante, semplicemente e proprio perché ignorante, sono sottoposte alle sanzioni di legge”<sup>48</sup>.

La repressione di forme espressive altamente offensive per i gruppi religiosi è l’obiettivo della legislazione in materia di vilipendio religioso che caratterizza la maggior parte degli Stati europei. Anche uno Stato così tollerante come la Danimarca possiede una legge sulla blasfemia, che punisce ogni “persona che, in pubblico, ridicolizza o insulta i dogmi o il culto di qualsiasi comunità religiosa esistente”<sup>49</sup>. Queste leggi hanno la stessa funzione sociologica della legislazione danese in tema di *hate speech*, che punisce qualsiasi persona che, pubblicamente “[...] rilasci una dichiarazione insultante o degradante per un gruppo di individui a causa della loro razza”<sup>50</sup>. Entrambe le discipline distinguono le espressioni che si limitano a comunicare dissenso dal discorso diretto a degradare la persona umana. Nessuna delle due leggi punisce forme verbali che esprimono critiche, ma unicamente espressioni che comunichino insulti. Tale distinzione trova origine nelle norme sociali di base che definiscono in Danimarca il concetto di rispetto. Tuttavia una volta chiarito che anche in Danimarca tali norme sociali hanno un significato contestato, emerge come sia la disciplina sulla blasfemia che quella sull’*hate speech* non facciano altro che stabilizzare le norme sociali che rappresentano l’identità della classe egemone che controlla il contenuto e l’applicazione del diritto. Ciò sarebbe vero anche in una società che pretendesse di adottare una prospettiva multiculturale, diretta ad attuare le norme di rispetto tra i diversi gruppi che animano la società<sup>51</sup>. In generale, i sistemi giuridici europei tendono ad usare lo strumento giuridico per far rispettare le norme poste dalla comunità egemone.

<sup>48</sup> 234 *Parl. Deb. H.C.* (5th) 535 (1930) (discorso di Mr. K. Griffith), cfr. anche *ivi*, 48.

<sup>49</sup> Così il codice penale danese, art. 140, nonché R.N. Winfield, *An Editorial Controversy Metastasizing: Denmark’s Hate Speech Law*, in *Communications Lawyer*, (Spring 2006) 24, p. 35.

<sup>50</sup> Codice penale danese, art. 266 (b).

<sup>51</sup> R.C. Post, *Democratic Constitutionalism and Cultural Eterogenity*, in *Australian Journal of Legal Philosophy*, (2000) 25, p. 185; R.C. Post, *Cultural Eterogenity and Law: Pornography, Blasphemy, and the First Amendment*, in *California Law Review*, (1988) 76, p. 297.

### 3. Il caso degli Stati Uniti: l'implementazione giuridica del "discorso pubblico"

Al contrario, il Primo Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti vieta la punizione delle espressioni blasfeme o odiose. Questo perché il Primo Emendamento tende a considerare la libertà di espressione necessaria per il mantenimento della legittimità democratica; ciò che io chiamo "discorso pubblico" rappresenta l'unico dominio in cui allo Stato è costituzionalmente proibito applicare norme della comunità<sup>52</sup>. Molte delle tipiche categorie legali volte a far rispettare tali norme – la diffamazione<sup>53</sup>, la violazione della privacy<sup>54</sup>, il danno esistenziale<sup>55</sup>, le affermazioni ritenute oltraggiose o indecenti<sup>56</sup>, gli oltraggi a pubblici ufficiali<sup>57</sup> o i vilipendi alla bandiera<sup>58</sup> – sono soggette a severe restrizioni costituzionali. Ci si può chiedere perché la Costituzione degli Stati Uniti proibisca l'applicazione delle norme della comunità al discorso pubblico, tanto più che tale applicazione è normalmente considerata compito comune e necessario di ogni sistema giuridico. La Corte Suprema ha considerato il discorso pubblico come un'arena ove concorrono molte comunità distinte, in cui ognuna di esse cerca di imporre le proprie norme particolari. La Corte ha quindi interpretato la clausola di libertà di parola del Primo Emendamento in modo analogo all'*Establishment Clause*, che impone al Governo federale di essere neutrale rispetto alle diverse sette religiose che in America hanno cercato di controllare lo Stato. Dal 1940, la Corte Suprema è stata riluttante a consentire allo Stato di imporre norme della comunità nel discorso pubblico. In effetti, il Primo Emendamento richiede allo Stato di essere neutrale rispetto ai tanti concorrenti che cercano di controllare il diritto applicando il loro particolare modo di distinguere la decenza dall'indecenza, l'espressione critica dal discorso odioso:

<sup>52</sup> Cfr. R.C. Post, *The Constitutional Concept of Public Discourse. Outrageous Opinion, Democratic Deliberation, and Hustler Magazine v. Falwell*, in *Harvard Law Review*, (1990) 103, p. 601.

<sup>53</sup> *New York Times v. Sullivan* 376 US 254 (1964).

<sup>54</sup> *Time, Inc. v. Hill* 385 US 374 (1967).

<sup>55</sup> *Hustler v. Magazine v. Falwell* 485 US 46 (1988).

<sup>56</sup> *Cohen v. California* 403 US 15 (1971).

<sup>57</sup> *New York Times v. Sullivan* 376 US 254 (1964).

<sup>58</sup> *Texas v. Johnson* 491 US 397 (1989).

Nel regno della fede religiosa e del credo politico, emergono notevoli differenze. In entrambi i campi, però, i principi di un singolo individuo possono sembrare il più grande errore al suo prossimo. Per convincere gli altri del proprio punto di vista, l'oratore ricorre ad esagerazioni, alla denigrazione o a false affermazioni riguardanti gli uomini che hanno ricoperto o ricoprono preminenti posizioni nella chiesa o nello stato. Tuttavia, il popolo di questa nazione ha ordinato, alla luce della storia e, nonostante il rischio di probabili eccessi ed abusi, che queste libertà sono, a lungo termine, essenziali per la creazione di pubblica opinione illuminata e sono da annoverarsi tra i giusti comportamenti dei cittadini di una democrazia.

La caratteristica essenziale di queste libertà è, che, sotto il loro scudo molti tipi di vita, di carattere, opinioni e convinzioni sono in grado di svilupparsi indisturbati e senza ostacoli. In questo paese, formato da molte razze e da diverse fedi, tale scudo è necessario più che altrove<sup>59</sup>. In America, a differenza dell'Europa, la protezione costituzionale della libertà di parola è stata interpretata per creare un *marketplace of communities*, e un conseguente *marketplace of ideas*<sup>60</sup>. Il rispetto per l'uguaglianza delle diverse comunità conferma la deduzione costituzionale che le norme sociali di civiltà, che riflettono sempre il punto di vista di comunità particolari, non possono essere utilizzate per regolare il discorso pubblico<sup>61</sup>. Il diritto costituzionale americano offre una ampia protezione al discorso pubblico, inteso come una sfera che rimane ugualmente aperta a tutte le comunità, a tutte le potenziali concezioni del bene e della dignità. È per questo motivo che l'interpretazione del Primo Emendamento americano porta a sostenere come all'interno del discorso pubblico "la volgarità di un uomo costituisca la lirica dell'altro"<sup>62</sup>.

In verità, la seconda maggiore giustificazione per la regolamentazione dell'*hate speech* non è correlata alla necessità di far rispettare norme comunitarie. Vi è una vasta categoria di legislazione volta a reprimere le espressioni odiose che distingue tra manifestazioni del pensiero estreme dirette a causare effetti dannosi, come la discriminazione o la violenza, da forme espressive di analogo contenuto non in

<sup>59</sup> Così *Cantwell v. Connecticut* 310 US 296, 310 (1940).

<sup>60</sup> V. R.C. Post, *The constitutional concept*, cit., pp. 634-635.

<sup>61</sup> Cfr. R.C. Post, *Community and the First Amendment*, in *Arizona State Law Journal*, (1997) 29, p. 473.

<sup>62</sup> *Cohen v. California* 403 US 15, 25 (1971).

grado di produrre effetti empiricamente verificabili. La prima ipotesi è considerata punibile in quanto ritenuta formalmente *hate speech*, la seconda è intesa forma legittima di espressione del pensiero. Questa è il tipo di regolamentazione all'odio che si può trovare nella legge tedesca nonché nella Convenzione Americana sui diritti dell'uomo citata in precedenza. Tale disciplina è considerata come una forma di prevenzione di un danno reale, contingente, concretamente misurabile. Naturalmente ogni sistema giuridico tenta di sopprimere le manifestazioni del pensiero che causino "cattive" conseguenze. Tuttavia è sempre da definire la questione, di importanza preliminare, riguardante la stringenza del nesso di causalità intercorrente fra la parola e i suoi possibili effetti affinché una forma espressiva possa essere sanzionata in modo costituzionalmente legittimo. Negli Stati Uniti, le restrizioni *content based* (cioè dirette al contenuto espressivo, *n.d.t.*) non possono essere fondate semplicemente sulla mera probabilità futura che l'espressione causi un danno. "La parola è spesso di per sé provocatoria: tuttavia risulta protetta contro la censura preventiva o contro la sanzione, a meno che non sia provata la capacità di produrre un pericolo, chiaro e attuale, di un male grave e sostanziale e di un'entità tale da ergersi al di sopra del semplice disagio pubblico, fastidio, o disordine"<sup>63</sup>.

Questa inusuale regola giuridica trova spiegazione nel timore che un legame eziologico meno stringente avrebbe consentito all'autorità politica di fabbricare pretesti per reprimere la libertà di espressione. Un classico esempio storico di tali abusi è dato dalla soppressione della apologia comunista per il solo fatto che tale attività apologetica potesse causare una futura rivoluzione<sup>64</sup>. Nei primi anni del XX secolo, la soppressione del discorso dissidente è stata giustificata sulla base di quello che più tardi diventerà noto come *bad tendency test*, che permise la repressione del discorso che avesse una generale tendenza a produrre danni al sistema sociale<sup>65</sup>. Il requisito rigoroso secondo cui l'espressione, per essere sanzionata, debba avere una stretta connessione con danni empiricamente contingenti emerse a seguito del ripudio di questa particolare dottrina<sup>66</sup>. Non vi è dubbio che la manifestazione del pensiero volta a veicolare messaggi estremi possa essere causalmente connessa ad effetti nocivi, come la violenza

<sup>63</sup> *Terminiello v. Chicago* 337 US 1, 4 (1949).

<sup>64</sup> Cfr. *Gitlow v. New York* 268 US. 662, 669 (1925).

<sup>65</sup> Cfr. *ibidem*, nonché *Debs v. United States*, 249 US 211 (1919).

<sup>66</sup> V. *Pennekamp v. Florida* 328 US 331, 335 (1946).

o la discriminazione. Nella maggior parte dei casi, tuttavia, tali forme espressive coincidono con la semplice tendenza a causare questi effetti dannosi. La disciplina volta a punire l'*hate speech* a causa di questa tendenza non sarebbe permessa negli Stati Uniti, perché il nesso di causalità tra il discorso e le sue conseguenze sarebbe troppo tenue per superare lo scrutinio di costituzionalità. Nella maggior parte dei paesi, invece, il discorso che causa un danno può essere punito anche qualora la connessione causale tra parola e danno sia molto allentato, senza che venisse perciò ripudiato il *bad tendency test*.

Rispetto a quanto si è appena detto, è sorprendente come nella sua effettiva dinamica l'incriminazione dell'*hate speech* raggiunga solo una parte molto piccola di tutte le manifestazioni del pensiero che astrattamente risultano idonee a causare effetti nocivi di discriminazione e violenza. Prendiamo, ad esempio, l'ipotesi secondo cui le espressioni odiose possono essere regolate perché fonte di discriminazione contro i gruppi razziali. Molte di queste forme espressive hanno la tendenza a causare forme di discriminazione. Si consideri ora il caso di un rispettabile scienziato che pubblichi un articolo in una rivista scientifica pretendendo di dimostrare una correlazione tra razza e criminalità. Sicuramente un tale articolo avrebbe la tendenza reale di contribuire alla discriminazione, molto più di quanto possa farlo l'espressione grezza di solito punita sotto la rubrica "*hate speech*". Eppure, non è immaginabile che un tale articolo possa essere sanzionato in quanto espressione odiosa. Ciò sarebbe vero anche se lo scienziato decidesse di ripubblicare le sue scoperte in una rivista popolare: le implicazioni politiche di questo articolo sarebbero potenzialmente molto più dannose per l'eguaglianza razziale rispetto alle proclamazioni di un fanatico all'angolo di una strada.

#### **4. Considerazioni conclusive: Europa e Stati Uniti a confronto**

La questione può essere generalizzata: la comunicazione razionale sobria, la comunicazione cioè conforme al "livello di decenza della polemica", è estremamente improbabile che sia sanzionata, anche qualora fosse chiaramente volta a causare discriminazioni. Non c'è bisogno di essere chiaroveggenti per sapere che gli articoli sociologici che studiano le cellule terroristiche islamiche, abbiano essi un taglio scientifico o maggiormente divulgativo, non saranno puniti come forma di espressione odiosa. Né lo saranno le discussioni

dell'élite a proposito della violenza razziale o dei flussi migratori. Quest'ultima osservazione suggerisce che le leggi che vietano discorsi intrisi di odio abbiano in realtà l'intento di disciplinare solo quelle espressioni capaci di provocare effetti immediati (ad esempio effetti discriminatori), e non già ogni discorso di per sé astrattamente idoneo a provocare questi effetti<sup>67</sup>. Esse in realtà mirano a reprimere solo il sottoinsieme comunicativo che viola determinate norme sociali di rispetto. Sembra, quindi, che tali fattispecie non siano tanto dettate dalla necessità di eliminare i danni frutto di discriminazione, quanto piuttosto dalla urgenza di sopprimere espressioni capaci di infrangere norme sociali. Lo stesso si potrebbe dire per quanto riguarda le leggi che cercano di reprimere *hate speech* perché tale tipo di forma comunicativa "causerebbe" fatti di violenza. Ancora una volta, possiamo apprezzare meglio questa forma di "ecologia sociale" se prendiamo in esame un caso meno recente e controverso. Nel XIX secolo in Gran Bretagna si sostenne la possibilità di sopprimere la bestemmia perché la sua tolleranza avrebbe condotto a risse e disordini. Quando la legge "è mossa contro scrittori di questo genere, essa non è persecuzione: è semplice difesa della tranquillità pubblica e della decenza"<sup>68</sup>. Noi contemporanei non abbiamo difficoltà a distinguere tra espressioni blasfeme e risse. Tuttavia, duecento anni fa, l'ordinamento britannico non riusciva a distinguere queste due ipotesi perché considerava come potenzialmente dirompente e distruttiva la violazione delle norme di correttezza che la legge sulla blasfemia cercava di proteggere.

Quando gli interessi protetti dalle fattispecie che sanzionano l'*hate speech* sono violati, si tende a concettualizzare la violazione come frutto di azione e non di espressione verbale<sup>69</sup>. Siamo facilmente portati a sostenere che "il lascivo e l'osceno, il profano, il calunnioso e le *fighting words* tendono di per sé a incitare una immediata rottura della pace pubblica"<sup>70</sup>. Se traduciamo il problema giuridico in una questione sociologica ci rendiamo conto che noi percepiamo la violazione di norme sociali come provocatorie e potenzialmente idonee a creare disordini, proprio perché il mantenimento di tali norme è

<sup>67</sup> Espressioni volte a comunicare messaggi di odio connessi in modo più immediato a questo tipo di danni di solito possono essere puniti come forme di incitamento alla violenza o alla discriminazione. Sul punto v. *Brandenburg v. Ohio* 395 US 444, 447 (1969).

<sup>68</sup> Cfr. F.L. Holt, *The Law of Libel*, Londra, 1816, p. 71

<sup>69</sup> Cfr. *Cohen v. California* 403 US 15, 27 (1971), Blackmun, J., *dissenting*.

<sup>70</sup> V. *Chaplinsky v. New Hampshire* 315 US 568, 572 (1942).

essenziale per l'ordine sociale. Gli inglesi del XIX secolo ritenevano che il rifiuto delle verità cristiane fosse intrinsecamente suscettibile di provocare la violenza allo stesso modo di come noi oggi concepiamo le espressioni di odio. Dovrebbe essere ovvio, tuttavia, che questo assunto non dimostra la connessione tra espressioni di odio e il fatto contingente di violenza empiricamente verificabile. Piuttosto tale conclusione conferma la sensazione soggettiva di disturbo che insorge quando le norme sociali di correttezza o civiltà vengono violate. Naturalmente si potrebbe regolamentare l'*hate speech* come qualsiasi altro incitamento a commettere un crimine, come ogni discorso che crea un pericolo chiaro e attuale per la commissione di un delitto. Ma la regolamentazione dell'*hate speech* si distingue in quanto mira a reprimere l'espressione solo perché ha la "tendenza" a innescare violenze o disordini. L'atto legislativo che mira a sopprimere la manifestazione del pensiero avente questa "tendenza" ha come scopo in realtà la repressione delle violazioni delle norme sociali essenziali.

Se davvero prendessimo sul serio la proibizione di espressioni che potrebbero causare effettivamente violenza razziale, etnica, o nazionale, dovremmo vietare molto di più di quello che è attualmente classificato come *hate speech*. Dovremmo proibire tutti i films, romanzi e vari tipi di intrattenimento popolare. Poiché la regolamentazione delle espressioni odiose non arriva mai a tanto, dovremmo concludere che, sociologicamente parlando, la disciplina dell'*hate speech* non è nulla di più che una forma di protezione delle norme di civiltà. Potremmo teoricamente rinvenire una connessione tra espressioni di odio e violenza, ma l'enunciazione formale delle discipline legislative suggerisce, in realtà, che stiamo usando il diritto per far rispettare norme di correttezza in aree sensibili quali razza, nazionalità ed etnia. Anche quei tipi di regolamentazione che pretendono di fondarsi su fatti oggettivi ed empirici, come la realizzazione di discriminazione o di violenza, si rivelano ad un esame più attento un modo per perpetrare la venerabile tradizione di usare il diritto per far rispettare norme essenziali della comunità. Quando il diritto utilizza norme della comunità per limitare la partecipazione al dibattito pubblico, esso non fa altro che limitare il potere degli individui di contribuire alla formazione di "quella opinione pubblica che è fonte di legittimazione finale del Governo di uno Stato democratico"<sup>71</sup>. Tale limitazione può

<sup>71</sup> Così L. Hand, in *Masses Publishing Co. v. Patten* 244 f. 535 P. 540 (S.D. N.Y) *rev'd*, 246 F. 24 (2<sup>nd</sup> Cir. 1917).

avere significative conseguenze negative in una società eterogenea che comprende comunità distinte governate al loro interno da norme sociali diverse<sup>72</sup>, che possono percepire tali esclusioni come tentavi di un'ingiustificata egemonia. Nella misura in cui in una data società la libera partecipazione al discorso pubblico è necessaria al mantenimento della legittimità democratica<sup>73</sup>, queste forme di esclusione possono comportare una perdita di democraticità dell'organizzazione statale. In tali condizioni, l'applicazione delle norme della comunità al discorso pubblico, volte a promuovere la solidarietà sociale teorizzata da Devlin, può avere l'effetto contrario di minare la coesione democratica. Le diverse organizzazioni sociali tentano di comporre queste possibili conseguenze in modo diverso a seconda degli imperativi e dei dogmi derivanti dalle proprie evoluzioni storiche. Tali organizzazioni bilanceranno differentemente l'utilizzo del diritto per promuovere le norme essenziali di civiltà rispetto all'utilizzo del diritto volto invece a salvaguardare la capacità dei componenti delle diverse culture nazionali di esprimersi liberamente all'interno del discorso pubblico. È in questa luce che credo dovremmo valutare le differenze, piuttosto nette, tra la giurisprudenza americana e quella europea.

Per spiegare queste differenze è necessaria un'opera di sociologia comparata. Io non sono un sociologo, ma provo a offrire due ipotesi per ulteriori esplorazioni. La prima attiene a valori americani molto radicati e idiosincratici, quali l'individualismo e la generale diffidenza nei confronti dell'autorità: queste istanze si uniscono per mettere forte pressione sul discorso pubblico diretto a legittimare le autorità politiche degli Stati Uniti. È possibile che l'interpretazione americana del Primo Emendamento sia così attenta alla salvaguardia della libertà di espressione poiché il discorso pubblico negli Stati Uniti ha il compito estremamente difficile di garantire la legittimità democratica in un clima di grande sospetto e diffidenza. Non vi è una simile atmosfera in Europa, dove la democrazia è comparativamente una nuova arrivata, rispetto a forme millenarie di strutture altamente deferenti nei confronti della *governance* politica. La tradizione europea di deferenza verso l'autorità politica risulta provata agli occhi americani dalla grande tolleranza con cui i cittadini continentali guardano

<sup>72</sup> R.C. Post, *Law and Cultural Conflict*, cit., pp. 485 e ss.

<sup>73</sup> R.C. Post, *Democracy and Equality*, in *Annals of the American Academy of Political & Social Science*, (2006) 603, p. 24.

all'Unione europea di cui è generalmente noto il grande *deficit* democratico. Questo atteggiamento sarebbe inconcepibile negli Stati Uniti. Se questa differenza d'approccio risulta corretta, può concludersi che gli Stati europei non si servono della stessa pressione per mantenere aperta alla partecipazione individuale la sfera comunicativa pubblica, come fanno gli Stati Uniti: in Europa la questione della legittimazione democratica non è sentita in modo altrettanto stringente. Il contrasto tra disciplina europea e americana dell'*hate speech* deve essere compreso non solo in relazione alla necessità di mantenere una relativa legittimazione democratica, ma anche in relazione alla pretesa di sostenere in entrambi i continenti l'identità della comunità. Gli Stati nazionali comporranno la tensione tra Stato democratico e singole comunità sociali alla luce di una necessità minima di rispetto delle norme comunitarie che costituiscono comune presupposto per il mantenimento della solidarietà sociale. La mia seconda ipotesi è che questa necessità sia vissuta in modo abbastanza diverso negli Stati Uniti e in Europa.

Negli Stati Uniti uno spiccato individualismo, vera e propria guida del principio del *marketplace of communities*, tende così a minare le norme comunitarie di civiltà, almeno per ciò che concerne la disciplina della libertà di espressione<sup>74</sup>. Ciò non accade invece in Europa, come Jim Whitman dimostra. Whitman sostiene che il diritto europeo tende ad uniformarsi verso l'alto (*levels up*) "estendendo le norme della classe egemone (*high status norms*) nei confronti di tutta la popolazione"<sup>75</sup>, mentre il diritto americano tende a "uniformarsi verso il basso" (*levels down*) consentendo una "libera dinamica piuttosto aggressiva e senza reciproco rispetto" che esprime la tipica accezione americana della "costituzione politica fondante la nostra società egualitaria"<sup>76</sup>. Ci sono diverse possibili spiegazioni per questi diversi approcci. Potrebbe essere che in Europa le norme imposte dalle *élites* mantengano un carattere egemonico che è stato invece perso in America, forse a causa del nostro populismo, o forse della nostra diversità etnica. Oppure potrebbe essere che le norme discorsive americane valorizzino una forma di mancanza di rispetto in modo che, nelle parole di Whitman, "sia importante per noi, come soggetti po-

<sup>74</sup> Cfr. R.C. Post, *Cultural Eterogeneity*, cit., pp. 185 e ss.

<sup>75</sup> V.J.Q. Whitman, *The two western Cultures of Privacy: Dignity v. Liberty*, in *Yale Law Journal*, (2004) 113, pp. 1151-1166.

<sup>76</sup> V.J.Q. Whitman, *Enforcing Civility and Respect: Three Societies*, in *Yale Law Journal*, (2000) 109, pp. 1279-1397.

litici nella vita quotidiana, rifiutare di mostrare reciproco rispetto”<sup>77</sup>. Qualunque sia la spiegazione, gli americani non si sentono obbligati ad usare il diritto per proteggere gli interessi sociali protetti dalle fattispecie legislative incriminanti l’*hate speech* come invece ritengono le controparti europee; in effetti, l’identità comunitaria degli Stati Uniti dipende molto meno dalla conservazione di questi interessi di quanto non accada negli Stati europei.

Gli approcci diversi adottati da Europa e Stati Uniti nei confronti della regolamentazione giuridica delle espressioni odiose senza dubbio riflettono non solo il diverso ruolo che svolge nel discorso pubblico la legittimazione democratica, ma anche i diversi livelli di impegno da parte dei cittadini in relazione all’imperativo di mantenere norme costitutive della solidarietà sociale.

---

<sup>77</sup> *Ibidem.*

# Odio razziale e libera manifestazione del pensiero negli Stati Uniti

ELETTRA STRADELLA

*Sommario:* 1. I fondamenti “soggettivi”. 2. L’*hate speech* e la questione della tolleranza degli intolleranti nell’ordinamento nord-americano. 3. Cenni conclusivi.

## 1. I fondamenti “soggettivi”

La riflessione sulle *discriminazioni razziali* e sulla lotta finalizzata alla loro effettiva rimozione dal tessuto delle relazioni civili, sociali e politiche, non può trascurare uno degli aspetti forse maggiormente controversi che riguardano la tutela dei soggetti da queste interessati: vale a dire quello dei limiti (normativi) alla libertà di espressione avente contenuti odiosi e discriminatori. La questione, come è noto, presenta una molteplicità di soluzioni non soltanto in linea teorica, ma per le concrete realizzazioni offerte all’interno degli ordinamenti, e pare invero di difficile soluzione, se non altro per il possibile diverso atteggiarsi del bilanciamento tra libertà di manifestazione del pensiero e tutela di altri interessi rilevanti quanto questi ultimi trovino giustificazione nel cuore dei principi costituzionali fondamentali.

L’ampia elaborazione che sul punto offre la letteratura (nonché la giurisprudenza) nord-americana consente di tentare uno sguardo quanto più possibile completo sulle problematiche connesse a quel delicato bilanciamento, e di trasferire alcune possibili risposte anche all’interno del nostro ordinamento, il quale, pur tra contraddizioni e debolezze, sembra propendere verso una tutela del “diritto alla non discriminazione” che passi anche attraverso la limitazione della libertà di parola.

Ma quali sono gli *interessi soggettivi rilevanti* che consentono una limitazione dell'espressione odiosa? Una previsione esplicita delle caratteristiche oggettive costitutive del contenuto dell'espressione discriminatoria non rischia di determinare ulteriori discriminazioni a danno di quei soggetti che, privi di quelle caratteristiche, non siano abilitati a godere della medesima "protezione dal discorso"? E su quali basi storiche, sociali o antropologiche sarebbe invece possibile (o doveroso) costruire un *numerus clausus* di requisiti personali in riferimento ai quali considerare non solo discriminatoria, ma "pericolosa" e penalmente rilevante una manifestazione di pensiero? Che cosa è considerato e considerabile "pericoloso" nel cd. *hate speech*, e tale da implicare un intervento pubblico regolativo che invada (in modo ideologicamente orientato) lo spazio della libera espressione individuale?

È evidente che qualsiasi disposizione normativa che introduca un divieto all'esercizio del proprio diritto alla libera espressione relativamente alla manifestazione di pensieri che abbiano ad oggetto l'incitamento alla discriminazione, l'offesa sintetica quanto incisiva perpetrata attraverso *words that wound*<sup>1</sup> o l'utilizzo di simboli di odio e intimidazione, non si limita a regolare direttamente l'espressione, ma stabilisce, quando esplicitamente, quando implicitamente, dei paradigmi valoriali rispetto ai quali deve essere valutata la sua ammissibilità. In questo senso, la regola di contrasto all'*hate speech* non è mai neutrale, e non si vede come potrebbe essere riscritta in modo tale da renderla tale<sup>2</sup> poiché l'odio, e la discriminazione, nel momento in cui non si trasformano in condotta materiale violenta a danno di soggetti determinati, non rappresentano altro che pensieri – graduabili rispetto ad emotività e razionalità che li caratterizzano – la cui tutela garantita nella Costituzione nord-americana dal I Emendamento potrà semmai

<sup>1</sup> Per l'espressione, in sé simbolica di tutto l'approccio adottato dagli studiosi della *critical racial theory* sul tema, cfr. R. Delgado, *Words that wound*, in *Harvard Law Review*, 17/1982, pp. 133 e ss.

<sup>2</sup> Si veda lo scritto, a dire il vero piuttosto "radicale", di E. Heinze, *Viewpoint absolutism and hate speech*, in *Modern Law Review*, vol. 69, n. 4/2006, ma anche J. Weinstein, *Hate speech, pornography and the radical attack on free speech doctrine*, Boulder, Westview, 1999, attentamente commentato in K.H. Youm, *First Amendment law: hate speech, equality, and freedom of expression*, in *Journal of Communication*, vol. 51, n. 2/2001. Weinstein ritiene peraltro che la regolazione dell'*hate speech* ricada inesorabilmente sul contenuto del messaggio espresso, e tenda a discriminare proprio il *political speech* sulla base del punto di vista manifestato caratterizzandosi dunque per una natura *viewpoint-based*.

variare “internamente” a seconda della “politicalità” o meno riferibile all’espressione. È infatti proprio della libertà di espressione come tutelata in quell’ordinamento godere di una speciale protezione quando il suo contenuto sia di natura politica, e quindi strettamente connesso alla preservazione della democrazia e dell’*autogoverno*. Poiché non tutte le espressioni discriminatorie recano di per se stesse una valenza politica, né contribuiscono al pubblico dibattito, diverso sarà l’atteggiarsi dell’illegittimità costituzionale del limite a seconda del contenuto effettivamente espresso. Al venir meno della “politicalità” viene probabilmente meno la “forte presunzione di invalidità” a cui una regolazione dell’espressione *viewpoint-based* (cioè fondata sul punto di vista in essa contenuto) è necessariamente soggetta. Infatti, il basso rischio di una motivazione illegittima del potere pubblico nella restrizione, il minor valore collettivo dell’opinione espressa, e la scarsa capacità del limite di determinare un effetto distorcente sul sistema di garanzia della *freedom of speech*, possono essere considerate elementi sufficienti all’affievolimento dello scrutinio adoperato in sede di interpretazione del limite alla manifestazione del pensiero<sup>3</sup>.

Una volta constatato non soltanto come le regolazioni dell’*hate speech* dipendono dal contenuto della espressione, ma come queste sono intrinsecamente “parziali”, è evidente che nei casi in cui l’espressione odiosa si concretizzi come espressione politica la generale e preminente volontà di contenimento delle limitazioni al *free speech* potrà essere contrastata soltanto dall’imporsi di interessi di ordine costituzionale, la cui realizzazione risulterebbe irreversibilmente com-

<sup>3</sup> Cfr. C. Sunstein, *Democracy and the problem of free speech*, New York, Norton, 1995, pp. 177 e ss. Per queste ragioni le perplessità circa l’esistenza di un *numerus clausus* di caratteristiche soggettive in relazione alle quali valutare l’attività espressiva discriminatoria possono in parte essere superate, ma, si noti, in favore della tutela della *freedom of speech*, piuttosto che della necessità di regolazione dell’*hate speech*. Infatti, potrebbe da un lato considerarsi come più “grave” una discriminazione relativa, in particolare, alla razza, o all’etnia, a causa della storicità di quel determinato tipo di atteggiamento persecutorio ed odioso, e della capacità, che alcuni studiosi gli assegnano, di provocare ferite psicologiche tanto più intense quanto più radicati e risalenti sono i sentimenti di ostilità a cui la vittima (indifferenziata) del discorso è geneticamente abituata ad essere soggetta, ed in tal modo procedere ad una forse impossibile “graduatoria” di intensità ed offensività dei contenuti discriminatori che tenga conto di variabili storiche, culturali, *lato sensu* umane; ma d’altro lato si deve constatare come, mentre nell’*hate speech* riferito a soggetti diversi per razza, per sesso, per religione o per orientamento sessuale, può essere rintracciata una intrinseca “politicalità”, e l’eventuale espressione di un dissenso politico-istituzionale, in altre forme di *hate speech* tale elemento è del tutto assente.

promessa dal pieno svilupparsi del discorso odioso. Intuitivamente si potrebbe ritenere che l'interesse in questione sia, intanto e primariamente, quello alla garanzia della corretta applicazione del principio di eguaglianza nella regolazione delle relazioni sociali: su questo si fonda, in parte, il trattamento a livello internazionale dell'*hate speech*, e l'impostazione nord-americana del bilanciamento tra I e XIV Emendamento nell'ambito della regolazione delle espressioni discriminatorie, su cui si tornerà in seguito.

D'altra parte, anche sulla scorta dell'idea per cui la manifestazione di pensiero risulta di regola meno dannosa rispetto alla condotta materiale, si può constatare che l'espressione discriminatoria non equivale necessariamente al compimento di un atto discriminatorio. Ragione per cui sembrerebbe possibile richiedere l'esistenza di un rapporto tra espressione odiosa e generazione di effetti "esterni", sulla scorta di quanto accade per l'espressione sovversiva e per il più tradizionale *radical speech* politico<sup>4</sup>. Anche dando applicazione a questa impostazione, peraltro, quali siano gli effetti esterni, e quale natura possa assumere la loro richiesta "materialità", non sembra potersi definire con certezza. Soprattutto in riferimento agli "effetti potenziali" qualche problema si pone, poiché nell'espressione odiosa l'assenza di effetti reali, solo eventualmente individuabili nella dimostrazione dell'esistenza di un forte nesso correlante la manifestazione del pensiero all'emersione di condotte violente da parte di soggetti diversi dall'autore dell'*hate speech*, non sembra sufficiente ad una pacifica esclusione della sanzionabilità della condotta.

Secondo alcuni, infatti, la richiesta di "neutralità" nella regolazione dell'espressione cela i rischi che la massima manifestazione di neutralità, per lo meno nell'ordinamento nord-americano, ha portato inesorabilmente con sé, e le discriminazioni reali che la "cecità" nei confronti della differenza tendono a provocare. Il riferimento va evidentemente alla teoria della *color-blindness*, che per decenni ha costituito il fondamento giuridico interpretativo della legittimità della segregazione razziale. Sulla base di una presunta neutralità costituzionale, la popolazione nera, *separate but equal*, è stata relegata ai margini della società, esclusa dall'accesso ai servizi destinati ai bianchi, ghettonizzata nell'ipocrita rinuncia a "differenziare" sulla base

<sup>4</sup> Si consenta su questo aspetto di rinviare a E. Stradella, *La libertà di espressione politico-simbolica e i suoi limiti: tra teorie e "prassi"*, Torino, Giappichelli, 2008.

della razza, per poter, in realtà, “discriminare”<sup>5</sup>. Si rifletterà a breve su come gli studiosi della *critical racial theory* affrontino il tema dei limiti all’espressione odiosa proprio prendendo le mosse dalla paura della neutralità.

Un’ulteriore questione che, d’altra parte, non può non connettersi all’*hard case* della limitazione dell’*hate speech*, e che sarà ripresa anche in seguito, è quella relativa a come in ogni diversa società possa essere diverso l’ambito dei soggetti che possiedono “interessi soggettivi rilevanti” *speciali*, in quanto derivanti da uno *status storicizzato* di emarginazione e debolezza. L’interrogativo sembra allora riproporsi. Come nel sistema nord-americano l’espressione di odio rivolta contro individui “razzialmente” diversi costituisce il massimo punto di collisione tra libertà di manifestazione del pensiero e tutela dei valori democratici introiettati nella protezione di soggetti che si caratterizzano per una speciale debolezza, analogamente – all’interno di altri ordinamenti – si collocano in tale posizione manifestazioni di un odio diverso, si pensi, quale esempio più evidente, all’espressione antisemita e negazionista. Se la *specialità*, dunque, non è di per se stessa assoluta, come può essere posta quale limite dotato di una validità tale da potersi efficacemente contrapporre all’assolutezza della presunzione di invalidità di limiti alla manifestazione di pensiero politico fondati sull’opinione espressa?

<sup>5</sup> Si veda la nota decisione della Corte in *Plessy v. Ferguson*, 163 US 537 (1896), *overruled* in *Brown v. Topeka Board of Education* 349 US 294 (1955), che d’altra parte non riesce a trovare piena attuazione e sembra rimanere, per diversi decenni, soltanto la formale puntualizzazione del giudice soverchiata dalla resistente volontà discriminatoria dei legislatori soprattutto statali. Su questo, nella sterminata letteratura esistente, cfr. N. Gotanda, *A Critique of “Our Constitution is Color-Blind”*, in *Stanford Law Review*, 44, 1991, pp. 1-69, trad. it. in K. Thomas, G. Zanetti, *Legge, razza e diritti. La critical racial theory negli Stati Uniti*, Reggio Emilia, Diabasis, 2005, pp. 25-77, e B. Flagg, *Was blind but now I See. White Race Consciousness of Race*, New York, New York University Press, 1998, in *ivi*, pp. 79 e ss. Proprio con riguardo alla limitazione dell’*hate speech*, C.R. Lawrence, *If the hollers let him go: regulating racist speech on campus*, in *Duke Law Journal*, 1990, sostiene che la decisione in *Brown*, che afferma che le scuole “segregate” sono incostituzionali in primo luogo per il messaggio di segregazione che trasmettono (il messaggio per cui i bambini neri sono una casta di intoccabili, inidonea a ricevere una educazione insieme ai bambini bianchi), deve essere letta come incidente sulla regolazione del *racist speech*, e, per così dire, come una sorta di precedente sul punto.

## 2. L'hate speech e la questione della tolleranza degli intolleranti nell'ordinamento nord-americano

L'ordinamento nord-americano sicuramente affronta con maggiore tensione rispetto ad altri ordinamenti europei continentali il rapporto tra promozione dell'eguaglianza e regolazione del diritto alla libera espressione, e sembra inoltre mancare di un vero e proprio *nemico* ideologico sul quale riversare la paura del male. Anche i tentativi volti ad individuare un legame radicato tra i *vulnera* irrimediabilmente inferti dal sistema schiavista prima, e da quello della segregazione razziale poi, e la creazione di una eccezione alla libertà che si giustifichi nella garanzia di un'altra, propedeutica, libertà, quella ad una vita libera dal terrore panico della persecuzione e della morte, sembrano non riuscire a superare la contestazione teorica di matrice liberale, né l'indifferenza del giudice supremo che soltanto in un caso si pronuncerà nel senso della costituzionalità di un limite all'espressione derivante da un divieto di "hate speech" (peraltro parzialmente riconosciuto in quel caso alla tutela dell'onore)<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> È il caso di *Beauharnais v. Illinois* (343 US 250 (1952)), in cui la Corte si trova a giudicare una legge dello Stato dell'Illinois che incriminava qualsiasi pubblicazione che rappresentasse ed esponesse la "depravazione, la criminalità, la lussuria, o l'assenza di virtù di una categoria di cittadini, di qualsiasi razza, colore, credo religioso o religione", in grado di sottoporli "al disprezzo, alla derisione, o di produrre un *breach of peace*". Il ricorrente, presidente del *White Circle League*, gruppo razzista della città di Chicago, aveva distribuito volantini in cui veniva richiesto al sindaco ed al consiglio della città di "porre fine [...] all'invasione contro la popolazione bianca, contro le sue proprietà, [...] perpetrata da parte dei negri", ed incitava all'unità dei "bianchi", della "gente rispettabile", al fine di impedire che "le aggressioni, [...], gli stupri, i furti, gli accoltellamenti, le sparatorie e lo spaccio di droga dei negri" potessero "vincere". La Corte Suprema, confermando la decisione assunta dalla Corte dell'Illinois in cui era stata respinta l'argomentazione di *Beauharnais* – che riteneva di non poter essere dichiarato colpevole a meno che non si potesse dimostrare l'esistenza di un *clear and present danger* della produzione di danni materiali sostanziali –, si esprime attraverso un'opinione redatta dal giudice Frankfurter, densa di spunti interessanti sotto il profilo della tutela dell'*hate speech*. Nell'opinione si afferma come, benché sia stato sostenuto, contro la validità della legge statale, il fatto che la proibizione della diffamazione di una religione o di un gruppo razziale è sostanzialmente "il primo passo verso il divieto di diffamazione nei confronti di un partito politico", in realtà esiste all'interno del I Emendamento una distinzione tra restrizioni del *political speech* e restrizioni fondate su quelle caratteristiche che, poi, contraddistinguono il parametro in relazione al quale riconoscere l'insorgere di una forma di *hate speech*. Quindi la legittimità della legge, e conseguentemente della condanna del ricorrente, non deriva dalla configurazio-



Volendo tentare comunque di ripercorrere le principali argomentazioni sviluppatesi nel contesto in esame in riferimento alla legittimità o meno della limitazione delle espressioni discriminatorie, ed alla possibile enucleazione, all'interno della categoria espressiva in questione, di sottoinsiemi sottoponibili a trattamenti differenti, si segnalano alcune idee centrali (talvolta tra loro interconnesse) intorno alle quali sono state elaborate proposte di inquadramento costituzionale e non solo della risposta ordinamentale all'intolleranza.

Secondo una impostazione di tipo "soggettivista", la questione affrontata è essenzialmente quella relativa ai "danni di lungo periodo"<sup>7</sup> che le espressioni odiose sono in grado di determinare attraverso il contributo da queste svolto nel consolidamento di sentimenti di pregiudizio nel destinatario generico e terzo della manifestazione di pensiero, e di inferiorità e subordinazione nel destinatario "ultimo" (diretto) dell'espressione medesima.

È propriamente la peculiare condizione storicamente genetica dei soggetti appartenenti a determinati gruppi, quali, evidentemente, negli Stati Uniti, gli individui "non bianchi", a causare l'espansione

ne della *diffamazione (libel)* come forma espressiva assoggettabile a restrizioni in quanto – secondo una possibile interpretazione – consistente nell'attribuzione di fatti e condotte non vere a soggetti, che da questa risulterebbero danneggiati, ed in generale riconducibile, nella distinzione tra narrazione di fatti ed espressione di opinioni, ad un punto linearmente più vicino al primo fenomeno che non al secondo. Per un commento della sentenza, cfr. in R.A. Smolla, *Free speech in an open society*, cit., pp. 160 e ss. Inoltre S. Walker, *Hate speech: The History of an American Controversy*, Lincoln, University of Nebraska Press, 1994, spec. pp. 94 e ss., descrive con dovizia di particolari il caso che, secondo la sua ricostruzione, "pone la questione della diffamazione di gruppo in termini di particolare urgenza. Il procedimento [e la condanna] nei confronti di Joseph Beauharnais causa la progressiva crescita di un conflitto razziale aspro e sovente violento avente in particolare ad oggetto le scelte abitative nella città di Chicago". In seguito al caso, nel 1961, la diffamazione di gruppo (*group libel*) scompare come strumento (preferito) di contrasto alla diffusione dell'odio razziale e religioso, in seguito ad una modifica della legge del 1917, che la prevedeva.

<sup>7</sup> Cfr. K. Greenawalt, *Fighting words. Individuals, communities, and liberties of speech*, Princeton, Princeton University Press, pp. 53 e ss. D. Dharmapala, R.H. Mcadams, *Words that kill? An Economic Model of the Influence of Speech on Behaviour (with particular reference to hate speech)*, in *The Journal of Legal Studies*, 34/2005, pp. 93-136, a proposito di effetti dell'*hate speech* sul lungo periodo, analizzano, attraverso la creazione di un vero e proprio modello "economico", le interrelazioni tra *hate speech* e *hate crimes*, cioè tra l'espressione foriera di odio e gli atti criminosi posti in essere sulla base di una predeterminazione psichica fondata sull'odio razziale, etnico, etc.





dell'*hate speech*, direttamente o indirettamente rivolto nei loro confronti, fino alla dimensione di una dichiarazione di subordinazione delle minoranze razziali rispetto alla maggioranza razziale detentrica del potere<sup>8</sup>. Uno tra i più illustri esponenti della *critical racial theory*, Richard Delgado, individua, dal punto di vista soggettivo, una triplice dannosità del *racist speech*: nei confronti dei suoi destinatari, che si percepiscono come impotenti e umiliati, nei confronti degli autori, la cui coscienza morale è significativamente affievolita, e nei confronti dell'intera società, poiché il *racist speech* "legittima e perpetua il razzismo e le varie disegualianze sociali, economiche e politiche che il razzismo contribuisce a creare"<sup>9</sup>. Sulla base di una simile tripartizione, viene però da porsi alcune domande. Se infatti il *racist speech* contiene in sé sia la natura "politica", sia il contenuto contrastante con gli interessi suddetti, anche altre forme di *hate speech* potrebbero sembrare ad esso accomunabili, o, per lo meno, alcuni in effetti le interpretano in questo senso<sup>10</sup>. Due esempi potrebbero essere quello

<sup>8</sup> C.R. Lawrence III, *If the hollers let him go: regulating racist speech on campus*, cit., p. 444, afferma come "tutti i discorsi razzisti costruiscono una realtà sociale che limita la libertà dei non-bianchi a causa della loro razza", e, similmente, M. Matsuda, *ibidem*, sostiene che "il discorso razzista è particolarmente dannoso in quanto costituisce un meccanismo di subordinazione". Per altre elaborazioni analoghe e ulteriori riferimenti bibliografici si rinvia a E. Stradella, *La libertà di espressione politico-simbolica e i suoi limiti: tra teorie e "prassi"*, cit., spec. pp. 367 e ss.

<sup>9</sup> Cfr. R. Delgado, *Words that wound: a tort action for racial insults, epithets and name calling*, in M.J. Matsuda, C.R. Lawrence, R. Delgado, K. Williams Crenshaw, *Words that wound: critical racial theory, assaultive speech and the First Amendment*, Boulder, Westview, 1993, spec. pp. 89 e ss., e K.A. Gross, D.R. Kinder, *A collision of principles? Free expression, racial equality and the prohibition of racist speech*, in *British Journal of Political Science*, vol. 28, n. 3, 1998, spec. pp. 447 e ss.

<sup>10</sup> Evidentemente tale posizione si pone in assoluta antitesi rispetto a quella di chi ritiene che il razzismo non possa, ontologicamente, contenere idee, riguardare idee, a differenza, ad esempio, della religione, che sarebbe costituita propriamente da un insieme di idee, cfr. G. Haarscher, *Tolerance of the Intolerant?*, in *Ratio Juris*, 10, 2/1997, spec. pp. 243 e ss. Una simile impostazione conduce poi l'Autore non soltanto a proporre un'idea di "tolleranza attiva", dalle forme particolarmente assimilanti ed antipluraliste – definita in risposta da D. Zolo, *Positive Tolerance: An Ethical Oxymoron*, in *Ratio Juris*, 10, 2/1997, pp. 247 e ss., un "ossimoro etico" – ma anche a sostenere una differenza qualitativa tra espressione razzista e blasfema tale per cui alla prima dovrebbe essere negata qualsivoglia protezione, a differenza della seconda, che in quanto "significativa", potrebbe assurgere ad oggetto di protezione.



dell'espressione sessista, che, condotta ai suoi estremi, e secondo una interpretazione da taluni proposta<sup>11</sup>, si manifesterebbe nella pornografia, e quello dell'espressione omofobica.

In entrambi potrebbe evidenziarsi la presenza dei due elementi sopra indicati, ma sarebbe comunque più discutibile il secondo elemento, che, d'altra parte, sembra costituire proprio il parametro in relazione al quale, a volersi ammettere l'introduzione di limiti eccezionali alla libertà di espressione, sarebbe valutabile l'ammissibilità stessa. D'altra parte, l'assolutezza dell'eccezione, e quindi il requisito della specialità, se (e come potrebbe essere diversamente?) debbono risultare da una deliberazione politico-normativa, rischiano allora di precipitare nella relatività, quando non nella parzialità, di una scelta ideologicamente orientata, secondo un meccanismo che aggravi ulteriormente la *viewpoint discrimination* necessariamente connessa alla previsione di limiti antidiscriminatori alla libertà di espressione. Inoltre, sembra in qualche modo contraddittorio combinare la profonda soggettività della proposta descritta con la pretesa staticizzata oggettività della deliberazione normativa dell'eccezione. Lo stesso problema, peraltro, si presenta nell'impostazione che si fonda sull'idea del bilanciamento tra il I ed il XIV Emendamento, che sorge evidentemente dal riconoscimento di un conflitto, o, per lo meno, di una criticità, tra il principio di eguaglianza ed il "principio fondamentale" del diritto alla libera manifestazione del proprio pensiero. Tale conflitto, peraltro, può essere letto anche sottolineando la valenza democratica del I Emendamento, con particolare riguardo al ruolo della partecipazione politica. Questa innesta infatti all'interno

<sup>11</sup> Alcuni associano in maniera diretta la pornografia alla finalità disumanizzante e protesa verso la sottomissione in generale, associando all'espressione pornografica la capacità di "mettere a tacere" la donna, attraverso quella particolare forza che può essere riconosciuta agli *illocutionary acts*, cfr. R. Langton, *Whose Right? Ronald Dworkin, Women, and Pornographers*, in *Philosophy and Public Affairs*, XIX, 1990, pp. 311 e ss. (in contrapposizione alle tesi precedentemente assunte da R. Dworkin, *Do we have a right to pornography?*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, I, 1981, pp. 177 e ss., 1985, il quale afferma che il diritto alla pornografia deriva da un più profondo diritto alla "indipendenza morale", e soprattutto dal diritto di non subire limitazioni della propria libertà in ragione del fatto che altri "ritengono che le altrui opinioni sul giusto modo di condurre la vita sono sbagliate ed ignobili", p. 353). Il tema della pornografia è stato peraltro portato all'attenzione delle studiose femministe dal volume di A. Dworkin, *Pornografia. Uomini che possiedono donne*, Londra, The Women's Press, 1981, in cui l'espressione pornografica viene interpretata come *violenza politica in primis*, poiché rappresenterebbe la manifestazione dell'esercizio del potere degli uomini sulle donne.

della norma di cui al I Emendamento la declinazione più prettamente politica dell'eguaglianza, intesa come parità di accesso al discorso pubblico, e può condurre, nelle sue conseguenze logiche, all'affermazione dell'opportunità (oltre che della legittimità costituzionale) di limiti all'*hate speech* in quanto tesi ad eliminare i disincentivi per le minoranze ad accedere al mercato delle idee<sup>12</sup>.

Il rapporto dell'*hate speech* con la garanzia di cui al XIV Emendamento emerge peraltro nella teoria, da alcuni suggerita, per la quale le restrizioni al *racist speech* potrebbero essere interpretate come una sorta di "azioni positive" (*affirmative actions*)<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Per una definizione spiccatamente conflittuale del rapporto tra I e XIV Emendamento, in cui il secondo deve risultare prevalente poiché il Congresso e gli Stati detengono il potere di legiferare al fine di dare realizzazione all'eguaglianza, anche quando le disposizioni necessarie comportino restrizioni dirette alle attività private, cfr., *ex aliis*, M.E. Gale, *Reimagining the First Amendment: Racist speech and Equal liberty*, in *St. John's Law Review*, 65/1991, pp. 119-163, e C.R. Lawrence III, *If the hollers let him go: regulating racist speech on campus*, cit. Si veda invece A. Koppelman (cfr. *Antidiscrimination Law and social equality*, del 1996, cit. in D.E. Bernstein, *Defending First Amendment from antidiscrimination laws*, in *North Carolina Law Review*, 82 /2003, p. 224) che, pur riconoscendo l'esistente tensione tra I e XIV Emendamento, sostiene che il potere politico e *lato sensu* governativo di limitare la libertà di espressione può essere facilmente soggetto ad abusi, ma la limitazione all'espressione può comunque essere giustificata se lo *speech* risulta "*exceedingly harmful*". R.J. Boeckmann, C. Turpin-Petrosino, *Understanding the Harm of Hate Crime*, cit., spec. pp. 213 e ss., fonderebbero l'eventuale prevalenza del XIV Emendamento sugli effetti dell'*hate speech* rispetto al sistema-ambiente sociale, che tenderebbe diversamente ad irrigidirsi in una reificazione delle gerarchie sociali difficilmente attenuabile.

<sup>13</sup> Si veda K.M. Sullivan, *The Supreme Court, 1991 Term – Foreword: The Justices of Rules and Standards*, in *Harvard Law Review*, 106, 1992, pp. 22 e ss., ma anche A.R. Amar, *The case of the missing amendments: R.A.V. v. City of St. Paul*, commento a *R.A.V. v. City of St. Paul* 505 US 377 (1992), in *Harvard Law Review*, 106/1992, pp. 124 e ss. La Sullivan, in particolare, ritiene che la Corte Suprema potrebbe considerare l'*hate speech* escluso dalla protezione del I Emendamento in quanto "un *compelling interest* a sradicare le gerarchie razziali giustificerebbe l'eliminazione delle espressioni di odio razziale – una sorta di *First Amendment 'affirmative action' doctrine*" (p. 42). Bisognerebbe però chiedersi se i presupposti che tradizionalmente fondano l'ammissibilità delle azioni positive siano rintracciabili nell'ambito della *freedom of speech*. Guardando ad una efficace sintesi degli stessi operata (cfr. W. Sadursky, *Freedom of Speech and Its Limits*, cit. pp. 100 e ss.) non sembra del tutto condivisibile una applicazione delle *affirmative actions* al contesto in esame, in particolare per l'assenza di "esclusività" nel godimento del diritto in questione, quello alla libera manifestazione del pensiero, se è vero che il fatto che i razzisti esprimano le loro opinioni non comporta, *di per se stesso*, la conseguente

Nel caso del bilanciamento, si pone anche l'ulteriore accennata questione relativa alla differenze "di modo" interne all'ambito espressivo dell'*hate speech*. Se la garanzia dell'eguaglianza è declinata *sub specie* di eguaglianza politica, il danno derivante da un *high value hate speech*, cioè, tipicamente, da una espressione incitante all'odio ed alla discriminazione nell'ambito della propaganda di una determinata ideologica politica, risulterà tendenzialmente maggiore rispetto a quello di una espressione che offenda brutalmente, quanto "sinteticamente", un singolo membro del gruppo discriminato. D'altra parte, se la garanzia è letta sotto il profilo della parità di trattamento, o *sub specie* di tutela della dignità umana, e si sottopongono a verifica gli effetti di breve periodo dell'espressione sintetica odiosa, aliena da qualsivoglia progettualità e finanche consapevolezza da parte dell'autore, un'espressione di *low value*, assolutamente decontestualizzata da un impegno politico alla affermazione delle disuguaglianze come fondamento sociale, può essere in grado di ferire e prostrare psicologicamente come, e più direttamente, rispetto alle forme cd. *high value* (politiche). Oltre ad un rischio di "confusione", emerge comunque da un lato che la limitazione di alcune forme di offesa individuale diretta ed immediatamente dannosa può difficilmente essere contrastata sulla base dei valori che la proclamazione di cui al I Emendamento reca con sé. Dall'altro, può sembrare paradossale che alla limitazione di espressioni comportanti effetti esclusivamente sul breve periodo, e circoscritti, corrisponda l'immunizzazione assoluta di quelle espressioni che, evocative di finalità di trasformazione radicale dei valori fondanti l'ordinamento, abbiano l'intrinseca capacità di determinare effetti devastanti e generalizzati sul lungo periodo.

L'unica risposta possibile al paradosso risiede, circolarmente, nell'affermazione della superiorità del "politico" su ogni altro contenuto espressivo, e nella esistenza di una clausola di chiusura, all'interno del I Emendamento, che garantendo protezione "privilegiata" alle espressioni ad oggetto "politico" impedisce che l'accesso ai canali democratici sia inibito a quei soggetti che ideologicamente si pongono in contrasto con il libero ed eguale accesso di tutti a quegli stessi canali.

L'approccio però prevalente, per lo meno nel contesto nord-americano, è quello teso a negare l'ammissibilità di limiti alla libertà di

---

impossibilità per le vittime dei loro discorsi di pronunciarsi contro quelle aberranti opinioni.

manifestare pensieri odiosi e discriminatori, sulla base della constatazione che la limitazione dell'espressione odiosa è in grado di trasformarsi nella limitazione sistematica dell'accesso all'arena pubblica a svantaggio, soprattutto, di categorie di soggetti che, in alcuni casi, non avrebbero possibilità diverse ed ulteriori di esternare le proprie opinioni. Viene quindi evidenziato come proprio i gruppi minoritari, soggetti a discriminazioni ed interventi repressivi della propria libertà di autodeterminarsi culturalmente e politicamente, tendenzialmente più propensi all'utilizzo di un linguaggio sferzante, sintetico, poco articolato, possano risultare beneficiati dalla massima apertura possibile del mercato delle idee<sup>14</sup>. Alcuni, poi, dei sostenitori della legittimità costituzionale dell'*hate speech* individuano autonomamente una possibile obiezione, riferita al perseguimento degli stessi obiettivi che giustificano l'argomentazione precedente: le espressioni odiose e discriminatorie, se ripetutamente perpetrate nei confronti dei medesimi gruppi di soggetti, potrebbero essere in grado, per lo meno sul lungo periodo, di operare in funzione di "silenziatore" delle opinioni e delle istanze di interi gruppi, i quali potenzialmente ambirebbero invece ad entrare nella competizione ideale<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> Cfr. K.L. Karst, *Boundaries and Reasons: Freedom of Expression and the Subordination of Groups*, in *University of Illinois Law Review*, 95/1990. Una lettura ampia delle possibili obiezioni alla limitazione dell'*hate speech* (sia esso nella forma del discorso razzista o xenofobo ovvero sessista), e dell'utilizzo, anche nelle Università, di codici limitativi del linguaggio, viene da H.L. Gates Jr. *et al.*, *Speaking of Race, Speaking of Sex: Hate Speech, Civil Rights, and Civil Liberties*, New York, New York University Press, 1996.

<sup>15</sup> Cfr. R.C. Post, *Racist speech, democracy, and the First Amendment*, in *William and Mary Law Review*, 32/1990, spec. pp. 318 e ss. L'Autore propone una categorizzazione di cinque diverse tipologie di danno ricavabili dalla prevalente letteratura sull'*hate speech*: i danni intrisechi; il danno nei confronti del gruppo; quelli per gli individui; quelli al *marketplace of ideas*; quelli all'ambiente educativo. Ma poi, criticando la tendenza di chi difende la limitazione del *racist speech* senza approfondire i danni derivabili proprio da tale limitazione, cerca di dimostrare che questi ultimi, teoricamente rintracciabili nel *vulnus* alla protezione del Governo democratico e alla comunicazione libera e aperta che la democrazia richiede, invece che essere minati dalla limitazione del *racist speech*, possono invero risultarne valorizzati. E questo perché la funzione della discussione pubblica, e dunque della manifestazione del pensiero (politico *in primis*) si fonda sulla aspirazione a "riconciliare, per quanto più possibile, la volontà degli individui con la volontà generale", cosa che può avvenire soltanto nel rispetto degli altri come "persone libere e uguali" (p. 126). Non è d'altra parte così pacifico che quelli individuati siano i reali effetti dell'*hate speech*, se è vero che alcune indagini (si veda quanto riportato in R.J. Boeckmann, C. Turpin-Petrosino, *Understanding the Harm of Hate Crime*,

Ma è evidente che in una concezione comunque focalizzata sulla centralità della tutela di cui al I Emendamento, il rischio che *on the long run* alcuni soggetti possano essere disincentivati ad esprimere le proprie idee, in quanto bersagliati dalla violenta disapprovazione e dalla manifestazione di disprezzo da parte di soggetti favoriti *ex ante* da una “posizione dominante” all’interno della società, è accettato in quanto l’alternativa determinerebbe comunque l’immediata repressione di alcune forme espressive, e quindi il divieto di accesso per quei soggetti, o, probabilmente, per quei gruppi parzialmente individuabili di soggetti che tendono prevalentemente a comunicare attraverso quelle forme espressive.

### 3. Cenni conclusivi

“La libertà di scegliere che cosa si è”, ovvero, direi, che cosa si vuole essere, rappresenta certamente un diritto garantito dalla Costituzione degli Stati Uniti, ed in particolare rientrante nella tutela di cui al I Emendamento<sup>16</sup>, così come caratterizza la dimensione personalista propria della Carta costituzionale italiana. Perciò, la cristallizzazione attraverso l’apposizione di limiti all’*hate speech* potrebbe ritenersi anticostituzionale in quanto lesiva del diritto individuale all’autodeterminazione e all’autoidentificazione, ma, contemporaneamente, il reato di diffamazione potrebbe in alcuni casi rappresentare una via adeguata verso la valorizzazione della autonomia del singolo nella definizione del proprio *status* sociale, e della sua libertà di non sentirsi parte delle categorie “ufficiali” all’interno delle quali i pubblici poteri mirerebbero a contenerlo. All’interno di questo tipo di ispirazione, particolare rilevanza ed intensità assume la nota posizione di Lee Bollinger, e la sua costruzione di una teoria generale del principio della libertà di parola come forma di edificazione e rafforzamento dello spirito di tolleranza degli individui e nella società.

Il punto di vista bollingeriano risulta particolarmente significativo in relazione alla posizione di chi sostiene che i limiti alla libertà di

cit., pp. 222 e ss.) dimostrerebbero che chi possiede una più intensa identificazione con il gruppo colpito dalle espressioni odiose e discriminatorie mostra una risposta maggiormente assertiva e positiva all’attacco, e lo reindirizza in un rafforzamento della propria identità di gruppo.

<sup>16</sup> Su questo aspetto cfr. V. Dominguez, *White by Definition: Social Classification in Creole Louisiana*, New Brunswick, Rutgers University Press, 1986, pp. 4 e ss.



manifestazione del pensiero razzista o xenofobo – anche quando realizzati attraverso l'intervento di politica criminale – possono trovare legittimo fondamento nel valore della *dignità umana*<sup>17</sup>. Infatti, da un lato il principio *personalista* si concreta nella inviolabilità dei diritti, che si traduce in una “qualità’ della democrazia e dell’assetto della forma di Stato che benché priva di conseguenze immediate sul piano giuridico, indica tuttavia un riferimento di senso e di valore potenzialmente foriero anche di conseguenze giuridiche non direttamente individuabili”<sup>18</sup>, e promuovendo la centralità della persona nella sua relazionalità implica una dimensione “comunicativa” che non può realizzarsi senza la piena garanzia della libertà di espressione. Dall’altro la stessa *dignità sociale* – da alcuni richiamata<sup>19</sup> in quanto l’odio razziale rappresenterebbe una forma di aggressione della stessa poiché incidente sulla “condizione strutturale dell’uomo e, appunto, sulla sua dignità, intesa come carattere coesistente al proprio essere individuale, patrimonio della collettività dei cittadini e della partecipazione paritaria alla realtà comunitaria”<sup>20</sup> – si realizzerebbe propriamente nella piena partecipazione al dibattito pubblico la quale, evidentemente, trova ancora una volta il suo massimo inveroamento

<sup>17</sup> Si veda da ultimo la posizione espressa nella sua suggestiva ed argomentata trattazione da L. Scaffardi, *Oltre i confini della libertà di espressione. L’istigazione all’odio razziale*, Padova, Cedam, 2009, spec. pp. 237 e ss., la quale individua il concetto “nel significato di centralità della stessa persona umana come essere unico e irripetibile, intimamente connesso con il contesto sociale in cui vive ed opera e che rappresenta il fine di ogni cosa. In tal senso la dignità umana può essere intesa come un valore *superconstituzionale* nei confronti delle libertà positivamente protette e degli stessi diritti inviolabili dell’uomo e come ‘con-fine’ degli ordinamenti stessi”. Non si tratta di un valore inteso verticisticamente, ma di un principio costituzionale oggettivo rivolto ad una determinazione valoriale dei sistemi, facendo riferimento in particolare ai lavori di A. Ruggeri, A. Spadaro, *Dignità dell’uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Politica del diritto*, XXII, n. 3/1991, A. Pirozzoli, *Il valore costituzionale della dignità. Una introduzione*, Roma, Aracne, 2007, ed E. Ceccherini (a cura di), *La tutela della dignità dell’uomo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008.

<sup>18</sup> Cfr. E. Rossi, *sub art. 2*, in *Commentario alla Costituzione* (a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti), Torino, Utet, 2006.

<sup>19</sup> Si veda ancora L. Scaffardi, *Oltre i confini della libertà di espressione. L’istigazione all’odio razziale*, cit., pp. 234 e ss., e per una interpretazione del concetto, peraltro poco studiato e richiamato nell’ambito dell’art. 3 della Costituzione, cfr. G. Ferrara, *La pari dignità sociale (Appunti per una ricostruzione)*, in *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, II, Milano, Giuffrè, 1974.

<sup>20</sup> Cfr. L. Scaffardi, *Oltre i confini della libertà di espressione. L’istigazione all’odio razziale*, in *ivi*, p. 236.



nella libertà di esprimere le proprie opinioni, nel rispetto del *metodo democratico*, per quanto scioccanti e aberranti esse siano.

D'altra parte, come è stato sostenuto, utilizzare l'idea della dignità umana per introdurre limiti, piuttosto che per consolidare positivamente responsabilità, rischia di condurre verso una riduzione degli spazi della libertà che non poggia sulle basi sicure di interessi costituzionali dalla chiara configurazione, bensì su un concetto evanescente utilizzato, negli ambiti più disparati, a sostegno così come in contrapposizione delle medesime tesi e obiettivi<sup>21</sup>.

<sup>21</sup> Cfr. su quest'ultimo aspetto A. Ambrosi, *Costituzione italiana e manifestazione di idee razziste o xenofobe*, in S. Riondato (a cura di), *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, Padova, Cedam, 2006, pp. 36 e ss., rinviandosi peraltro alle considerazioni espresse dall'Autore anche nel presente Volume.



## Dialettica della libertà di espressione: il “caso Tosi” e la propaganda di idee razziste

CORRADO CARUSO

*Sommario:* 1. Premessa: l’art. 3.1 l. n. 654/1975 alla prova del caso. 2. Dal giudizio di primo grado alla sentenza di rinvio della Corte di Cassazione. 3. Il nuovo giudizio di appello e la definitiva conferma della Suprema Corte. 4. L’attività interpretativa dei giudici. Il limite logico. 4.1. Alla ricerca del limite implicito. Il “peso” della dignità umana. 4.2. Sul mancato utilizzo del bilanciamento “categoriale”. 5. La possibile re-interpretazione della disciplina del discorso razzista.



### 1. Premessa: l’art. 3.1 l. n. 654/1975 alla prova del caso



L’art. 3.1. lett. a) della l. n. 654/1975 di ratifica ed esecuzione della Convenzione internazionale sull’eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, firmata a New York il 17 marzo del 1966, così come da ultimo modificata dalla l. n. 85/2006, costituisce una delle risposte apprestate dall’ordinamento italiano di fronte all’emersione di fenomeni di stampo razzista<sup>1</sup>. Tale disposizione è stata recente-

<sup>1</sup> La disposizione punisce con la reclusione fino ad un anno e sei mesi o con la multa fino a 6000 euro la propaganda di idee fondate sulla superiorità e sull’odio razziale o etnico, nonché la commissione e l’istigazione a commettere atti di discriminazione per motivi etnici, nazionali o religiosi. La prima modifica della disposizione normativa, che ha rideterminato il massimo edittale e ha inserito il reato di commissione di atti discriminatori, si deve al d.l. n. 122/1993, poi convertito nella legge n. 205/1993 (cd. legge Mancino, su cui v. G. De Francesco, *Commento all’art. 1 del D.L. 26/4/93 N. 122, come modif. dalla l. 25/6/1993 n. 205*, in *Leg. pen.*, 1/1994, pp. 174 e ss. nonché L. Stortoni, *Le nuove norme contro l’intolleranza: legge o proclama*, in *Crit. dir.* 1/1994, pp. 14 e ss.). La legge n. 85/2006 ha non solo provveduto a rideterminare l’ambito applicativo della fattispecie, sostituendo alla condotta di “diffusione” l’azione di “propaganda”, ma anche rideterminato ul-



mente applicata in relazione all'attività politica compiuta dall'attuale sindaco di Verona Flavio Tosi (all'epoca dei fatti consigliere comunale) insieme ad altri cinque compagni di partito e frazionabile in una pluralità di condotte consistenti nell'affissione di manifesti e nel rilascio di dichiarazioni alla stampa dirette ad ottenere l'allontanamento della comunità sinta dal territorio locale, attività comunque promozionali alla petizione indirizzata al consiglio comunale della città veronese<sup>2</sup>. In particolare, l'applicazione della fattispecie nonché le argomentazioni giudiziarie addotte a giustificazione dell'intervento legislativo non solo evidenziano la particolarità delle tecniche argomentative, ma contribuiscono anche ad individuare il contenuto dei limiti che i giudici ritengono legittimamente opponibili all'art. 21 della Costituzione. Il caso ha dato origine ad una complessa vicenda processuale che, dopo la pronuncia in primo grado, ha visto susseguirsi un giudizio di appello, una sentenza di annullamento con contestuale rinvio da parte del Supremo Collegio, una nuova pronuncia da parte del giudice di secondo grado e, infine, la definitiva conferma in sede di giudizio di legittimità<sup>3</sup>.

## 2. Dal giudizio di primo grado alla sentenza di rinvio della Corte di Cassazione

In primo grado, il Tribunale di Verona ha compiuto un'ampia disamina del reato: dopo aver individuato i beni giuridici tutelati dalla norma, ha delineato i contorni dell'elemento oggettivo e del requisito

teriormente l'ipotesi sanzionatoria. Per alcuni commenti sull'intervento legislativo, che ha inciso anche su una pluralità di fattispecie codicistiche (tra cui i cd. reati di attentato, alcune ipotesi di delitti contro la personalità dello Stato rientranti nei cd. reati di opinione, e i reati di vilipendio politico e religioso), v. D. Pulitano, *Riforma dei reati di opinione?*, in *Corr. giur.* 6/2006, pp. 745 e ss., A. Gamberini, G. Insolera, *Legislazione penale compulsiva, buone ragioni e altro. A proposito della riforma dei reati di opinione*, in G. Insolera (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, Cedam, 2006, pp. 135 e ss., C. Visconti, *Il legislatore azzecagarbugli: le "modifiche in materia di reati di opinione" introdotte dalla legge 24 febbraio 2006 n. 85*, in *Foro.it*, parte V, 2006, pp. 217 e ss.

<sup>2</sup> Per una analitica ricostruzione del contenuto di manifesti e dichiarazioni vedi C. App. Venezia sent. 20/10/2008 in *Foro.it.*, 7-8, 2009, pp. 398 e ss.

<sup>3</sup> Cfr. rispettivamente Trib. di Verona sent. n. 2203/2004, in *Dir. Imm. Citt.* 2/2005, pp. 191 e ss., nonché in *Giur. mer.* 9/2006, pp. 1965 e ss., Corte App. di Venezia sent. 2/4/2007, C. Cass., Sez. III, n. 13234/08, C. App. di Venezia, sent. 20/10/2008 in *Foro.it.*, cit., C. Cass. n. 2129/2009.



soggettivo, ed infine ha dato sostanza agli elementi extranormativi della fattispecie<sup>4</sup>. Verificati gli elementi di fatto e seguendo l'impostazione del pubblico ministero diretta ad accorpate in una unica fattispecie le condotte di diffusione ed incitamento<sup>5</sup>, il giudice procede alla condanna dei sei imputati. La pronuncia di primo grado assume rilievo perché ha individuato le basi della retorica giudiziale poi sviluppata nei successivi gradi di giudizio: attraverso l'individuazione dei beni giuridici tutelati il Tribunale ha tentato di offrire una interpretazione costituzionalmente orientata della norma, determinando il parametro costituzionale su cui fondare l'intervento legislativo. Secondo il giudice di primo grado, la legge n. 654/1975 avrebbe individuato una fattispecie plurioffensiva, lesiva da un lato dell'ordine pubblico, "[...] che viene in rilievo sotto il profilo della tranquillità e sicurezza"<sup>6</sup>, dall'altro della dignità umana, intesa come "piena consa-

<sup>4</sup> Nel corso del commento l'attenzione sarà maggiormente rivolta alla disamina delle argomentazioni giudiziali relative a bene giuridico ed elemento oggettivo, questioni dal marcato accento costituzionale. Conviene quindi ora soffermarsi sul concetto di razzismo che i giudici di primo grado hanno ritenuto penalmente rilevante. Il Tribunale richiama la teoria cd. differenzialista di razzismo, che non si basa su un concetto darwiniano di differenze biologiche tra razze quanto su una distinzione culturale diretta all'esclusione e all'emarginazione del gruppo minoritario percepito come diverso dalla cultura dominante e perciò ritenuto inassimilabile. Sul punto cfr. L. Picotti, *Diffusione di idee razziste ed incitamento a commettere atti di discriminazione razziale*, in *Giur. mer.* 9/2006, pp. 1960 e ss., Id., *La discriminazione razziale e la politica: riflessioni su una recente sentenza del Tribunale di Verona*, in *Dir. Imm. e citt.* 2/2005, pp. 69 e ss. Id., *Istigazione e propaganda della discriminazione razziale fra offesa dei diritti fondamentali della persona e libertà di manifestazione del pensiero*, in S. Riondato (a cura di), *Discriminazione razziale, Xenofobia, Odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, Padova, Cedam, 2006, pp. 117 e ss., C. Visconti, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 148 e ss., Id., *Il reato di propaganda razzista tra dignità umana e libertà di espressione*, in *Ius@17*, 1/2009, pp. 202 e ss., L. Scaffardi, *Oltre i confini della libertà di espressione. L'istigazione all'odio razziale*, Padova, Cedam, 2009, pp. 217 e ss.

<sup>5</sup> Tra il giudizio di primo grado e la decisione in appello è occorsa la legge 85/2006 che ha modificato la condotta di "diffusione" in "propaganda" e l'azione di "incitamento" in "istigazione".

<sup>6</sup> Sul punto v. la critica di L. Picotti, *Istigazione e propaganda*, cit. p. 131: [r]ispetto a queste ipotesi l'idea di 'ordine pubblico' non riesce ad esprimere un preciso *interesse* concreto, suscettibile di offesa empiricamente verificabile, alludendo piuttosto ad una possibile *ratio* generale delle incriminazioni – peraltro non solo in materia di razzismo – che può tutt'al più concorrere a definire i criteri di bilanciamento normativo e giudiziale tra estensione della repressione penale e salvaguardia della libertà costituzionale [...].



pevolezza di ogni essere umano di essere tale quale egli è”. In tal senso, la libera manifestazione del pensiero, così come specificata nella scriminante del diritto di critica, dovrebbe essere necessariamente postergata: “[...] non può essere dato ingresso ad un giudizio di liceità di una critica ovvero di un pensiero manifestato in dispregio alla dignità umana, diritto che preesiste alla Costituzione: il rispetto della dignità umana costituisce l’essenza di uno Stato democratico, e sul principio di tale rispetto si fondano tutti gli altri diritti fondamentali”<sup>7</sup>.

Dalla descrizione della dignità umana quale meta-principio, che diviene entità giuridica attraverso l’operazione ermeneutica dell’organo giurisdizionale, discende il conseguente inquadramento dogmatico della fattispecie: quest’ultima avrebbe individuato un reato di pericolo presunto, che senza ammettere prova contraria contribuisce a determinare il disvalore del comportamento: secondo il giudice, “[...] la prova stessa che il fatto sia conforme allo schema tipico di reato è essa stessa prova del pericolo presunto in sé nel tipo di reato ravvisato”<sup>8</sup>. Rispetto a tali argomentazioni, la Corte di Appello ha compiuto una risistemazione concettuale del bene giuridico tutelato dalla norma (nel frattempo novellata dalla legge 85/2006), ha riconosciuto autonoma rilevanza alle condotte di propaganda di idee razziste e istigazione alla commissione di atti discriminatori, e, una volta confermata la condanna dei coimputati in ordine alla prima condotta, ha assolto questi ultimi relativamente all’azione istigatoria. In primo luogo, i giudici di secondo grado hanno escluso l’ordine pubblico materiale dai beni giuridici tutelati: piuttosto, la Corte ha tentato di dare concretezza giuridica al meta-principio della dignità umana fondamento, secondo le argomentazioni dei giudici di primo grado, dell’intera struttura costituzionale. In tale prospettiva, l’interesse protetto non sarebbe da ricercare al di fuori dei confini costituzionali: la *ratio* delle norme incriminatrici sarebbe invece da rinvenire nell’art. 3.1 della Costituzione, che nel prescrivere la pari dignità sociale dei cittadini davanti alla legge individuerebbe un “[...] principio giuridico di non-discriminazione”<sup>9</sup>. Sarebbe dunque la dignità dell’individuo,

<sup>7</sup> V. Trib. di Verona in *Dir. imm. citt.*, cit., p. 214.

<sup>8</sup> Trib. di Verona in *Dir. imm. citt.*, cit., p. 206. La costruzione dogmatica in chiave di pericolo astratto si riferisce alle condotte unitariamente considerate di diffusione di idee razziste e di incitamento alla commissione di atti discriminatori.

<sup>9</sup> Corte di Appello di Venezia, sent. 2/4/2007 *sub c)* 3. Secondo la Corte, tale interesse sfuggirebbe all’immaterialità propria del concetto di ordine pubblico: “[v] a [...] sottolineata [...] proprio alla luce della [...] normativa costituzionale [...] la

desunta dall'art. 3 Cost., a costituire bene giuridico tutelato, in quanto tale legittimante la compressione della libertà di manifestazione del pensiero. Tuttavia, con una tecnica argomentativa già sperimentata dalla Corte costituzionale fin dalle fasi iniziali della sua giurisprudenza<sup>10</sup>, i giudici di appello hanno mascherato l'operazione di bilanciamento tra interessi antinomici attraverso l'opposizione del limite logico del pensiero-azione: la Corte esclude l'applicabilità della libertà costituzionale perché "[...] comportamenti come quelli posti in essere dagli imputati non si esauriscono in mere manifestazioni di pensiero, *rispetto alle quali va ribadita una strutturale impossibilità di essere oggetto di legittima incriminazione* – corsivo aggiunto –) ma integrano la diversa attività di propaganda che è sostenuta da un preciso intendimento psichico diretto non ad un fine di semplice conoscenza, ma ad attivare, in maniera non del tutto dissimile dall'istigazione, altrui scelte, decisioni, comportamenti"<sup>11</sup>.

Ciò premesso, la Corte distingue, quanto alla determinazione della responsabilità penale, l'affissione dei manifesti e le dichiarazioni alla

---

dimensione concreta e personalistica del bene protetto consistente nella dignità di ciascun uomo [...]"

<sup>10</sup> Fin dalla sent. 1/1956 la Corte costituzionale ha affermato come il concetto di limite "[...] sia insito nel concetto di diritto", richiamando la necessità di delimitare dogmaticamente i confini delle situazioni soggettive di rango costituzionale. Il cd. pensiero-azione costituisce solo una delle tipologie rientranti nella categoria di limite-logico, che porta ad escludere tutte quelle espressioni che per le loro modalità comunicative devono essere escluse dalla garanzia costituzionale". Per un successivo utilizzo della tecnica dei limiti logici v. C. cost. sentt. nn. 120/1957, 9/1965, 87/1966, 84/1969, 16/1973, 30/1982, 519/2000. Per una prima critica a tale orientamento, in origine sostenuto da parte della dottrina penalistica e costituzionalistica (v. P. Nuvoletto, *Il diritto penale della stampa*, Padova, Cedam, 1971, pp. 178 e ss. e, seppur più problematicamente, G. Bognetti, *Apologia di delitto punibile ai sensi della Costituzione e interpretazione della norma dell'art. 414 c.p. ultimo comma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, pp. 56 e ss.) cfr. per tutti P. Barile, *La libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, Giuffrè, 1975, pp. 16 e ss.

<sup>11</sup> V. *sub c)* 4. L'argomentazione sembra ripercorrere quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sent. n. 87 del 1966 in relazione alla fattispecie di propaganda per l'instaurazione violenta della dittatura prevista dall'ormai abrogato art. 272 c.p. Secondo il giudice delle leggi, "[l]a propaganda non si identifica perfettamente con la manifestazione del pensiero; essa è indubbiamente manifestazione, ma non di un pensiero puro ed astratto, quale può essere quello scientifico, didattico, artistico o religioso, che tende a far sorgere una conoscenza oppure a sollecitare un sentimento in altre persone. Nella propaganda, la manifestazione è rivolta e strettamente collegata al raggiungimento di uno scopo diverso, che la qualifica e la pone su un altro piano".

stampa, considerati strumenti promozionali dell'iniziativa politica compiuta dagli imputati, rientrante nell'art. 3.1 lett. a), dalla petizione rivolta agli amministratori, ritenuta di contenuto di per sé non illecito, "[...] non rientrante in uno scopo penalmente sanzionato"<sup>12</sup>. In coerenza con tale approccio, è stata rideterminata la pena finale, con contestuale assoluzione dei coimputati dal reato di istigazione a commettere atti di discriminazione. Nel successivo giudizio di legittimità la distinzione tra liceità del fine e illiceità del mezzo è valutato come incongruente. In un primo momento, la Corte di Cassazione rinviene l'interesse protetto dalla fattispecie nella "tutela della dignità umana come risulta dalla nozione di discriminazione recepita dall'articolo 2 del decreto legislativo n. 215 del 2003 nel quale si fa esplicito riferimento alla dignità della persona"<sup>13</sup>. La Corte così, se da un lato ha esplicitato l'operazione di bilanciamento, dall'altro ha compiuto una decostituzionalizzazione del bene protetto<sup>14</sup>, ponendo a raffronto due interessi di rango diverso. Il mancato riferimento a disposizioni costituzionali rimuove uno dei presupposti di una corretta procedura di bilanciamento: l'omogeneità gerarchica dei beni in conflitto<sup>15</sup>. A

<sup>12</sup> V. *sub c)* 11.

<sup>13</sup> Così C. Cass. III sez. sent. n. 13234/08. La decisione fa riferimento al c. 3 dell'art. 2 del d.lgs. n. 215/2003 che attua nell'ordinamento italiano la direttiva 2000/43 CE per la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica. La dignità della persona è citata nella disposizione ai fini dell'individuazione, in via residuale, di comportamenti *lato sensu* discriminatori: "Sono, altresì, considerate come discriminazioni, [...], anche le molestie ovvero quei comportamenti indesiderati, posti in essere per motivi di razza o di origine etnica, aventi lo scopo o l'effetto di violare la dignità della persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante e offensivo".

<sup>14</sup> Osserva L. Scaffardi, *Oltre i confini*, cit., p. 223: "[...] la Corte di Cassazione individua in una diversa fonte normativa da cui poter trarre la nozione di dignità. Se da una parte questo risulta interessante in quanto si crea una circolarità virtuosa di tutela attraverso norme penali nazionali e norme antidiscriminatorie introdotte a seguito delle previsioni comunitarie, dall'altro la volontà del Giudice di conferire una base meno generica rispetto ad un più complessivo rinvio costituzionale (artt. 2 e 3 Cost.) fa pensare che il risultato potrebbe non essere pienamente raggiunto".

<sup>15</sup> La decostituzionalizzazione degli interessi da bilanciare è pratica diffusa presso i giudici di merito: "[i]l principale problema che l'analisi della giurisprudenza pone in chiave di teoria del bilanciamento è la necessità di circoscrivere il giudizio almeno a interessi omogenei quanto a valore costituzionale. Compito non facile, specie di fronte alle tendenze della giurisprudenza, soprattutto dei giudici di merito che [...] dilatano il catalogo delle tutele a interessi, pretese, aspettative che difficilmente possono essere considerati diritti fondamentali". Così A. Morrone, *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enc. dir. Ann.*, vol. II, t. II, Milano,



seguito dell'individuazione del bene protetto, la Corte ha esaminato la congruenza logica della motivazione dei giudici di appello: secondo il giudice di legittimità non si potrebbe coerentemente scindere “una condotta che era unitaria e considerare illecita la propaganda e lecito il contenuto della petizione che era stato propagandato con i manifesti, i quali erano finalizzati proprio a sostenere la petizione”<sup>16</sup>. Annullata la sentenza di merito, la Corte ha rinviato nuovamente la questione ai giudici di appello affinché procedessero alla nuova verifica degli elementi di fatto e delle carenti motivazioni<sup>17</sup>.

### 3. Il nuovo giudizio di appello e la definitiva conferma della Suprema Corte

Nel giudizio a seguito del rinvio, la Corte di secondo grado ha seguito le indicazioni suggerite dal giudice di legittimità. Dopo una

---

2008, p. 190. In senso analogo, v. anche A. Ruggeri, *Prospettive di aggiornamento del catalogo costituzionale dei diritti fondamentali*, in <http://www.associazionedei-costituzionalisti.it/dottrina/libertadiritti/>.

<sup>16</sup> Cfr. C. Cass. sent. n. 13234/08: “La petizione [...] non poteva essere considerata come ‘dato ulteriore rispetto alla condotta’, ma era parte integrante della stessa e comunque ai fini della valutazione dell’elemento psicologico non si poteva prescindere dalla petizione. L’unico significato reso manifesto dalla condotta stessa ossia dal manifesto propagandistico era proprio quello di invitare i cittadini a sottoscrivere la petizione”.

<sup>17</sup> La Corte non richiama in nessun passaggio la possibile applicazione del diritto di critica politica quale scriminante *ex art. 51 c.p.* Tuttavia, la *regula iuris* enunciata, testimonia la difficoltà per i giudici di ultima istanza di procedere alla condanna dei coimputati per espressioni dall’elevato tasso di politicità. Si pensi in particolare alla (dubbia) distinzione, poi successivamente ripresa dalla Corte di appello, rilevante ai fini della punibilità della condotta propagandistica, tra discriminazioni effettuate in ragione delle qualità del soggetto o a causa di comportamenti individuali: “La discriminazione per l’altrui diversità è cosa diversa dalla discriminazione per l’altrui criminalità. In definitiva un soggetto può anche essere legittimamente discriminato per il suo comportamento ma non per la sua qualità di essere diverso”. La regola di diritto è poi applicata al caso concreto: “[...] in una competizione politica particolarmente accesa [...] non si può dal contesto di un discorso estrapolare una frase poco opportuna per attribuire all’autore idee razziste senza esaminare il contesto nel quale tale frase è stata pronunciata e senza la valutazione degli elementi indicati a discolora dall’autore della frase. Nel caso in esame i prevenuti avevano precisato che la loro avversione non era diretta nei confronti dei Sinti in quanto tali, ma solo nei confronti di quelli che rubavano ponendo in pericolo la sicurezza dei cittadini”.



lunga ricostruzione del fatto, i giudici hanno confermato la condanna per la condotta di propaganda, strumentale, nella nuova ricostruzione giudiziaria, alla promozione e diffusione di idee fondate sulla superiorità di categorie umane in ragione di intrinseche caratteristiche soggettive. In un primo momento, i giudici ritornano sul limite logico del pensiero-azione, che ha consentito loro di superare il contrasto con l'art. 21 della Costituzione<sup>18</sup>. La classificazione della diffusione di idee razziste quale azione materiale, che in quanto tale si pone al di fuori delle condotte tutelate dalla disposizione costituzionale, ha indirizzato i successivi passaggi argomentativi della decisione e ha giustificato l'inquadramento della fattispecie quale reato di pericolo presunto: a parere dei giudici "odiare significa manifestare un'avversione tale da desiderare [...] un grave danno per la persona"; alla luce delle circostanze di fatto gli imputati "[...] hanno propagandato idee la cui realizzazione avrebbe significato la lesione di più diritti fondamentali delle persone appartenenti alle comunità zingare. Cacciare gli zingari [...] significa negare il loro diritto alla residenza sul territorio nazionale; negare [...] la possibilità per i bambini di accedere alla scuola, così negando il loro diritto all'istruzione; negare il diritto di muoversi sul territorio dello Stato, e quindi la libertà di circolazione"<sup>19</sup>. Con un evidente salto logico, i giudici hanno imputato alla condotta di propaganda di idee razziste lesioni che deriverebbero da azioni discriminatorie, individuando così un concetto di danno immateriale eziologicamente non riconducibile alla condotta espressiva<sup>20</sup>. La pena, determinata in due mesi di reclusione per ciascuno degli imputati, è stata infine confermata in sede di giudizio di legittimità. La Corte di Cassazione ha

<sup>18</sup> «Nella condotta degli imputati [...] si va ben oltre la mera manifestazione del pensiero (come tale tutelata dalla Costituzione) e si ravvisano tutti gli estremi della propaganda, cioè dell'intendimento di suscitare comportamenti e idee altrui». V. C. App. Venezia 20/10/2008, in *Foro it.*, p. 413.

<sup>19</sup> *Ibidem*. Nonostante l'autonomia delle condotte previste dalla fattispecie, sembra che la Corte sovrapponga l'applicabilità della propaganda di idee razziste, istigazione a commettere atti di discriminazione, e la materiale commissione di atti discriminatori.

<sup>20</sup> La sentenza sembra richiamare una nozione di danno sociale così come enucleato oltreoceano dalla *critical race theory* e definito, qui in Italia, da G. Pino, *Discorso razzista e libertà di manifestazione del pensiero*, *Pol. dir.*, 2/2008, p. 297. Secondo tale approccio "[i]l discorso razzista [...] è dannoso da diversi punti di vista: esso produce danni su individui determinati, di solito le vittime o bersagli di offese razziali [...] ma anche danni su più vasta scala sulla società nel suo complesso. Il discorso razzista [...] è di solito finalizzato a [...] stigmatizzare le sue vittime e creare un ambiente sociale per i bersagli di quel discorso".

confermato i passaggi argomentativi della decisione di appello, accettando gli snodi argomentativi della pronuncia di merito e confermando la compatibilità “[...] sul piano logico probatorio, fra l’assoluzione dall’imputazione di incitamento [...] e la condanna per il reato di propaganda [...]”<sup>21</sup>. Senza soffermarsi ulteriormente su altre questioni in punto di diritto (in particolare bene giuridico tutelato e struttura del reato), la Suprema Corte ha così chiuso la lunga vicenda processuale.

#### 4. L’attività interpretativa dei giudici. Il limite logico

Come si è tentato di mettere in luce, i giudici di merito e di legittimità hanno applicato la fattispecie penale al termine di un processo ermeneutico complesso, i cui caratteri principali tornano, almeno in via tendenziale, in tutte le pronunce citate. In una prima fase, si è fatto ricorso ai cd. limiti logici alla libertà di manifestazione del pensiero: per evitare il contrasto della norma penale con l’art. 21 Cost. costituzionale, i giudici hanno tentato una delimitazione della fattispecie che consenta di collocare la disposizione legislativa in uno spazio costituzionale neutro suscettibile di essere discrezionalmente compreso da parte del legislatore ordinario<sup>22</sup>. In un secondo momento i giudici hanno individuato il bene giuridico tutelato dalla norma penale; infine, dopo questa attività “topografica” di individuazione degli interessi attraverso l’utilizzo di strumenti in senso lato interpretativi<sup>23</sup>, i giudici

<sup>21</sup> Cfr. C. Cass. sez. IV sent. n. 41819/09.

<sup>22</sup> In altri termini, i giudici sembrano allargare quello spazio di discrezionalità riconosciuto al legislatore che G. Bognetti riconosce ai “[...] fatti espressivi ‘diretti a provocare la violazione di norme penali’ non rientranti nella garanzia apprestata dal I comma dell’art. 21”. Secondo l’Autore, tali ipotesi “[...] appartengono a quella sfera intermedia tra il costituzionalmente protetto e il costituzionalmente vietato, in cui spetta al Legislatore [...] stabilire, non semplicemente i particolari di una disciplina sanzionatoria, ma la stessa fondamentale qualifica di liceità e illiceità”. Così G. Bognetti, *Apologia di delitto*, cit., p. 59, nt. 67.

<sup>23</sup> La definizione di “topografia” del conflitto, nonché la scomposizione del processo ermeneutico in una fase interpretativa (cioè di attribuzione di *sensu* alla disposizione) e in una fase decisoria (o di bilanciamento in senso stretto) si deve a R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992, pp. 62 e ss. In tal senso, potrebbe anche sostenersi che l’interpretazione sia un atto di conoscenza mentre il bilanciamento un atto di volontà. Sulla distinzione tra atto di conoscenza e atto di volontà nell’ambito della definizione delle diverse teorie interpretative v. R. Guastini, *L’interpretazione dei documenti normativi*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 23 e ss.

operano un giudizio di prevalenza (o bilanciamento in senso stretto) che si conclude con l'applicazione della norma penale al caso concreto. La fase decisoria risulta chiaramente conseguente all'identificazione delle premesse: tuttavia, proprio quest'ultimo momento non risulta del tutto convincente. In primo luogo, l'ampia formulazione letterale dell'art. 21 non offre fondamento positivo alla tesi dell'esclusione della propaganda dalla garanzia costituzionale perché attività volta all'altrui convincimento: “[...] la libertà di espressione del pensiero null'altro è che libertà di persuasione”<sup>24</sup>, che in quanto tale non può essere discriminata in ragione dei fini per cui essa è esercitata. In tal senso, l'individuazione in via pretoria di un limite intrinseco alla libertà di manifestazione del pensiero, capace di discernere ciò che rientra nella libertà costituzionale da ciò che è *logicamente* altro, sembra restringere arbitrariamente la lettera della disposizione costituzionale.

La conferma della condanna in ultimo grado per il reato di propaganda di idee razziste, e l'assoluzione per istigazione alla commissione di atti discriminatori, sembra dimostrare l'arretramento della soglia di punibilità a una condotta di “pura” manifestazione del pensiero. In effetti, mentre l'istigazione “[...] è diretta all'intelletto e alla volontà e tende al fine deliberato e specifico di convincere il destinatario a commettere azioni illecite”, la propaganda coincide con il fine ordinario della manifestazione “[...] che tende a convincere gli interlocutori della bontà delle idee espresse”<sup>25</sup>.

#### **4.1. Alla ricerca del limite implicito. Il “peso” della dignità umana**

Tuttavia, le argomentazioni dei giudici non si fondano solo sulla delimitazione della manifestazione del pensiero “pura”, segnando così il confine in via logico-deduttiva tra l'espressione coperta dalla garanzia costituzionale e la condotta espressiva discrezionalmente

<sup>24</sup> Così P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, il Mulino, 1984, p. 26. Sul punto cfr. anche C. cost. 16/1973, ove nel fare salva l'istigazione del militare a disobbedire alle leggi, definisce l'istigazione come “[...] azione e diretto incitamento all'azione” così da non risultare tutelata dall'art. 21 della Costituzione.

<sup>25</sup> Ivi, pp. 266-267. La stessa Corte costituzionale sembra aver corretto l'iniziale giurisprudenza, restringendo l'applicabilità della teoria del pensiero-azione. In effetti, e in relazione all'apologia di delitto sanzionabile ex art. 414 ult. c.c.p., è stata ritenuta punibile solo quella forma espressiva che “[...] per le sue modalità integri comportamento concretamente idoneo a provocare la commissione di delitti” (C. cost., sent. n. 65/1970).

incriminabile da parte del legislatore penale. Accanto alla determinazione del limite logico, i giudici (e parte della dottrina) tentano di individuare il bene giuridico idoneo a giustificare l'intervento limitativo e, più in generale, a bilanciare la libertà di manifestazione del pensiero nella dignità umana, intesa alternativamente o come meta-principio diretto alla funzionalizzazione dell'ordinamento<sup>26</sup>, o come principio costituzionale di non discriminazione desumibile dall'art. 3.1<sup>27</sup> o, ancora, quale diritto inviolabile che troverebbe ingresso attraverso la fattispecie aperta dell'art. 2 Cost.<sup>28</sup>: le ipotesi, tuttavia, non sembrano trovare un adeguato riscontro né nel testo costituzionale, né nel tessuto dell'ordinamento giuridico. In effetti, considerare la dignità umana quale principio o condizione *a priori* dell'ordinamento costituzionale avrebbe l'effetto non solo di legittimare qualsiasi tipo di compressione delle libertà costituzionalmente garantite, fino a rendere impossibile qualsiasi operazione procedurale di bilanciamento<sup>29</sup>, ma comporterebbe in via definitiva anche una fissa sistemazione gerarchica dei principi costituzionali che non trova traccia nel vigente testo costituzionale<sup>30</sup>. In effetti, l'idea che “[...] nel sistema costituzionale italiano la dignità personale formi oggetto di un unico concetto e corrispondentemente che la sua previsione [consista] in una sola, coerente ed unitaria, disciplina” non trova riscontro in Costituzione;

<sup>26</sup> Oltre al Tribunale di Verona di cui sopra, l'idea che l'incriminazione della propaganda razzista trovi fondamento nel principio supremo della dignità umana è sostenuto in dottrina da G. Rolla, *Profili costituzionali della dignità umana*, in E. Ceccherini (a cura di), *La tutela della dignità dell'uomo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008, pp. 68 e ss., L. Scaffardi, *Oltre i confini*, cit., pp. 228 e ss. E. Fronza, *Osservazioni sull'attività di propaganda razzista*, in *Riv. int. dir. dell'uomo*, 1997, pp. 66 e ss.

<sup>27</sup> Così ad esempio Corte di Appello di Venezia, sent. 2/4/2007.

<sup>28</sup> In tal senso v. L. Picotti, *Istigazione e propaganda*, cit., pp. 130 e ss.

<sup>29</sup> L'estensione di un concetto di dignità umana porta inevitabilmente all'accettazione di qualsiasi intervento legislativo e alla conseguente inutilizzabilità delle regole procedurali (*rectius*: precetti di ottimizzazione, *id est* idoneità, necessità, proporzionalità) che governano ogni operazione di bilanciamento. Sul punto cfr. per tutti R. Alexy, *Collisione e bilanciamento quale problema di base alla dogmatica dei diritti fondamentali*, in *La ragionevolezza nel diritto*, a cura di M. La Torre, A. Spadaro, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 41 e ss.

<sup>30</sup> È sintomatico come anche in altri ordinamenti, che espressamente riconoscono la dignità umana quel bene supremo, come ad esempio nell'ordinamento tedesco (art. 1 GG), vi siano dubbi sulla sua identità a costituire limite alle libertà costituzionalmente previste: cfr. per tutti D. Schefold, *Il rispetto della dignità umana nella giurisprudenza costituzionale tedesca*, in E. Ceccherini (a cura di), *La tutela*, cit., pp. 134-135.

di contro “[...] alla dignità si fa autonomo riferimento in molteplici prescrizioni che si rifanno a nozioni fra loro non identiche che mirano a distinte finalità”<sup>31</sup>. In tal senso, il richiamo al principio supremo della dignità umana non solo comporta una alterazione del peso degli interessi in conflitto<sup>32</sup>, ma comporta anche la perdita del significato che il principio acquista nei singoli enunciati costituzionali<sup>33</sup>.

In accordo con quest’ultima ipotesi va valutata la possibilità di considerare la fattispecie legislativa quale attuazione del richiamo compiuto dall’art. 3.1. Cost alla pari dignità sociale dei cittadini davanti alla legge, di cui parte della dottrina sostiene, a differenza del principio di eguaglianza formale, diretta applicabilità *intra privatorum*<sup>34</sup>. Tuttavia, tra le norme espresse dall’art. 3.1. deve essere considerato anche il divieto di discriminazione in ragione delle opinioni politiche, che sembra avere un ambito di applicazione più ristretto rispetto alla prima parte della disposizione. In altri termini, anche a voler considerare la pari dignità sociale fondamento costituzionale del diritto all’onore e delle norme penali che ad esso offrono tutela<sup>35</sup>,

<sup>31</sup> Così P. Grossi, *La dignità nella Costituzione italiana*, in E. Ceccherini, cit., p. 79. La stessa Corte Costituzionale non sembra aver riconosciuto la dignità suprema quale principio supremo dell’ordinamento. Ad esempio, nella sent. n. 293/2000 la Corte ha ricondotto il limite esplicito del buon costume al “bene fondamentale della dignità umana”, “valore che anima l’art. 2 della Costituzione”.

<sup>32</sup> “Chi arricchisce i suoi deboli argomenti appellandosi alla ‘dignità umana’ e stabilizza con essa le sue malferme catene argomentative danneggia [...] il discorso [...] perché la sua argomentazione altera i pesi”. Così W. Hassemer, *Argomentazione con concetti fondamentali. Il caso della dignità umana*, in *Ars interpretandi*, 2007, p. 60. Peraltro, l’ipotesi stessa del conflitto tra libertà di manifestazione del pensiero e dignità umana è criticata da A. Ambrosi, *Libertà di pensiero e manifestazione di opinioni razziste e xenofobe*, in *Quad. Cost.* 3/2008, p. 533: “[...] è fuorviante contrapporre in modo meccanico ed astratto la dignità umana ai diritti che la Costituzione riconosce; al contrario è in protezione della dignità umana che il Costituente ha riconosciuto i diritti”.

<sup>33</sup> Il riferimento va in particolare all’art. 41, II c., che individua la dignità umana quale limite espresso alla libera iniziativa economica, all’art. 36, I c., che collega la retribuzione sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un’esistenza libera e dignitosa, all’indegnità morale di cui all’art. 48, IV c., alla pari dignità sociale di cui all’art. 3, I C. cost. Sul significato di tali disposizioni costituzionali v. P. Grossi, *La dignità*, cit., pp. 79 e ss.

<sup>34</sup> Cfr. L. Paladin, *Il principio costituzionale di eguaglianza*, Milano, Giuffrè, 1965, p. 298; G. Ferrara, *La pari dignità sociale (Appunti per una ricostruzione)*, in *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, cit., pp. 1089 e ss.; P. Grossi, *La dignità*, cit., pp. 102 e ss.

<sup>35</sup> In tal senso v. la nota formulazione di C. Esposito, *La libertà di manifestazio-*

il principio sarebbe espressamente derogato dalla norma antidiscriminatoria: a parità di ambito materiale di applicazione, la specificità di quest'ultimo precetto dovrebbe determinare l'incostituzionalità delle norme penali che, come nel caso di specie, siano dirette a sanzionare individui per il particolare contenuto politico delle opinioni espresse<sup>36</sup>. Considerazioni in parte analoghe possono essere compiute in relazione alla pretesa esistenza nell'ordinamento di un diritto fondamentale alla dignità, riconosciuto dall'art. 2 Cost., di cui sarebbero titolari sia singoli individui, sia "[...] specifiche collettività di individui determinati o comunque determinabili", in quanto tali potenziali soggetti passivi del reato e possibili danneggiati in concreto dalla sua commissione<sup>37</sup>. L'ipotesi, pur suggestiva, potrebbe trovare conferma non solo dalla dinamica del caso di specie<sup>38</sup>, ma anche da quanto statuito in due risalenti pronunce dalla Corte di Cassazione, attraverso cui l'ordinamento ha offerto tutela risarcitoria agli enti esponenziali del gruppo sociale diffamato<sup>39</sup>. Permane tuttavia il dubbio sulla legittimità costituzionale della creazione da parte degli organi giurisdizionali, di un diritto il cui contenuto risulti materialmente incompatibile con l'esercizio di una libertà costituzionale<sup>40</sup>; in altri termini, anche ammesso che la dignità sociale possieda una struttura capace di ri-

*ne del pensiero nell'ordinamento italiano* (1958), in *Diritto costituzionale vivente. Capo dello Stato e altri saggi*, Milano, Giuffrè, 1992 p. 167.

<sup>36</sup> Per l'evidente analogia con la norma legislativa di cui si tratta in questa sede, v. quanto affermato da L. Paladin, *Il principio*, cit., p. 300, in relazione all'apologia di fascismo introdotta dall'art. 41. n. 645/1952, e più in generale sulla possibilità di considerare la XII disp. trans. come fondamento costituzionale di limiti impliciti alla libertà di manifestazione del pensiero: "[...] libertà ed eguaglianza delle opinioni politiche verrebbero dunque private del loro valore essenziale, se il legislatore ordinario potesse normalmente sanzionare l'espressione delle idee ritenute incompatibili con i principi e lo 'spirito' delle istituzioni democratiche". In senso in parte affine v. da ultimo A. Ambrosi, *Libertà di pensiero*, cit., p. 527.

<sup>37</sup> V. L. Picotti, *Istigazione e propaganda*, cit., p. 135.

<sup>38</sup> La seconda pronuncia della Corte di Appello di Venezia ha confermato il risarcimento già stabilito dai giudici di primo grado a favore dell'Opera nazionale nomadi e dei singoli nomadi di etnia sinta costituitisi in giudizio.

<sup>39</sup> V. C. Cass. Sez. I pen. n. 507/1985 e C. Cass. n. 65/1986 in *Giur. cost.*, Vol. I, t. II 1986, pp. 75 e ss., su cui S. Lariccia, *Due sentenze della Cassazione sul problema dell'ostilità razziale della società italiana*, ivi, pp. 86 e ss.

<sup>40</sup> Evidenzia il paradosso A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali, Parte generale*, Padova, Cedam, 2003, pp. 26-27: "[...] quando si desumono nuovi diritti dall'art. 2, [...] non si medita a sufficienza sul fatto che all'affermazione di un 'diritto' spesso consegue automaticamente l'imposizione di un corrispondente 'obbligo' a carico di un altro soggetto privato titolare anch'egli di diritti costituzionali".

flettere le proprietà giuridiche proprie del diritto soggettivo (oggetto, contenuto, facoltà, pretesa)<sup>41</sup> rimane dubbio che questi possa essere utilizzato per giustificare una limitazione legislativa alla libertà di manifestazione del pensiero.

#### **4.2. Sul mancato utilizzo del bilanciamento “categoriale”**

In ogni caso, la lettura del disposto costituzionale compiuta al fine di rinvenire possibili fondamenti costituzionali a limitazioni legislative alla libertà di manifestazione del pensiero rischia potenzialmente di legittimare qualsiasi intervento legislativo che si collochi al di fuori della semplice disciplina dell'esercizio del diritto<sup>42</sup>. In effetti, “[...] il criterio consistente nel rifarsi alle norme ed ai principi costituzionali” per ammettere compressioni al diritto di libertà in esame “[...] risulta necessario ma non sufficiente”: l'idea che “[...] i beni di rango costituzionale siano sempre e comunque opponibili alla libertà di manifestazione del pensiero [...] basterebbe [...] ad annichilire la libertà di pensiero, dato che la rete degli interessi costituzionalmente rilevanti copre una gran parte dei rapporti giuridici intrecciabili nel nostro ordinamento”<sup>43</sup>. Per evitare allora il pericolo dell'eccessiva compressione della libertà ad opera in primo luogo dal legislatore e in seconda battuta dal deferente bilanciamento caso per caso dei giudici, sembrerebbe opportuno rovesciare l'approccio ermeneutico tradizionalmente seguito in relazione all'art. 21 Cost. Il percorso interpretativo dovrebbe cioè consistere in tre fasi, la prima volta all'analisi del testo e della struttura della disposizione costituzionale disciplinante

<sup>41</sup> L'individuazione di un contenuto minimo dei nuovi diritti risulta fondamentale per distinguere pretese giuridiche da “sublimate esigenze politiche” dell'interprete. Sul punto v. A. Barbera, *‘Nuovi diritti’: attenzione ai confini*, in L. Califano (a cura di), *Corte Costituzionale e diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2004, pp. 19 e ss, con cui l'A. precisa la propria interpretazione dell'art. 2 quale norma a fattispecie aperta già formulata in *Id.*, *Articolo 2*, in *Commentario alla Costituzione italiana, Principi fondamentali*, a cura di G. Branca, Bologna, Zanichelli, 1975, pp. 50 e ss.

<sup>42</sup> La distinzione tra limitazione del contenuto e disciplina dell'esercizio del diritto, in quanto tale non sempre in grado di fugare ogni incertezza, è fatta propria dalla Corte Costituzionale nella sent. n. 168/1971. Sul punto cfr. A. Pace, *Ordine pubblico, ordine pubblico costituzionale, ordine pubblico secondo la Corte Costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1974, pp. 1777 e ss.

<sup>43</sup> Così L. Paladin, *Libertà di pensiero e libertà di informazione: le problematiche attuali*, in *Quad. Cost.* 1/1987, rispettivamente p. 6 e p. 11.

la libertà costituzionale, la seconda diretta all'analisi del caso generico (cioè della fattispecie legislativa così come applicata alla realtà fattuale)<sup>44</sup>, e infine la verifica sull'eventuale contrasto tra interesse costituzionale sotteso alla libertà di manifestazione del pensiero e intervento limitativo così come applicato al caso di specie<sup>45</sup>. L'obiettivo, in ultima analisi, sarebbe quello di creare una direttiva ermeneutica avente carattere normativo, "[...] in modo tale che sia possibile precisare a quali limiti può essere soggetta la manifestazione del pensiero e a quali limiti è costituzionalmente inammissibile sia soggetta"<sup>46</sup>.

Questo processo interpretativo dovrebbe sfociare nell'enunciazione di regole definitorie, volte a guidare l'interprete nell'attribuzione di senso alla libertà costituzionale e nell'adozione di soluzione per i casi individuali (o concreti)<sup>47</sup>, eventualmente eliminando l'antigiuridicità del fatto di reato (e rendendo così inefficace il disposto legislativo) attraverso l'applicazione della scriminante di cui all'art. 51 c.p. In definitiva, si avrebbe un approccio per certi versi simile a quanto compie la Corte di Cassazione in quella forma di bilanciamento diretto a determinare i confini delle scriminanti del diritto di critica, del diritto di cronaca, del diritto di satira<sup>48</sup>. Se così è, a parte un veloce riferimento nella prima pronuncia di legittimità sulla necessità di collocare l'espressione nel contesto politico di riferimento<sup>49</sup>, stupisce

<sup>44</sup> In sede di teoria generale il caso generico è stato definito in relazione ad "[...] ogni sottoclasse (o sottoinsieme) definita da una proprietà e, altresì, la proprietà definitoria della sottoclasse". Così C.E. Alchourron, E. Bulygin, *Sistemi normativi. Introduzione alla metodologia della scienza giuridica*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 33.

<sup>45</sup> Questo processo interpretativo in parte della dottrina e nella giurisprudenza nord-americana è strumentale all'affermazione della primazia del *First Amendment*: cfr. per tutti R.C. Post, *Recuperating First Amendment Doctrine*, in *Stan. L. Rev.*, 47/1995, pp. 1249.

<sup>46</sup> Così S. Fois, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, Giuffrè, 1957, p. 37, che però circoscrive la precettività dell'art. 21 alle sole materie privilegiate (politica, religione, arte). Un differente approccio interpretativo è auspicato anche da G. Bognetti, *Apologia di delitto*, cit., p. 58, nt. 67.

<sup>47</sup> Per caso individuale devono intendersi "[...] le situazioni o gli accadimenti che si producono in una determinata occasione (localizzazione spazio-temporale) e che presentano la proprietà che definisce l'Universo di Discorso". Così C.E. Alchourron, E. Bulygin, *Sistemi*, cit., p. 32.

<sup>48</sup> Sul punto cfr. A. Tesaro, *Il bilanciamento nella struttura della diffamazione tra teoria del reato e teoria dell'argomentazione giudiziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 4/2004, pp. 1083 e ss., che pure ritiene questo tipo di bilanciamento effettuato dai giudici di legittimità strumentale alla determinazione del profilo tipico del reato, non già in una prospettiva di risistemazione concettuale della libertà costituzionale.

<sup>49</sup> Cfr. C. Cass. 13234/2008 "[...] Il pregiudizio razziale può configurare la di-

come l'autorità giurisdizionale non abbia mai fatto riferimento alle categorie di diritti con cui gli organi giurisdizionali sono soliti concretizzare la libertà di manifestazione del pensiero.

## 5. La possibile re-interpretazione della disciplina del discorso razzista

La creazione e conseguente applicazione da parte dei giudici di categorie giuridiche volte a specificare la libertà costituzionale e a rendere inefficace la disposizione legislativa, pur avendo il pregio di restituire precettività alla norma costituzionale, non riuscirebbe tuttavia a riconoscere effetto normativo alle pronunce giurisdizionali che, risentendo del tipo di struttura ordinamentale, resterebbero comunque rideterminabili dalle oscillazioni del caso concreto<sup>50</sup>. Risulta forse necessario un coinvolgimento della Corte costituzionale, che potrebbe quantomeno (in mancanza di una caducatoria *tout court*) estendere alla propaganda di idee razziste quanto già stabilito nella sent. n. 108/1974<sup>51</sup>; in quella pronuncia la Corte, attraverso una sentenza additiva, stabilì che l'istigazione all'odio tra le classi sociali potesse essere sanzionata solo qualora fosse perpetrata con modalità pericolose per la tranquillità pubblica, in tal modo conferendo maggiore concretezza alla fattispecie di pericolo presunto prevista dall'art. 415

scriminazione punibile allorché contiene affermazioni categoriche, non corrispondenti al vero. Tuttavia in una competizione politica particolarmente accesa (quello della sicurezza dei cittadini è tema che crea spesso forti tensioni emotive specialmente quando viene in risalto a seguito di gravi fatti criminosi) non si può dal contesto di un discorso estrapolare una frase poco opportuna per attribuire all'autore idee razziste senza esaminare il contesto nel quale tale frase è stata pronunciata e senza la valutazione degli elementi indicati a discolpa dall'autore della frase. "Sul punto cfr. anche C. Visconti, *Aspetti penalistici*, cit., p. 148: secondo l'Autore, il rilievo che la Cassazione pone al contesto politico del caso di specie "[...] pare [...] evocare l'accertamento di un *quid* tecnicamente non definibile – a cavaliere tra la causa di giustificazione, l'elemento soggettivo, il movente o la scusante – che forse lascia trapelare l'esigenza avvertita dai giudici di legittimità di tenere maggiormente in conto la specifica connessione tra le condotte espressive incriminate e il dibattito politico".

<sup>50</sup> Il riconoscimento nella legge sull'ordinamento giudiziario (art. 65 R.D. n. 12/1941) della funzione nomofilattica della Corte di Cassazione consente l'applicazione uniforme dei *dicta* dei giudici di legittimità da parte della giurisdizioni inferiori, ma non consente di vincolare la Suprema Corte ai suoi precedenti.

<sup>51</sup> Sulla pronuncia v. G. Boggetti, *Il pericolo nell'istigazione all'odio di classe e nei reati contro l'ordine pubblico*, in *Giur. cost.*, 1974, pp. 776 e ss.



c.p. In effetti, in un'ipotesi di tal genere, la Corte potrebbe utilizzare un argomento dissociativo<sup>52</sup> “[...] allo scopo di correggere un bilanciamento legislativo viziato da “sovrainclusione” di casi generici [...] attraverso la creazione di un’opportuna ‘regola differenziatrice’ basata sulla generalizzazione di [...] proprietà rilevanti” della norma che si assume viziata”<sup>53</sup>. In particolare, l’utilizzo di una sentenza additiva conferirebbe alla regola definitoria una maggior efficacia normativa, simile agli effetti che in via di fatto si instaurano nel sistema nord-americano. Inoltre, una pronuncia di tal genere delegherebbe comunque all’opera del giudice ordinario, più vicino alla dinamica del caso, la valutazione in concreto della rispondenza degli elementi di fatto all’ipotesi di diritto<sup>54</sup>. Infine, attraverso la riformulazione della disposizione legislativa, la Corte contribuirebbe a rideterminare il bene giuridico tutelato dalla fattispecie: non più un astratto ed eccessivamente pervasivo principio di dignità umana<sup>55</sup>, quanto un interesse coincidente con la sicurezza intesa in senso oggettivo (o ordine pubblico in senso materiale), maggiormente verificabile in via empirica<sup>56</sup>.

<sup>52</sup> Sulla tecnica della dissociazione propria dell’argomentazione retorica e quindi in senso lato produttiva di effetti giuridici, v. R. Guastini, *L’interpretazione*, cit., p. 164, nonché A. Tesauro, *Il bilanciamento degli interessi tra legislatore penale e Corte Costituzionale: spunti per un’analisi metagiurisprudenziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2009, p. 147. Secondo tale Autore, l’argomentazione dissociativa “[...] si fonda [...] su un ‘giudizio di differenza’ tra fattispecie astratte tramite il quale l’interprete costituzionale – per rimanere nell’emisfero penalistico – incorpora una sottoclasse di comportamenti punibili dall’ambito di applicazione di una *norma generale inclusiva* e cioè, per un verso, introduce nell’antecedente della norma un’eccezione implicita a cui il legislatore ordinario non ha pensato affatto (o che ha deliberatamente escluso); per altro verso, arricchisce la lista dei presupposti richiesti dalla fattispecie incriminatrice”.

<sup>53</sup> In tal senso v. A. Tesauro, *Il bilanciamento degli interessi*, cit., p. 149.

<sup>54</sup> Sulla delega di bilanciamento compiuto dalla Corte costituzionale ai giudici ordinari e amministrativi cfr. R. Bin, *Diritti e Argomenti*, cit., pp. 120 e ss.; A. Morrone, *Bilanciamento*, cit., p. 197.

<sup>55</sup> Il rischio che la dignità umana, intesa quale meta-principio capace di compriamere ogni situazione soggettiva, costituisca una versione edulcorata dell’ordine pubblico in senso ideale è evidenziato, in relazione alla giurisprudenza della Corte Edu, da M. Manetti, *L’incitamento dell’odio razziale tra realizzazione dell’egualianza e difesa dello Stato*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, Vol. II, Torino, Giappichelli, 2005, p. 526.

<sup>56</sup> Sulle diverse accezioni di sicurezza e ordine pubblico v. da ultimo T.F. Giupponi, *Le dimensioni costituzionali della sicurezza pubblica*, Bologna, Libreria Bonoma, 2010.



La limatura degli effetti più vistosamente incostituzionali, nonché la riconduzione della fattispecie ai delitti contro l'ordine pubblico, avrebbe poi l'ulteriore pregio di portare ad una risistemazione concettuale della disciplina italiana del discorso razzista. In effetti, il diritto all'onore dell'individuo, così come ricavabile dalla pari dignità sociale *ex art. 3.1* o dall'interpretazione dell'*art. 2* come norma a fattispecie aperta, e declinato nella dimensione comunitarista in relazione all'appartenenza individuale ad un determinato gruppo sociale, trova già protezione dal disposto degli artt. 594 (ingiuria)/595 (diffamazione) c.p. e 3.1 l. n. 205/1993<sup>57</sup>. Tali fattispecie, così come aggravate dalla norma speciale, appaiono comunque più proporzionate rispetto alla limitazione della libertà di manifestazione del pensiero, sia perché delineano reati di danno, sia perché concorrono a tutelare un bene giuridico di rango costituzionale che da tempo la Corte costituzionale ha considerato meritevole di protezione<sup>58</sup>.

<sup>57</sup> La disposizione menzionata prevede una circostanza aggravante ad effetto speciale qualora l'ipotesi delittuosa sia commessa [...] per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso, ovvero al fine di agevolare l'attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che hanno tra i loro scopi le medesime finalità<sup>57</sup>. Questa è la soluzione prescelta negli Stati Uniti, ove si è optato per una possibile incriminazione degli insulti individuali di stampo razzista (cd. *fighting words*), ma non per una regolazione del discorso politico di tipo razzista, le cui limitazioni sono invece soggette a uno *strict scrutiny* e quindi ritenute presuntivamente incostituzionali. Sulle differenze tra Europa e Stati Uniti in ordine alle discipline di criminalizzazione delle espressioni estreme, anche in chiave di differenti politiche di riconoscimento, v. R.C. Post, *Hate speech*, in questo Volume, nonché L. Scaffardi, *Oltre i confini*, cit., pp. 107 e ss. e E. Stradella, *La libertà di espressione politico-simbolica e suoi limiti: tra teorie e prassi*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 392 e ss.

<sup>58</sup> Si segnala, inoltre, la particolare disciplina delle espressioni razziste diffuse in via radiotelevisiva. In tal senso, non sembra porre particolari dubbi di costituzionalità l'ipotesi prevista dall'*art. 4.1 lett. b)*, d.lgs. n. 177/2005 (di cui permane dubbia sia la natura giuridica che la tipologia di sanzione), che vieta le “[...] trasmissioni che contengono [...] incitamenti all'odio comunque motivato o che inducono ad atteggiamenti di intolleranza basati su differenze di razza, sesso, religione, o nazionalità”. È vero che la Corte costituzionale, fin dalla sent. n. 225/1974 ha disposto che la regolazione dello strumento radiotelevisivo deve essere improntato alla “[...] più ampia apertura a tutte le correnti culturali, [tramite una] imparziale rappresentazione delle idee che si esprimono nella società”(C. cost. sent. n. 225/1974); eppure l'attuale utilizzo di uno strumento di natura pubblica, quale è l'etere, per la diffusione radiotelevisiva, nonché la mancata disciplina costituzionale del mezzo di diffusione (come invece avviene per la riunione, che l'*art. 17 Cost.* eleva a diritto costituzionale) sembra comunque garantire allo Stato una maggiore discrezionalità nell'ambito dell'esercizio istituzionale della sua potestà regolativa.

# L'hate speech nella più recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo

PALMINA TANZARELLA

*Sommario:* 1. Introduzione. 2. L'art. 10 della Cedu e il limite dell'hate speech. 3. Confini più ristretti alla manifestazione del pensiero? Il caso *Feret*.

## 1. Introduzione

Il discorso d'odio razziale è tornato prepotentemente al centro del dibattito giuridico nel nostro ordinamento. Proprio di recente si è conclusa la nota vicenda Tosi, la quale ha offerto una preziosa occasione per riflettere ancora una volta sulla delimitazione dei confini entro cui è lecito consentire la divulgazione di idee espresse con toni esecrabili. Il cuore del problema risiede nella punibilità dell'hate speech, da sempre oggetto di vivaci discussioni dottrinali circa la sua compatibilità con alcuni principi capisaldi sanciti in Costituzione, in primo luogo quello della libera manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.)<sup>1</sup>. Come accade per gli altri reati d'opinione, anche il discorso d'odio stenta a trovare una precisa collocazione tra le possibili deroghe al diritto di espressione, dividendo sul punto gli studiosi. Ispirandosi alle tesi *liberal* di stampo anglosassone, la posizione maggioritaria espressa dalla dottrina italiana si schiera nettamente a sfavore dell'individuazione di limiti all'art. 21<sup>2</sup>. Al contrario, vi sono coloro i quali giustificano l'applicazione del reato indicando due diverse ipotesi:

<sup>1</sup> Sul punto cfr. C. Caruso, *Dialettica della libertà di espressione: il caso "Tosi" e la propaganda di idee razziste*, in questo Volume.

<sup>2</sup> Per tutti P. Caretti, *Freedom of thought and instigation of hatred in the Italian legal order*, in *Italian National reports to the XVIth International congress of comparative law*, Brisbane, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 625-645.

da un lato l'individuazione di un limite logico, dall'altro di un limite implicito. Secondo la prima tesi, il discorso d'odio può essere punito poiché il pensiero non rimarrebbe tale ma si concretizzerebbe in un principio d'azione violenta, esulando in tal modo dalla libertà di opinione<sup>3</sup>; secondo la teoria del limite implicito, invece, la libertà d'espressione conterrebbe già dei limiti atti a tutelare altri diritti individuali, come riservatezza, reputazione e onore, o ancora per salvaguardare l'ordine pubblico e la dignità umana<sup>4</sup>. Questa è per sommi capi la posizione della dottrina. Il legislatore dal canto suo, sin dall'approvazione della cosiddetta legge Reale n. 654/1975, la quale ratificava la Convenzione di New York sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione<sup>5</sup>, non ha mai messo in agenda la derubricazione del reato in oggetto, nonostante le successive modifiche alla legge abbiano in qualche modo specificato meglio il suo ambito di applicazione, attenuando in parte la misura delle pene previste<sup>6</sup>. Quanto invece all'applicazione giurisprudenziale di tale normativa, fa specie notare come nessun giudice ordinario si sia posto il problema di sollevare questione di costituzionalità davanti alla Corte costituzionale, risolvendo i casi di *hate speech* facendo un uso copioso dell'interpretazione adeguatrice<sup>7</sup>. Ciò non senza provocare oscillazioni giuri-

<sup>3</sup> Molti autori hanno tuttavia escluso questa possibilità. Alessandro Pace ad es. rileva che i limiti logici all'art. 21 varrebbero se solo si considerasse la libertà d'espressione come assoluta, "imponendo agli interpreti di ricercare limiti logici ad un altrimenti illimitata libertà, come nel caso del I emendamento statunitense". V. A. Pace, in *Commentario della Costituzione*, sub art. 21, Bologna-Roma, Zanichelli, 2006, pp. 48-56.

<sup>4</sup> La stessa Corte costituzionale con la sua prima sentenza n. 1 del 1956 aveva asserito che "il concetto di limite è insito nel concetto stesso di diritto e che nell'ambito dell'ordinamento le varie sfere giuridiche devono di necessità limitarsi reciprocamente, perché possano coesistere nell'ordinata convivenza civile". Ma se la teoria del limite implicito non trova opposizione per soddisfare l'esigenza di tutelare il singolo, più controversa è invece la questione dei possibili limiti a opinioni che solo in astratto possono minare l'incolumità fisica e morale di interi gruppi con frasi discriminatorie.

<sup>5</sup> Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, aperta alla firma a New York il 7 marzo 1966.

<sup>6</sup> La legge è stata rivista una prima volta con l'approvazione della cd. Legge Mancino n. 205 del 1993 e poi nel 2006 con la legge di riforma di tutti i reati di opinione n. 85.

<sup>7</sup> Cfr. E. Lamarque, *I reati d'opinione*, in M. Cuniberti, E. Lamarque, B. Tonoletti, G.E. Vigevani, M.P. Viviani Schlein, *Percorsi di diritto dell'informazione*, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 135-155. L'A. mette in evidenza come sia

sprudenziali<sup>8</sup> che mal si conciliano con l'esigenza della certezza del diritto, principio fondante degli ordinamenti di *civil law*.

È con il caso Tosi che sembra si sia finalmente trovata la “chiave costituzionale” per conciliare il reato di *hate speech* con la libera manifestazione del pensiero, ricorrendo alla tecnica del bilanciamento di valori costituzionali meritevoli di uno stesso livello di tutela. In quest'ottica l'art. 21 Cost. cederebbe il passo agli articoli 2 e 3 Cost., ovvero sarebbe recessivo di fronte alla necessità di tutelare la dignità umana e sociale che certe manifestazioni di opinioni lederebbero. Tale interpretazione è affermata in modo talmente persuasivo in tutti e tre i gradi di giudizio del caso Tosi<sup>9</sup> tanto che appare abbastanza improbabile, in futuro, il consolidamento di un diverso orientamento dei giudici.

Seguendo questa strada la questione pare dunque definitivamente risolta; tuttavia, se ci si addentra in profondità negli angusti vicoli che da questa si diramano, s'incontrano subito le prime difficoltà legate soprattutto alla poliedricità che è propria del concetto di dignità. Il richiamo a tale principio potrebbe rivelarsi col tempo un'arma spuntata. Se è vero che la via prescelta dai giudici ordinari permette di garantire il rispetto dell'identità di gruppi minoritari, è altrettanto vero che essi stessi, ma soprattutto il potere politico, possano attribuire al valore dignità un univoco significato, riempendolo così di contenuti imposti “dall'alto”, a livello istituzionale, con la conseguenza di vincolare la libertà d'espressione al rispetto di una sorta di ordine pubblico ideale<sup>10</sup>. In linea con la dottrina americana del *clear and present danger*<sup>11</sup>, è indiscusso che la punibilità della libertà di pensiero

stata la stessa Corte costituzionale a invitare i giudici comuni a utilizzare la tecnica dell'interpretazione conforme.

<sup>8</sup> Se si vuole sul punto cfr. P. Tanzarella, *Il discorso d'odio razziale. Le tappe legislative e giurisprudenziali di un discutibile reato costituzionalmente protetto*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 4/2010, pp. 50-70.

<sup>9</sup> Cfr. le sentenze: Tribunale di Verona, del 2 dicembre 2004, n. 2203; Corte d'Appello di Venezia, del 30 gennaio 2007; Cass. Pen., Sez. III, del 13 dicembre 2007, n. 13234; Corte d'Appello di Venezia, del 20 ottobre 2008; Cass. Pen., sez. IV, del 30 ottobre 2009, n. 41819.

<sup>10</sup> Così A. Ambrosi, *Libertà di pensiero e manifestazione di opinioni razziste e xenofobe*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2008, pp. 526-529. Il bilanciamento con la dignità umana è invece visto con favore da L. Scaffardi, *Oltre i confini della libertà di espressione. L'istigazione all'odio razziale*, Padova, Cedam, 2009.

<sup>11</sup> Cfr. in questo stesso volume E. Stradella, *Odio razziale e libera manifestazione del pensiero negli Stati Uniti*; v. altresì L. Scaffardi, *Oltre i confini della libertà di espressione*, cit., pp. 107-137; A. Pizzorusso, *The constitutional treatment of hate*

possa legittimamente rappresentare una pena accessoria a situazioni che diano origine a disordini sociali. Il limite dell'ordine pubblico potrebbe infatti rappresentare un valido contraltare alla libera manifestazione del pensiero, ma relativamente a quei casi in cui si profila un pericolo reale. Cionondimeno la dottrina maggioritaria ha sempre guardato con sospetto l'applicazione di tale limite, segnalando con preoccupazione la confusione che si originerebbe tra ordine pubblico e ordine legale, l'uno legato a una sfera materiale, l'altro a una sfera ideale. Nel primo caso il limite agirebbe a tutela di concreti disordini che minacciano la convivenza tra gruppi; al contrario, nel secondo caso opererebbe a difesa di una presunta etica di Stato, divenendo così il grimaldello per restringere oltre misura o addirittura per negare totalmente la libertà di espressione<sup>12</sup>.

Eppure, tenendo conto della *ratio* della legge Reale, imposta a livello internazionale per prendere le distanze con quanto era accaduto alla vigilia della seconda guerra, risulta difficile immaginare che l'ordinamento possa metterla in discussione. Al contrario, la giurisprudenza dimostra come la sua applicazione, seppur poco frequente, si rende a volte necessaria, in un'ottica in cui il diritto assolve alla precisa funzione di "educare" la società civile alla tolleranza verso i gruppi minoritari. E quali cittadini avrebbero più bisogno di altri di essere "educati", se non gli uomini pubblici? Ciò per una ragione molto semplice: evitare che si strumentalizzi il potere da loro esercitato per fuorviare le masse incitandole ad assumere atteggiamenti discriminatori. È proprio in questa prospettiva che forse si giustifica la condanna all'attuale sindaco di Verona Flavio Tosi, come quella

---

*speech*, General report in *Italian National reports to the XVIth International congress of comparative law*, cit.

<sup>12</sup> In questo senso P. Barile, *La libertà d'espressione del pensiero e le notizie "false, esagerate e tendenziose"*, in *Foro it.*, 1962, 860. In generale l'Autore mette in guardia dal pericolo di porre nelle mani dei giudici un elevato grado di discrezionalità che affievolirebbe ad interessi i diritti soggettivi costituzionali, con una totale eversione dei principi generali sulla rigidità della Costituzione e sulle riserve di legge e giurisdizione. La lettura degli articoli costituzionali in cui s'individua il limite dell'ordine pubblico porta in questa direzione. Più in generale può sostenersi che la Costituzione ha inteso tutelare l'idea di stato materiale e non ideale di pace. La lettura di articoli come il 14 o il 15 non possono non condurre a questa interpretazione in quanto individuano limiti a tutela dell'incolumità, della sicurezza e della salute pubblica in un'accezione "materiale".

comminata all'ex sindaco di Treviso Giancarlo Gentilini<sup>13</sup>. Al di là della sconveniente propaganda da questi realizzata, non sembra che ai giudici sia sfuggito l'importante dettaglio della carica pubblica da questi rivestita. Nella sentenza Gentilini il Gip è esplicito sul punto, sostenendo che: "il tono, l'impostazione oratoria, la tecnica dimostrativa e la perorazione sono espressioni sì di passione politica, volta peraltro, nell'occasione, a scatenare la passione della folla, la condivisione delle idee marcatamente discriminatorie, l'estensione del consenso a questo programma di sostanziale pulizia etnica, razziale e religiosa. [...] Il contesto è quello di un grande raduno politico, davanti ad una folla plaudente, coesa, adesiva e pertanto suggestionabile, pronta all'accoglienza di un siffatto verbo non certo in metafora ma in concretezza e consequenzialità".

In una giurisprudenza che si costruisce caso per caso, come del resto accade per tutti gli altri reati ascritti alla ampia categoria di quelli di opinione, pare possa essere preso come riferimento per risolvere in concreto i casi di *hate speech* il criterio soggettivo, che considera più "il chi" che "il cosa" offende e discrimina; un metro di giudizio che si pone in via primaria la finalità di contemperare l'esigenza di rispettare la dignità di gruppi emarginati con il pericolo di criminalizzare la parola anche quando non risulti così necessario.

È questa una giustificazione giuridica all'applicazione del reato di propaganda razziale evidentemente innovativa nel panorama giuridico italiano ma che a ben vedere non rimane isolata. Che sia frutto di una mera coincidenza oppure la risultante di un comune modo di attribuire e arricchire di significato e di limiti i diritti fondamentali non è dato al momento saperlo, ma anche la Corte europea dei diritti dell'uomo, nella sua più recente giurisprudenza sul tema, dimostra come si sia instradata nella stessa direzione dei giudici comuni italiani. Poiché le sentenze di Strasburgo assumono oggi un particolare significato in quanto considerate, se del caso, parametro di costituzionalità dalla Corte italiana in base all'interpretazione data al primo comma dell'art. 117 Cost.<sup>14</sup>, mi sembra opportuno fare il punto in queste pagine sulla posizione europea rispetto al discorso d'odio come limite plausibile alla tutela della manifestazione del pensiero,

<sup>13</sup> Tribunale di Venezia, sez. Gip del 26 ottobre 2009. In particolare il Sindaco Gentilini viene accusato di istigazione all'odio razziale per aver invitato durante un comizio a fare pulizia etnica degli extracomunitari.

<sup>14</sup> Cfr. in particolare le sentenze costituzionali definite gemelle dalla dottrina, n. 348 e n. 349 del 2007.

focalizzandomi in particolare su un recentissimo caso che è destinato a creare un precedente di non poco conto.

## 2. L'art. 10 della Cedu e il limite dell'*hate speech*

La giurisprudenza di Strasburgo sull'art. 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo sulla libertà di espressione è davvero copiosa. Cionondimeno, risulta possibile raggrupparla in diversi filoni che consentono di individuare i principi a cui la Corte si ispira per garantirne il massimo livello di tutela, sforzandosi di tener conto allo stesso tempo dell'esigenze ordinamentali dei paesi membri aderenti. A tale scopo i giudici europei seguono un attento procedimento che porta a suddividere il giudizio in tre fasi: dapprima viene accertato che la restrizione sia legittima per legge, in secondo luogo che persegua un fine legittimo e infine che sia necessaria per assolvere allo scopo che l'ordinamento interno si prefigge. Tale tecnica di giudizio, insieme con l'interpretazione dei limiti espliciti previsti nell'art. 10<sup>15</sup>, consente alla Corte di sistematizzare gli innumerevoli ricorsi proposti a seconda delle diverse fattispecie che originano dal ceppo di tale disposizione, potendo così individuare i precedenti giurisprudenziali a cui far riferimento<sup>16</sup>. Per quanto attiene al discorso d'odio, questo è prevalentemente trattato a livello europeo in due specifici ambiti, l'uno che vede protagonista la Turchia e il movimento separatista

<sup>15</sup> La disposizione in esame, a differenza del corrispettivo articolo costituzionale italiano, prevede un accurato elenco di limiti espliciti il cui significato è stato accuratamente arricchito dalla giurisprudenza della Corte europea. Il comma 2 dell'art. 10 dispone infatti che: "L'esercizio di questa libertà, poiché comporta doveri e responsabilità, può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, per la sicurezza nazionale, per l'integrità territoriale o per la pubblica sicurezza, per la difesa dell'ordine e per la prevenzione dei reati, per la protezione della salute o della morale, per la protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario".

<sup>16</sup> Invero, la tecnica del precedente non è molto invalsa nella giurisprudenza di Strasburgo poiché quello Cedu è per definizione giudice del caso concreto che decide a seconda delle circostanze e soprattutto del paese contro cui si propone il ricorso. Non a caso la stessa Corte, per risolvere le questioni, ha elaborato la dottrina del margine di apprezzamento. Si deve ricordare che il totale dei paesi aderenti alla Convenzione sono ormai 47, tutti con tradizioni storico giuridiche molto diverse tra loro tali da non consentire l'applicazione uniforme dei diritti convenzionali.

curdo, l'altro che comprende i casi di revisionismo storico. Tuttavia, sia l'uno che l'altro esulerebbero dalla presente trattazione in quanto troppo peculiari rispetto all'approccio con cui si vuole in questa sede affrontare l'argomento. Nel primo caso risulta infatti difficile stabilire un principio generale, perché legato a una situazione politica singolare come quella turca che costringe la Corte a dare una risposta specifica al crescente numero di ricorsi seriali. Quanto ai ricorsi sul revisionismo storico, già con le prime pronunce sia la Commissione sia la Corte hanno puntualizzato che questi non ricadano sotto la tutela dell'art. 10 Cedu bensì dell'art. 17 che disciplina l'abuso di diritto, ovvero l'ipotesi che gli Stati membri invochino qualche libertà convenzionale come scudo per affermare valori che in sostanza minacciano la tenuta democratica degli ordinamenti<sup>17</sup>.

A mio parere risulta invece interessante valutare quella giurisprudenza, seppur non numerosa, sull'*hate speech* con cui si può costruire un parallelo con i numerosi casi di diritto di cronaca e critica. L'analisi delle pronunce relative a quest'ultimo ambito porta a sostenere che, con molta probabilità, di fronte a casi in cui giornalisti di professione diffondano notizie lesive della reputazione o l'onore altrui, la Corte risponde condannando lo Stato per aver limitato la libertà d'espressione dei ricorrenti, e ciò qualora l'argomento oggetto di critica risulti fondamentale per sensibilizzare l'opinione pubblica. Ampia tutela è assicurata inoltre ai ricorrenti uomini politici che per alimentare il dibattito utilizzano un linguaggio duro o a volte inopportuno. Infatti, dalla sentenza *Handyside* in poi, la Corte non fa che ribadire ripetutamente che la libertà di espressione va tutelata anche quando vengono pronunciate frasi scomode che urtano, disturbano o scioccano i destinatari, soprattutto se il loro contenuto riveste un'importanza tale da rendere necessaria la divulgazione della notizia<sup>18</sup>. Se questo è l'atteggiamento che in linea di massima Strasburgo riserva all'applicazione dell'art. 10 in termini di diritto di critica, sia essa giornalistica sia essa politica, c'è da domandarsi se anche di fronte

<sup>17</sup> Tra le più significative sentenze Cedu sul tema si v. *Garaudy c. Francia* del 24 giugno 2003. Nello specifico l'art. 17 della Convenzione recita: "Nessuna disposizione della presente Convenzione può essere interpretata come implicante il diritto per uno Stato, un gruppo o un individuo di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione o porre a questi diritti e a queste libertà limitazioni più ampie di quelle previste in detta Convenzione".

<sup>18</sup> *Handyside c. Regno Unito* del 7 dicembre 1976, § 49.

ai casi di discorso d'odio razziale la giurisprudenza accolga la stessa identica impostazione. La lettura di un recente caso chiave sul tema, *Feret c. Belgio* del 2009<sup>19</sup>, mostra risultati interessanti ma del tutto inaspettati.

### **3. Confini più ristretti alla manifestazione del pensiero? Il caso *Feret***

Quando si è presentata l'occasione, la Corte non ha evitato di mostrare il proprio favore per la lotta giuridica alla discriminazione razziale. Ciononostante essa in passato si è limitata a sostenere questa posizione solo in termini di principio generale. È con la recente sentenza *Feret* che ha per la prima volta esplicitato in concreto il suo orientamento. Si è già ribadito come Strasburgo sottoponga a uno stretto scrutinio qualunque limitazione alla libertà di espressione, purché le notizie diffuse appaiano meritevoli di essere divulgate. Questa interpretazione è stata sostenuta dalla Corte anche in un caso di *hate speech*, *Jersild c. Danimarca* del 1994<sup>20</sup>, ormai datato ma significativo per evidenziare l'evoluzione giurisprudenziale sul tema. I fatti traevano origine dalla condanna di un giornalista per la messa in onda di una trasmissione radiotelevisiva in cui erano stati intervistati alcuni membri del gruppo *Greenjackets*, i quali non nascondevano le loro inclinazioni razziste contro immigrati e gruppi etnici anzi, ne facevano il baluardo della loro vita in comunità. Il caso è certamente peculiare in quanto incentrato non sulle opinioni espresse dagli intervistati ma sull'eventuale corresponsabilità del giornalista ricorrente per aver dato voce alle posizioni estreme proferite con un linguaggio indubbiamente violento. La Corte condanna la Danimarca per aver sanzionato il giornalista, ritenendo che Jersild avesse, in modo professionalmente ineccepibile, preparato una trasmissione che aveva ad oggetto un tema talmente scottante da non poter essere ignorato dal grande pubblico. Ma vi è di più, secondo i giudici non è da sottovalutare il modo in cui il ricorrente aveva posto le domande, lasciando trasparire una certa presa di distanza da quanto sostenuto dai *Greenjackets*.

<sup>19</sup> *Feret c. Belgio*, del 16 luglio 2009.

<sup>20</sup> *Jersild c. Danimarca*, del 23 settembre 1994.

Messa in questi termini l'esito della sentenza non stupisce lo studioso conoscitore della giurisprudenza della Corte sul tema, apparendo anzi come l'ulteriore conferma circa l'importanza che assume a livello europeo non solo il diritto di informare ma soprattutto quello ad essere informati. Il dato che però mi preme qui sottolineare è un altro e fornisce qualche spunto per riflettere sulla posizione di Strasburgo in merito alla funzione che la libertà di espressione riveste in un ordinamento democratico. Dalla sentenza pare che la Corte voglia sottolineare il ruolo didattico o terapeutico dell'informazione, principio cardine imprescindibile senza il quale nessuna democrazia si potrebbe ritenere matura<sup>21</sup>. Apparirebbe inconcepibile allora derogare a questo valore perché solo la diffusione e la circolazione di tutte le idee, anche le più riprovevoli, consentirebbe all'opinione pubblica di prendere criticamente le distanze da certe posizioni, condannandole civilmente senza la necessità di ricorrere a coercizioni stabilite da leggi penali.

Se questa sembrava la strada intrapresa, un cambiamento di rotta si è registrato con la già citata sentenza *Feret*. È pur vero che la giurisprudenza europea è definita "del caso concreto", in quanto fortemente condizionata dal contesto in cui la vicenda si sviluppa, tuttavia questa decisione pare affermare un nuovo principio di carattere generale, non più basato su quell'asserito valore educativo della libertà di espressione, a cui si è fatto cenno, ma che al contrario vede l'esigenza di bilanciare tale diritto con la tutela dell'onore di interi gruppi etnici. Il ricorrente è il Presidente del partito politico belga *Front National* il quale, durante una campagna elettorale, oltre a comizi dai toni efferati, aveva fatto distribuire degli stampati in cui si illustrava con veemenza il programma di Governo incentrato sull'opposizione all'islamizzazione del Belgio. Questo prevedeva, tra i diversi punti, il rimpatrio forzato degli immigrati e la concessione dell'asilo politico ai soli cittadini europei. I giudici interni lo condannano quindi a scontare una pena detentiva di dieci mesi, a svolgere attività di volontariato per un totale di 250 ore in un centro per l'integrazione di stranieri migranti, e all'interdizione dall'elettorato passivo per sei anni. Strasburgo dà ragione allo Stato, non riscontrando quindi la violazione dell'art. 10 Cedu.

<sup>21</sup> Dello stesso avviso P. Caretti, *Freedom of thought and instigation of hatred in the Italian legal order*, cit.

La decisione appare assolutamente in controtendenza rispetto alla giurisprudenza costante almeno per tre aspetti: innanzitutto la Corte pare sorvolare sulla sanzione penale comminata a livello interno, atteggiamento inconsueto visto che generalmente in casi simili, anche qualora ritenga plausibile la limitazione all'art. 10 perché persegue un fine legittimo, condanna comunque lo Stato per la sproporzionalità della pena<sup>22</sup>. In secondo luogo si mette in discussione la posizione di riguardo che da sempre Strasburgo attribuisce a politici e giornalisti affinché entrambe le categorie possano esprimere qualunque dissenso di carattere politico, economico e sociale senza correre il rischio di essere "imbavagliati" – e ciò non per garantire un personale privilegio a questi soggetti ma per permettere ai cittadini di venire a conoscenza di fatti importanti che riguardano i poteri statali. Infine, la libertà di manifestazione del pensiero da valore didattico/terapeutico che agevola la forma democratica degli Stati diventa principio derogabile perché al contrario ne costituirebbe una minaccia<sup>23</sup>. Come per le vicende italiane Tosi e Gentilini e anzi, in modo ancora più esplicito, anche Strasburgo fonda le proprie motivazioni di condanna non tanto sul contenuto delle espressioni quanto sul tipo di soggetto che le ha espresse. Afferma la Corte che "durante la campagna elettorale gli uomini politici, anche se godrebbero di una larga tutela della libertà d'espressione allo scopo di convincere i propri elettori, per quanto riguarda il discorso razzista e xenofobo un tale contesto contribuisce a fomentare odio e intolleranza"<sup>24</sup>. In definitiva i giudici si preoccupano dell'impatto dannoso che certi discorsi potrebbero avere sulla comunità, contrariamente alle finalità che uno Stato democratico si prefigge, ovvero la tutela di una sana convivenza civile. Non è la prima volta che la Corte europea si esprime in questi termini, e infatti anche in alcuni importanti casi turchi essa si è trovata a limitare l'applicazione dell'art. 10 in forza del ruolo politico di chi esprime opinioni odiose<sup>25</sup>. Ma per la Turchia, come già ribadito, l'instabilità del paese ha convinto i giudici a intervenire per salvaguardare un ordinamento che si autoqualifica costituzionalmente di democrazia protetta. Ci si chiede se anche in paesi occidentali in cui il processo democratico

<sup>22</sup> Nella giurisprudenza di Strasburgo la sanzione penale si giustifica in casi estremi in quanto considerata un'arma di ricatto nelle mani dei poteri pubblici che in questo modo scoraggerebbero la manifestazione di opinioni dissidenti.

<sup>23</sup> Feret c. Belgio, cit., § 45.

<sup>24</sup> Ivi, § 48.

<sup>25</sup> Cfr. ad es. i casi Incal c. Turchia del 1998 e Erbakan c. Turchia del 2006.

può dirsi compiuto si possa condividere una simile condanna con la quale la Corte ritratta la propria posizione circa la funzione che la libertà d'espressione svolge<sup>26</sup>.

Il linguaggio della politica è diventato sempre più riprovevole e il rischio di strumentalizzare le masse attraverso i mezzi di comunicazione evocano a ragione le perplessità di weberiana memoria circa il monopolio culturale delle idee. Giustificare però, in nome della salvaguardia della *Rule of law*, norme che prevedono sanzioni penali per punire un reato di opinione come quello dell'*hate speech* appare sproporzionato e rimette in discussione il ruolo che la manifestazione del pensiero riveste nelle democrazie contemporanee. Diverso sarebbe forse scoraggiare chi riveste un ruolo pubblico, che ha i mezzi per influenzare le decisioni dei rappresentanti, attraverso altri tipi di sanzioni in un'ottica educativa della società civile e soprattutto di chi esercita il potere.

---

<sup>26</sup> Molto critica sul punto è l'opinione dissidente alla stessa sentenza in cui i giudici Sajó, Zagrebelsky e Tsotsoria prospettano il pericolo di punire preventivamente solo ciò che in astratto appare pericoloso senza avere la certezza che le frasi condannate possano davvero istigare alla violenza. Essi mettono sul tappeto di nuovo la questione se la libertà di espressione debba subire restrizioni in nome di una democrazia militante o se invece sarebbe più proficuo permettere la più ampia circolazione delle idee in modo che sia l'opinione pubblica a decidere liberamente.



## **Discriminazione in base alla razza e alla nazionalità nei confronti dei cittadini di paesi terzi**

SONIA MORANO-FOADI

*Sommario:* 1. Introduzione. 2. Parità di trattamento e non discriminazione nel sistema giuridico europeo. 3. Il significato dell'articolo 18 TLFUE e il concetto di discriminazione basata sulla nazionalità. 4. Il significato dell'articolo 19 TFUE e il concetto di discriminazione razziale. 5. Confronto tra discriminazioni sulla base della nazionalità e razza: la sentenza *Centrum Voor Gelijkheid*. 6. Note conclusive.

### **1. Introduzione**

La creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia e la comunitarizzazione dell'immigrazione e dell'asilo costituiscono dei passaggi fondamentali verso l'integrazione europea dei cittadini di paesi terzi. Nonostante questo, il corpo normativo dell'Unione europea relativo al trattamento antidiscriminatorio di nazionalità e razza dei cittadini non UE presenta un certo numero di scappatoie che consentono di aggirarne i propositi. I due elementi discriminatori in parola, la nazionalità e la razza, sono strettamente correlati e difficili da distinguere sebbene importanti per lo sviluppo di un tale spazio. Il saggio intende discutere i principi di non-discriminazione basati sulla nazionalità e sulla razza contenuti negli articoli 18 e 19 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (TFEU), il loro ambito di applicazione ed analizzare alcune discrepanze nel trattamento dei cittadini dei paesi terzi rispetto a quelli dell'UE. Tali disfunzioni sembrano emergere dalla direttiva che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica (2000/43/CE) e dalla direttiva che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni

162



di lavoro (2000/78/CE). L'articolo esamina l'approccio della Corte di Giustizia dell'UE (CG) in merito alla discriminazione razziale attraverso l'analisi delle pronunce sul caso *Centrum Voor Gelijkheid*. In questo saggio si sposa la tesi per cui le limitazioni contenute in entrambe le direttive, assieme alla corrente interpretazione dell'art. 18 TFEU, hanno creato una stratificazione di legittimazioni e conseguentemente una gerarchia di persone legalmente residenti all'interno dell'UE<sup>1</sup>.

Allo scopo di creare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam<sup>2</sup> ha portato le materie dell'immigrazione e dell'asilo ad essere trasferite dal terzo al primo pilastro dell'Unione europea (il Titolo IV è stato aggiunto alla Parte III del Trattato CE), cioè dalla competenza degli stati membri alle istituzioni dell'Unione europea. Nonostante tale cambiamento, non si può affermare che l'uguaglianza di trattamento dei residenti sul suolo dell'Unione possa ritenersi completamente garantita. La normativa UE conferisce ai cittadini degli stati membri un trattamento privilegiato in relazione all'ingresso, la residenza e la circolazione interna all'UE rispetto ai cittadini di paesi terzi. La legislazione secondaria contiene clausole specifiche al riguardo, le quali sono peraltro legittime e conformi ai Trattati.

Occorre ricordare che nel 1999, il summit di Tampere fissava l'ambizioso obiettivo di raggiungere una politica comune in ambito UE in materia di asilo e immigrazione e sottolineava la necessità di assicurare un trattamento equo ai cittadini dei paesi terzi legalmente residenti garantendo "loro diritti e obblighi analoghi a quelli dei cittadini dell'UE"<sup>3</sup>. Malgrado il mandato di cinque anni fissato a Tampere per armonizzare le politiche in materia di immigrazione e asilo, tale obiettivo, ad oggi, è rimasto disatteso. Numerose direttive, fondate sull'art. 79 del TFUE (ex art. 63 TCE) sono state introdotte allo scopo di disciplinare le "condizioni di residenza" dei cittadini di paesi terzi

<sup>1</sup> S. Benedi Lahuerta, *Race Equality and TCNs, or How to Fight Discrimination with a Discriminatory Law*, in *European Law Journal*, (2009) 15, p. 738.

<sup>2</sup> E. MacDonald, R. Cholewinski, *The International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families and the European Union*, in *Migration and Human Rights*, a cura di P. De Guchteneire, A. Pecound, R. Cholewinski, 2009, p. 367.

<sup>3</sup> Conclusioni della Presidenza, Consiglio Europeo di Tampere, 15 e 16 ottobre 1999, Bollettino UE, pp. 10-99, disponibile su [http://www.europarl.europa.eu/summits/tam\\_it.htm](http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_it.htm).

all'interno del territorio dell'Unione europea. La regolamentazione del flusso migratorio d'entrata rimane una prerogativa attribuita agli stati membri, mentre il Consiglio<sup>4</sup> continua a posticipare qualsiasi pianificazione a livello europeo in relazione all'ingresso e all'ammissione<sup>5</sup> di immigrati. La legislazione secondaria introdotta finora contiene previsioni sul trattamento dei cittadini di paesi terzi legalmente residenti, quali membri della famiglia dei cittadini dell'UE e dei cittadini non-UE, residenti a lungo termine, ricercatori e studenti universitari, rifugiati o persone aventi diritto ad altre forme di protezione internazionale così come richiedenti asilo<sup>6</sup>. L'applicazione di tale disciplina sembra aver creato ulteriori diseguaglianze anche tra gli stessi cittadini di paesi terzi, nonché una frammentazione degli aventi diritto derivante dallo status di migrante e dalla produttività economica.

Nel 2001, la Commissione ha emanato una proposta molto ambiziosa stabilendo una "serie comune di diritti" per i soggetti legalmente ammessi nel territorio dell'UE e con permesso di lavoro<sup>7</sup>. La proposta della Commissione – redatta sulla base del progetto delineato nelle conclusioni di Tampere<sup>8</sup> – è stata ritirata a seguito di opposizioni da parte di alcuni stati membri. La formulazione iniziale della misura includeva il diritto all'eguale trattamento tra cittadini nelle condizioni di lavoro, la libertà di associazione, educazione, sicurezza sociale e l'accesso a beni e servizi. In seguito alla mancata approvazione, pertanto, alcune diversità di trattamento tra cittadini di paesi terzi ancora sussistono almeno con riguardo a impiego, educazione, alloggio e salute. Nel 2005, la Commissione ha emanato due documenti: in primo luogo il Libro Verde sulla migrazione economica<sup>9</sup> in

<sup>4</sup> E. MacDonald, R. Cholewinsky, *op. cit.*, nota 2, p. 371.

<sup>5</sup> La politica comune di asilo e immigrazione entra in una nuova fase Documento IP 08/948; M. Bell, *Racism and Equality in the EU*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 145.

<sup>6</sup> Con l'espressione "richiedenti asilo" si intende includere anche tutti coloro che hanno già espresso la propria volontà di richiedere protezione internazionale ma non hanno ancora presentato una richiesta formale di asilo.

<sup>7</sup> Proposta di direttiva del Consiglio relativa alle condizioni d'ingresso e di soggiorno dei cittadini di paesi terzi che intendono svolgere attività di lavoro subordinato o autonomo. COM (2001) 386.

<sup>8</sup> Conclusioni della Presidenza, Consiglio Europeo di Tampere, 15-16, 10, 99, par. 18.

<sup>9</sup> Libro verde sull'approccio dell'Unione europea alla gestione della migrazione economica COM/2004/0811 def.

cui identifica possibili opzioni legislative sulla migrazione economica; e successivamente il Piano di politica sull'immigrazione legale<sup>10</sup> che introduce un pacchetto comprensivo di misure sulla migrazione legale. Tuttavia, la stratificazione dei diritti è ancora un aspetto dominante della cornice legislativa dell'UE per i cittadini di paesi terzi legalmente residenti, che rimangono gerarchicamente collocabili in differenti categorie. La frammentazione di *status* è presente sia *tra* che *all'interno* dei diversi gruppi di immigranti<sup>11</sup> e sembra essere difficilmente giustificabile alla luce delle norme internazionali sui diritti umani. Tale riflessione pare ancor più appropriata a seguito del nuovo assetto europeo introdotto dal Trattato di Lisbona, ove il tema dei diritti fondamentali è stato posto al centro dell'agenda dell'Unione europea. La natura frammentaria della normativa comunitaria sulla migrazione è ulteriormente esacerbata dalle seguenti disfunzioni:

a) lo Status di residenza di lungo termine per gli immigrati economici.

Nonostante la proposta della Commissione del 2001 e il Libro Verde del 2005 sul Piano della politica sulla migrazione legale contenessero una proposta chiaramente opposta, una prima limitazione si riferisce ai cittadini di paesi terzi che si spostano nel territorio dell'Unione per motivi di lavoro, i cd. immigrati economici, e che non hanno ancora acquisito lo status di residente di lungo periodo. Un'ulteriore proposta della Commissione<sup>12</sup>, ancora sotto scrutinio, intende conferire una serie di diritti a favore di lavoratori cittadini di paesi terzi legalmente residenti che non hanno ancora ottenuto lo status di residenti di lungo

<sup>10</sup> Comunicazione della Commissione – Piano d'azione sull'immigrazione legale SEC (2005) 1680 COM/2005/0669 def.

<sup>11</sup> Coloro con i diritti di residenza più precari hanno minore protezione; in particolare, coloro che cercano asilo sono esclusi dall'accesso al lavoro per un anno e successivamente sono assoggettati alla priorità dei cittadini dell'UE/EEA o dei cittadini dei paesi terzi legalmente residenti. I diritti sono generalmente legati allo status economico (vedi la recente direttiva sull'impiego altamente qualificato), ad es. in alcuni stati europei gli impiegati immigrati economici ricevono la "UE blue card" e possono circolare liberamente. Invece, i diritti di ricongiungimento familiare non sono assoggettati a nessun periodo di residenza minimo poiché i loro diritti sono collegati al migrante economico.

<sup>12</sup> Proposta di direttiva del Consiglio relativa a una procedura unica di domanda per il rilascio di un permesso unico che consente ai cittadini di paesi terzi di soggiornare e lavorare nel territorio di uno Stato membro. Sintesi della valutazione d'impatto {COM (2007) 638 definitivo} {SEC (2007) 1408}.

periodo. Sebbene l'articolo 12 (1) della Proposta elenchi i diritti di cui costoro possano godere su base paritaria con i cittadini, l'articolo 12 (2) contiene alcune rilevanti limitazioni, in quanto ammette una certa discrezionalità per gli stati membri nel restringere in certe circostanze l'eguale trattamento con i cittadini nazionali (e intuitivamente con i cittadini dell'UE).

b) Le clausole contenenti equo trattamento per i cittadini di paesi terzi inserite in accordi speciali.

Il panorama legislativo comprende inoltre diversi accordi tra singoli paesi dell'UE e stati non UE<sup>13</sup> in cui si prevedono clausole di equo trattamento per i cittadini di questi paesi con i cittadini nazionali o europei. Anche se legittimi, questi accordi privilegiano alcuni cittadini a detrimento di altri, aggiungendo pertanto un ulteriore strato di discriminazione<sup>14</sup>.

c) Le clausole che escludono la protezione contro la discriminazione basata sulla nazionalità per i cittadini di paesi terzi.

Alcune limitazioni, peraltro presenti nella stessa legislazione dell'UE in materia di uguaglianza e non discriminazione, sembrano esacerbare il fenomeno della stratificazione dei diritti. La protezione contro la discriminazione fondata sulla nazionalità non è coperta dalle direttive 2000/43 e 2000/78<sup>15</sup>, malgrado il fatto che esse si applichino anche ai cittadini di paesi terzi. Il paragrafo 13 del Preambolo alla direttiva sull'uguaglianza razziale afferma che tale divieto di discriminazione si applica anche nei confronti dei cittadini di paesi terzi, ma non comprende "le differenze di trattamento fondate sulla nazionalità e lascia impregiudicate le disposizioni che disciplinano l'ingresso e il

<sup>13</sup> Tali accordi sono con alcuni paesi Europei, non attualmente nell'UE (come Turchia e Repubblica ex jugoslava di Macedonia), alcuni stati del Nord Africa (Algeria, Marocco, Tunisia) e più di 70 stati Africani, dei Caraibi e del Pacifico, che sono parti nell'accordo di Cotonou. Vedi B. Ryan, *The EU and labour migration: regulating admission or treatment?*, in A. Baldaccini, E. Guild, H. Toner (a cura di), *Whose Freedom, Security and Justice? EU Immigration and Asylum Law and Policy*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 511-513.

<sup>14</sup> Per maggiori dettagli sul punto v. C. Favilli, *La non discriminazione nell'Unione Europea*, Bologna, il Mulino, 2008, pp. 72-73.

<sup>15</sup> Art. 3, par. 2 direttiva 2000/43/CE del Consiglio, del 29 giugno 2000, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, Gazzetta ufficiale n. L 180 del 19/07/2000, 0022 – 0026.

soggiorno di cittadini dei paesi terzi e il loro accesso all'occupazione e all'impiego". Conseguentemente, sebbene l'ambito delle direttive sulla parità di trattamento si estenda ai cittadini di paesi terzi, costoro non ricevono una eguale protezione rispetto ai cittadini europei sulla base della norma contenuta nel secondo comma dell'art. 3 della direttiva, in cui si *escludono* le differenze di trattamento fondate sulla nazionalità. È il caso di sottolineare che parte della dottrina sostiene che la proibizione contenuta nell'art. 18 TFUE si applicherebbe solo a cittadini UE residenti in uno Stato membro ospitante e non ai cittadini di paesi terzi legalmente residenti<sup>16</sup>. Pertanto, qualsiasi discriminazione tra le due categorie di persone sarebbe da ritenersi giuridicamente accettabile. L'introduzione di una simile clausola nelle direttive sembrerebbe in ogni caso creare un doppio livello di discriminazione. Il primo, relativo al differente trattamento accordato ai cittadini di paesi terzi comparato a quello dei cittadini dell'Unione e dei cittadini dello Stato membro ospitante; l'altro, relativo a un più favorevole trattamento accordato ad alcuni cittadini di paesi terzi sulla base di accordi bilaterali/internazionali esistenti tra l'UE o alcuni paesi dell'UE e paesi non-UE. La protezione contro la differenza di trattamento basata sulla nazionalità potrebbe essere prevista dalla norma interna sull'immigrazione la quale dovrebbe colmare la lacuna presente nelle direttive sull'uguaglianza e sulla migrazione. Allo stesso tempo, tuttavia, il fatto stesso che una tale protezione sia regolata dai singoli stati lascierebbe aperte possibili disparità di trattamento per tali cittadini a seconda del paese di residenza all'interno dell'UE.

Lo scopo del presente studio è mettere in luce alcune delle discrepanze nel trattamento dei cittadini di paesi terzi emergenti dalle direttive sulla parità di trattamento in generale, e in particolare dalla direttiva 2000/43 (conosciuta come la direttiva sull'uguaglianza razziale)<sup>17</sup>. Per realizzare tale obiettivo, il presente articolo intende analizzare in primo luogo il principio di non discriminazione basato sulla nazionalità, così come garantito dall'articolo 18 TFUE. Successivamente, sarà condotta un'analisi del principio di non discriminazione sulla base della razza contenuto nell'Articolo 19 TFUE, ed ampliato dalla

<sup>16</sup> M. Bell, *Anti-Discrimination Law and the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 37.

<sup>17</sup> Direttiva 2000/43/CE del Consiglio, del 29 giugno 2000, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, Gazzetta ufficiale n. L 180 del 19/07/2000, 0022 – 0026.

direttiva 2000/43. Lo studio poi rifletterà sull'approccio adottato dalla Corte di Giustizia nel caso *Centrum Voor Gelijkheid* nel tentativo di offrire rilevanti spunti di riflessione in merito alla legislazione comunitaria in materia di eguaglianza e la sua applicabilità ai cittadini di paesi terzi legalmente residenti nel territorio dell'UE.

## 2. Parità di trattamento e non discriminazione nel sistema giuridico europeo

Per anni la normativa comunitaria in tema di discriminazione si è occupata di discriminazione basata sul sesso<sup>18</sup> e nazionalità<sup>19</sup> all'interno del mercato comune<sup>20</sup>. Il Trattato di Amsterdam ha dato una notevole spinta alla legislazione anti-discriminatoria, introducendo l'articolo 13 TCE (ora articolo 19 TFUE) nel capitolo dei "Principi", nucleo essenziale dell'obiettivo sociale dell'UE, e quindi non più misura prettamente mercantile<sup>21</sup>. Secondo la lettera dell'articolo 19 TFUE, il Consiglio è autorizzato "fatte salve le altre disposizioni dei Trattati e nell'ambito delle competenze da essi conferite all'Unione, [...] deliberando all'unanimità secondo una procedura legislativa speciale e previa approvazione del Parlamento europeo [...] a prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale".

Sulla base di tale articolo, il Consiglio ha adottato la direttiva 2000/43/CE che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica con l'intento di renderlo effettivo all'interno degli stati membri. Nello stesso anno, il Consiglio ha adottato la direttiva 2000/78/CE che stabilisce un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sulla religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali, per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro. Allo stesso tempo, la Corte di Giustizia ha interpretato estensivamente il principio di parità a tal punto da divenire non solo il "motore dell'integrazione"

<sup>18</sup> Cfr. art. 157 TLFUE.

<sup>19</sup> Cfr. art. 18 TLFUE.

<sup>20</sup> T. Jones, *The Racial Equality Directive: Redefining protection from discrimination in EU law*, in *Human Rights Review*, (2003) 5, p. 515; S. Fredman, *Equality: A New Generation?*, in *Industrial Law Journal*, (2001) 30, p. 151.

<sup>21</sup> M. Bell, *op. cit.*, p. 121.



ma anche uno strumento di protezione contro le discriminazioni<sup>22</sup>. Le sentenze *Mangold*, *Maruko*, *Centrum Feryn*, *Coleman* e la più recente *Küçükdeveci* hanno contribuito considerevolmente all'avanzamento della normativa europea contro la discriminazione. Le summenzionate disposizioni sull'uguaglianza, unitamente alla giurisprudenza sui diritti umani, hanno prodotto un notevole impatto sui sistemi giuridici nazionali. Gli stati membri hanno dovuto adattare le proprie legislazioni agli standard europei, e ciò ha spesso richiesto una revisione delle norme anti-discriminatorie esistenti in tutti i paesi<sup>23</sup>. Malgrado i paesi membri abbiano comunque apportato diverse modifiche alle norme interne anti-discriminatorie a seguito dell'implementazione della normativa europea in materia, numerosi problemi attuativi sembrano sussistere, alcuni dei quali dovuti alla clausola di esclusione presente nelle direttive del 2000 in relazione alla discriminazione basata sulla nazionalità per i cittadini di paesi terzi.

### **3. Il significato dell'articolo 18 TLFUE e il concetto di discriminazione basato sulla nazionalità**

Il principio di discriminazione basato sulla nazionalità è stato inserito nel Trattato di Roma con il dichiarato intento di facilitare la realizzazione del progetto di un mercato comune. Tradizionalmente, l'ambito di applicazione *ratione materiae* della proibizione veniva ristretto alla libertà di circolazione, mentre il suo ambito di applicazione *ratione personae* era limitato ai cittadini dell'UE<sup>24</sup>. Tale struttura non è mutata in seguito all'adozione del Trattato di Lisbona, in cui il contenuto dell'articolo 12 TCE (ora art. 18 TFUE) non è stato modificato. Appare opportuno ricordare che l'ambito materiale si riferisce all'ambito di applicazione dei Trattati; in relazione all'articolo in commento, la prima parte della disposizione menziona il “*campo di applicazione dei trattati*” in modo del tutto generico senza fornire

<sup>22</sup> A. Eriksson, *European Court of Justice: broadening the scope of European non-discrimination law*, in *International Journal of Constitutional Law*, (2009) 7, p. 732.

<sup>23</sup> S. Morano-Foadi, *EU Citizenship and Religious Liberty in an Enlarged Europe*, in *European Law Journal*, (2010) 16 (4), pp. 417-438.

<sup>24</sup> C. Hublet, *The scope of Article 12 of the Treaty of the European Communities vis-à-vis Third-Country Nationals: Evolution at Last?*, in *European Law Journal*, (2009) 15, p. 757.



una sua definizione. Pertanto, a seconda dell'interpretazione fornita dalla Corte, esso si contrae o si espande. Originariamente, il principio di discriminazione sulla nazionalità era previsto in relazione alla libera circolazione dei lavoratori<sup>25</sup> e veniva spesso utilizzato per supplire o chiarire la proibizione contenuta nell'articolo 39 TCE (ora art. 45 TFUE) e l'associata legislazione secondaria. Nella pratica, ciò garantiva ad ogni cittadino UE impiegato in uno Stato membro diverso da quello di appartenenza di beneficiare dello stesso trattamento in materia di impiego, remunerazione e altre condizioni di lavoro di un cittadino nazionale. In quel periodo storico, lo stimolo principale era allora costituito dall'apertura dei mercati del lavoro interni ai cittadini UE. Al momento, la proibizione contenuta all'art. 18 TFUE si estende oltre il caso specifico dei lavoratori, includendo ogni altro aspetto della legge e della politica rientrante nell'ambito di applicazione dei Trattati. A seguito dell'incorporazione della cittadinanza dell'Unione nei Trattati attraverso gli emendamenti del Trattato di Maastricht del 1992, e più recentemente del Trattato di Lisbona, la proibizione di non discriminazione dipende dalla sola residenza legale di un cittadino UE in uno Stato membro – senza cioè che sia necessario dimostrare alcun “collegamento economico”. Si può quindi estendere ad ogni altra situazione che ricada nell'applicazione dei Trattati e non sia puramente interna<sup>26</sup>. Proseguendo con l'analisi letterale della norma, è opportuno sottolineare come la locuzione utilizzata “senza pregiudizio delle disposizioni particolari dagli stessi [Trattati] previste, è vietata ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità” può essere intesa nel senso che l'art. 18 TFUE costituisce una legge generale e si applica in quanto tale, eccetto, evidentemente, quando essa sia derogata da una legge speciale. È questo il caso, ad esempio, dell'articolo 45 TLFUE in cui si limita la libera circolazione solo per motivi di carattere eccezionale, legati a ragioni di ordine pubblico, pubblica sicurezza o salute pubblica.

L'analisi della seconda questione relativa all'ambito personale dell'articolo 18 TFEU appare invero più complessa. La posizione classica della dottrina propende per l'applicabilità dell'art. 18 TFUE ai soli cittadini dell'Unione<sup>27</sup>. Altra parte suggerisce invece che la

<sup>25</sup> M. Bell, *op. cit.*, nota 21, pp. 37-38.

<sup>26</sup> C. Hublet, *op. cit.*, nota 24, p. 763.

<sup>27</sup> J. Gerards, *Discrimination grounds*, in D. Schiek, L. Waddinton, M. Bell, *Cases and Materials and Text on national, Supranational and International Non-Discrimination law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 33-64.

fattispecie non specifici espressamente il proprio ambito di applicazione e quindi non esclude possa applicarsi anche ai cittadini di paesi terzi<sup>28</sup>. La norma, anche nelle versioni precedenti, non ha mai espressamente escluso la sua applicazione ai cittadini di paesi terzi. Pur tuttavia, poiché l'articolo è collocato nella parte 2 del TFUE intitolato "non discriminazione e cittadinanza dell'Unione", sembrerebbe evidente che il suo ambito di applicazione riguardi esclusivamente i cittadini UE. Tale conclusione però appare nettamente in contrasto con altre fattispecie incluse sotto lo stesso titolo, quali, ad esempio l'Articolo 19 TFUE, il quale si applica, senza dubbio, anche ai cittadini non-UE.

In un caso recente, la Corte di Giustizia ha affermato che "Tale disposizione [art 12 TCE] riguarda le situazioni, rientranti nell'ambito di applicazione del diritto comunitario, nelle quali un cittadino di uno Stato membro subisce un trattamento discriminatorio rispetto ai cittadini di un altro Stato membro per la sola ragione della sua nazionalità, e non trova applicazione nel caso di un'eventuale disparità di trattamento tra i cittadini degli stati membri e quelli degli stati terzi"<sup>29</sup>. Tale conclusione della Corte sembra escludere la sua applicabilità a cittadini di paesi terzi in modo più esplicito, ma l'interpretazione della norma rimane ancora oggetto di dibattito in particolare alla luce dei nuovi sviluppi del diritto europeo introdotti dal Trattato di Lisbona. Per poter pienamente apprezzare l'ambito di applicazione *ratione personae* dell'articolo 18 TFUE e il grado di diseguglianze che tale esclusione produce per i cittadini dei paesi terzi, è necessario svolgere una breve analisi della natura della discriminazione proibita. L'articolo 18 TFUE intende vietare le discriminazioni dirette e indirette. Una discriminazione diretta si verifica nel caso in cui un individuo è svantaggiato a causa della sua nazionalità – ad esempio, nel caso in cui un datore di lavoro italiano rifiuti di assumere personale non italiano. Tale tipo di discriminazione è sempre illecita nel caso sia diretta a cittadini UE. Al contrario, nel caso in cui il lavoratore in questione non possieda la nazionalità europea, pur essendo legalmente residente in uno Stato membro dell'UE, non è tutelato dalla normativa comunitaria, a meno che non si possa dimo-

<sup>28</sup> E. Guild, S. Peers, *Out of the Ghetto? The personal scope of EU law*, in S. Peers, N. Rogers (a cura di), *EU Immigration and Asylum law*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p. 81, p. 110.

<sup>29</sup> Cause Riunite C-22/08 e C-23/08 Vatsouras e Koupatantze c. Arbeitsgemeinschaft (ARGE) (2009) GUCE 180 del 01.08.2009, paragrafo 52.

strare che la discriminazione sia basata su ragioni di carattere razziale o etniche (vedi il caso *Centrum Voor Gelijkheid*). Si verifica un caso di discriminazione indiretta laddove venga imposta una condizione apparentemente neutrale, la quale però di fatto provochi uno svantaggio significativo a soggetti di una nazionalità più di altre. Sarebbe questo il caso di un datore di lavoro italiano che rifiuti di assumere soggetti non in possesso di un titolo di studio rilasciato da una scuola o università italiana. Tale fattispecie non costituisce un evidente caso di discriminazione diretta sulla base della nazionalità, poiché cittadini non italiani possono potenzialmente frequentare università o scuole italiane. Tuttavia, i cittadini non italiani risultano comunque svantaggiati da una tale condizione, poiché è implicito concludere che la maggior parte di cittadini non italiani posseggano un titolo di studio rilasciato da un'istituzione non italiana. Sul caso delle discriminazioni indirette, la Corte di Giustizia ha avuto modo di pronunciarsi nella decisione *O'Flynn c. Adjudication Officer*<sup>30</sup>, in cui ha affermato che “[...] a meno che non sia obiettivamente giustificata e adeguatamente commisurata allo scopo perseguito, una disposizione di diritto nazionale dev'essere giudicata indirettamente discriminatoria quando, per sua stessa natura, tenda ad essere applicata più ai lavoratori migranti che a quelli nazionali e, di conseguenza, rischi di essere sfavorevole in modo particolare ai primi”.

Uno degli esempi più comuni di discriminazione indiretta è la richiesta della conoscenza di una determinata lingua: sarebbe questo il caso di un datore di lavoro italiano che dichiarasse di voler assumere solo personale che abbia una eccellente padronanza della lingua italiana: ove tale requisito appaia evidente nei soggetti che possiedono l'italiano come lingua madre, lo stesso non potrebbe dirsi nel caso di altri soggetti che abbiano una lingua madre differente. È bene notare comunque che diversamente dal caso di quella diretta, la discriminazione indiretta non costituisce sempre un illecito. Nel caso in cui, infatti, il datore di lavoro dimostri che la comunicazione in lingua italiana fosse condizione necessaria per svolgere le mansioni dell'impiego offerto, tale condizione produrrebbe degli effetti discriminatori ma rimarrebbe tuttavia giustificabile. Il requisito linguistico richiesto ad un docente d'arte in una scuola professionale irlandese è stato infatti ritenuto dalla Corte di Giustizia compatibile con il Regolamento

<sup>30</sup> Causa C-237/94 *O'Flynn c. Adjudication Officer* (1996) RCE I-2617, 2639, paragrafo 20.

1612/68 in quanto inserito “in una politica di valorizzazione della lingua nazionale [gaelico], nel contempo prima lingua ufficiale, [...] attuato in modo proporzionale e non discriminatorio”<sup>31</sup>. Al contrario, la necessità di sottoporsi ad un test che dimostri la conoscenza della lingua e della cultura di un determinato paese è considerato non solo non discriminatorio per i cittadini di paesi terzi, ma rientrerebbe nelle politiche di integrazione di alcuni paesi dell’UE. Tali prove sono previste infatti dall’art. 7 (2) della direttiva 2003/86/CE relativa al diritto al ricongiungimento familiare<sup>32</sup>, in cui si richiede agli stati membri l’introduzione di misure idonee ad integrare i cittadini di paesi terzi candidati alla riunificazione familiare.

#### **4. Il significato dell’articolo 19 TFUE (ex art. 13 TCE) e il concetto di discriminazione razziale**

Il Trattato di Amsterdam ha introdotto l’articolo 13 TCE (ora art. 19 TFEU), il quale estende significativamente la competenza dell’Unione sulla discriminazione. Tuttavia, in aggiunta al valore di una simile disposizione, la dottrina ha ampiamente discusso alcuni punti deboli presenti nel testo della norma, la quale è da considerarsi come una *lex specialis* che contrasta la discriminazione<sup>33</sup>. La natura di tale disposizione non conferiva la possibilità alla Corte di assegnarne effetti diretti, contrariamente a quanto previsto per gli articoli 12 e 141 TCE (rispettivamente artt. 18 e 157 TFUE). La norma sembrava avere un ruolo sussidiario, assegnatogli dal Trattato di Amsterdam, che presupponeva l’applicazione di tale articolo in mancanza di altra disposizione e richiedeva l’unanimità nel Consiglio, previa una mera consultazione con il Parlamento europeo per strumenti legislativi vincolanti. La lettera della norma, che includeva la locuzione “(f)atte

<sup>31</sup> Sentenza C – 379/87 *Anita Groener c. Minister for Education and City of Dublin Vocational Educational Committee*, (1989) ECR 1989, 3967.

<sup>32</sup> Direttiva 2003/86/CE del Consiglio, del 22 settembre 2003, relativa al diritto al ricongiungimento familiare, GU n. L 251 del 03/10/2003, pp. 12-18.

<sup>33</sup> D. Chalmers, *The Mistakes of the Good European?*, in S. Fredman (a cura di), *Discrimination and Human Rights: The Case of Racism*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 238-239; E. Howard, *Anti Race Discrimination Measures in Europe: An Attack on Two Fronts*, in *European Law Journal*, Vol. 11, No. 4, pp. 468-486; R. Whittle, M. Bell, *Between Social Policy and Union Citizenship: the Framework Directive on Equal Treatment in Employment*, in *European Law Review* (2002) 27, pp. 677-691.

salve le altre disposizioni dei trattati e nell'ambito delle competenze da essi conferite all'Unione" è chiaramente finalizzata a regolare il rapporto tra questo articolo e altre basi giuridiche dei Trattati con cui esso potenzialmente si sovrappone.

Pertanto, mentre il suo scopo era chiaro, l'incertezza rimaneva. Le direttive 2000/43 e 2000/78 sono state introdotte per combattere la discriminazione tra le persone e attuare il principio di pari trattamento. Il Trattato di Lisbona non ha apportato alcun cambiamento sostanziale alla politica di uguaglianza dell'UE. L'articolo 19 TFUE autorizza il Consiglio, "(f)atte salve le altre disposizioni dei trattati e nell'ambito delle competenze da essi conferite all'Unione", deliberando all'unanimità e dopo aver ottenuto il consenso del Parlamento Europeo, a intraprendere "azioni appropriate per combattere la discriminazione sulla base del sesso, dell'origine razziale o etnica, della religione o fede, della disabilità, dell'età o dell'orientamento sessuale". Il Consiglio pertanto deve assicurarsi il consenso del Parlamento Europeo, attraverso la maggioranza semplice per le misure coercitive e con una procedura ordinaria riportata dall'art. 294 TFUE per le misure di incentivazione dell'Unione<sup>34</sup>. La posizione della Corte sembra coerente nell'affermare che il principio di eguaglianza costituisca un principio fondamentale del diritto dell'UE<sup>35</sup>. L'Avvocato Generale Maduro, nelle conclusioni della causa Coleman<sup>36</sup>, rafforza questo assunto riferendosi all'articolo 13 TCE (ora art. 19 TFUE) quale "espressione dell'impegno dell'ordinamento giuridico comunitario nell'assicurare il principio di parità di trattamento e di non discriminazione. Pertanto, qualunque interpretazione di questo articolo, nonché delle direttive adottate su tale fondamento giuridico, dev'essere intrapresa alla luce della giurisprudenza della Corte su tali principi"<sup>37</sup>. Sembra il caso di sottolineare che malgrado il forte impegno della Corte in materia di uguaglianza, la presenza di una clausola nelle direttive che escluda l'applicabilità della discriminazione sulla

<sup>34</sup> Vedi il secondo paragrafo dell'art. 19 TFUE.

<sup>35</sup> Si vedano, *inter alia* le Sentenze Riunite C-27/00 e C-122/00, *Omega Air e altri* (2002) ECR I-2569, e i precedenti ivi citati. Si veda anche la discussione in T. Tridimas, *The General Principles of EU Law*, (2 ed.), Oxford, Oxford University Press, 2007, e A. Dashwood, S. O'Leary (a cura di), *The Principle of Equal Treatment in EC Law*, Londra, Sweet and Maxwell, 1997.

<sup>36</sup> Causa C-303/06, *S. Coleman c. Attridge Law e Steve Law*, decisa il 17 luglio 2008, OJ C 223 del 30.08.2008, 6.

<sup>37</sup> Conclusioni dell'Avvocato Generale Poiras Maduro, 31 gennaio 2008, Caso C-303/06, *S. Coleman c. Attridge Law e Steve Law*.

base della nazionalità ai cittadini di paesi terzi, rappresenta ancora una forte limitazione della politica dell'UE in materia di pari trattamento. Pur tuttavia, nonostante le limitazioni presenti nelle direttive, nella causa *Centrum Voor Gelijkheid*<sup>38</sup> la Corte ha adottato un approccio interessante nell'applicazione della direttiva 2000/43/CE ai cittadini di paesi terzi, decidendo di non soffermarsi sulla clausola di esclusione presente nell'articolo 3(2) della direttiva.

### **5. Confronto tra discriminazioni sulla base della nazionalità e razza: la sentenza *Centrum Voor Gelijkheid***

La decisione *Centrum* è finora l'unico caso fondato sulla direttiva 2000/43/CE (direttiva sull'uguaglianza razziale). La domanda pregiudiziale è stata sollevata nel corso del procedimento tra (*Centrum*), Centro per le pari opportunità e per lotta contro il razzismo in qualità di attore, e (*Feryn*) una ditta installatrice di porte di sicurezza, resistente, a seguito della comunicazione pubblica di uno dei suoi direttori attestante l'intenzione della compagnia di non reclutare "immigrati", in particolare persone originarie del Marocco. La giustificazione fornita dalla suddetta società si basava sul fatto che i clienti si mostravano riluttanti ad accogliere lavoratori marocchini nelle proprie abitazioni per installare tali porte. Malgrado l'assenza di un soggetto che avesse sofferto alcun danno, tale dichiarazione pubblica aveva attirato l'attenzione dell'organizzazione belga creata sulla base dell'art. 13 della direttiva 2000/43 con lo scopo di promuovere un equo trattamento per tutte le persone, senza discriminazione di razza o origine etnica. Adottando un approccio teleologico, la Corte ha concluso che una tale dichiarazione pubblica, in grado di dissuadere gli immigrati dal candidarsi, costituisca una discriminazione diretta rientrante nella definizione della direttiva, pur in assenza di uno specifico soggetto che avesse sofferto un danno. Secondo la Corte, quindi, l'onere della prova di confutare la presunzione dell'adozione di una politica di assunzione direttamente discriminatoria ricadeva sulla compagnia. Tuttavia, in assenza di una vittima identificabile, la sanzione da applicarsi doveva essere "efficace, proporzionata e dissuasiva".

<sup>38</sup> Cfr. la sentenza C-54/07, *Centrum Voor Gelijkheid Van Kansen En Voor Racismebestrijding Firma Feryn Nv*, decisa il 10 luglio 2008.

È evidente che l'accesso degli immigrati al mercato del lavoro può essere ostacolato da simili dichiarazioni verbali e questa non appare certamente come una misura socialmente inclusiva, nonostante le giustificazioni addotte dal direttore della compagnia. Malgrado ciò, il solo mezzo a disposizione della Corte è la condanna di una simile politica discriminatoria, così espandendo la protezione giuridica ai potenziali candidati, al fine di creare una società civile non discriminatoria. Tuttavia, né la Corte né l'Avvocato Generale Maduro, hanno affrontato la questione se una tale politica discriminatoria fosse basata su un trattamento disparitario fondato sulla razza o nazionalità. La ragione è evidente: la direttiva sull'uguaglianza razziale, nel Preambolo 13 e anche nell'art. 3 (2), stabilisce che le differenze di trattamento fondate sulla nazionalità non rientrano nel suo ambito di applicazione. Nel caso esaminato, il riferimento a un gruppo specifico, i marocchini, potrebbe essere visto come una discriminazione diretta basata sulla nazionalità, soprattutto considerando che la dichiarazione controversa non si riferisce a specifiche caratteristiche quali il colore della pelle, i lineamenti del volto o la consistenza dei capelli<sup>39</sup>, ma alla nazionalità dei candidati<sup>40</sup>. La Corte non avrebbe pertanto potuto impegnarsi in una discussione relativa alla discriminazione sulla nazionalità fondando la propria motivazione su tale strumento giuridico.

È il caso di ricordare tuttavia che parte della dottrina<sup>41</sup> afferma che la disposizione in commento non implicherebbe la liceità di qualunque disparità di trattamento sulla base della nazionalità, soprattutto nel caso esse risultino in una discriminazione indiretta in base alla razza, l'origine etnica o religiosa, o siano in violazione di altre norme della UE, incluso il principio generale dell'equo trattamento che rientra nel campo di applicazione del diritto dell'UE. Quindi, il ragionamento di tale dottrina è basato sul fatto che spesso la discriminazione basata sulla nazionalità può nascondere invero altre forme di discriminazione come quella razziale, di origine etnica o religiosa. Tuttavia, l'assenza di una definizione di razza nei provvedimenti e

<sup>39</sup> M.J. Bamshad, S.E. Olson (2003), *Does Race Exist?*, consultabile all'indirizzo [http://schools.tdsb.on.ca/rhking/departments/science/bio/evol\\_pop\\_dyn/does\\_race\\_exist.pdf](http://schools.tdsb.on.ca/rhking/departments/science/bio/evol_pop_dyn/does_race_exist.pdf).

<sup>40</sup> S. Benedi Lahuerta, *op. cit.*, nota 1, p. 750.

<sup>41</sup> O. De Schutter (2009), *Links between migration and discrimination*, in *European Commission-Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, Luxembourg: Publication Office of the European Union*, p. 5.

il bisogno di dipendere dalla Corte in simili situazioni controverse potrebbe comportare una insoddisfacente politica sulle migrazioni e sulla antidiscriminazione in Europa. Va notato che le discriminazioni basate sulla nazionalità sono molto vicine, e alle volte indistinguibili, dalle discriminazioni razziali o etniche<sup>42</sup>. Ciò consegue dal fatto che il diritto umanitario intende per nazionalità lo stato di cui si ha la cittadinanza mentre la nozione di nazione d'origine si riferisce al paese di origine, ossia paese di nascita o di cittadinanza di uno dei genitori. Per esempio, l'art. 1 paragrafo 1 della Convenzione Internazionale sulla Eliminazione di tutte le forme di Discriminazione razziale definisce l'espressione "discriminazione razziale" come "ogni distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica, che abbia lo scopo o l'effetto di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e culturale o in ogni altro settore della vita pubblica".

Il Comitato per l'Eliminazione delle Discriminazioni razziali (Ufficio ONU dell'Alto Commissariato dei Diritti Umani) ha riconosciuto una strettissima interazione tra la nazionalità, la razza e la origine etnica, osservando che in alcuni casi la discriminazione fondata sulla nazionalità può celare una discriminazione razziale<sup>43</sup>. Il Comitato ha indagato le reali motivazioni sottostanti alla politica dei prestiti di una banca danese *vis-à-vis* i residenti stranieri, in modo da accertare la presenza di criteri discriminatori fondati sulla razza<sup>44</sup>. Quindi, il rifiuto di un prestito da parte di una banca danese sulla sola base della nazionalità del richiedente è stato valutato dal Comitato come possibile discriminazione razziale indiretta. La motivazione addotta dalla banca di considerare la nazionalità nella politica dei prestiti al fine di garantire la restituzione del prestito stesso è stata giudicata debole. La politica della banca si basava sull'assunto che un cittadino danese (e probabilmente un cittadino UE) fosse in grado di adempiere ai propri obblighi di restituzione a differenza di un cittadino non UE. Al contrario, altri fattori, quali la residenza, i legami familiari, l'occu-

<sup>42</sup> O. De Schutter, *op. cit.*, p. 13.

<sup>43</sup> Comitato sull'Eliminazione della Discriminazione razziale, *Ziad Ben Ahmed Habassi c. Danimarca*, Comunicazione n. 10/1997, UN Doc CERD/C/54/D/10/1997 paragrafi 9.3-9.4 (1997).

<sup>44</sup> *Ibidem*.

pazione o il patrimonio del soggetto apparirebbero più adeguati a stabilire la capacità o la volontà del soggetto al rimborso del prestito.

Un caso olandese<sup>45</sup> può ulteriormente illustrare la prossimità della discriminazione sulla base della nazionalità rispetto alla discriminazione su base razziale. Nella fattispecie, un'autorità pubblica (il Comune di Haarlem) aveva ordinato una specifica indagine che coinvolgeva solo abitanti somali, legalmente residenti, che ricevevano sussidi pubblici. L'autorità locale aveva giustificato la necessità di procedere con la suddetta indagine sulla base dell'esistenza di indizi del trasferimento nel Regno Unito di un notevole numero di cittadini somali i quali però risultavano ancora registrati nel sistema amministrativo locale, e continuavano pertanto a percepire i relativi sussidi finanziari.<sup>46</sup> La Corte distrettuale ha riscontrato non vi fossero sufficienti giustificazioni obiettive per una tale indagine, considerando pertanto un caso di discriminazione razziale. Un altro esempio di stretta interazione tra nazionalità e razza si riscontra nei piani adottati dalla Regione Fiamminga in Belgio per incoraggiare l'integrazione di gruppi obiettivo nel mercato del lavoro. In virtù della severa proibizione belga di trattare dati personali contenenti origine etnica o razziale, questi piani catalogano le persone sulla base del criterio meno sensibile della nazionalità.<sup>47</sup> Alcuni ordinamenti nazionali in teoria hanno riempito i vuoti lasciati dalla normativa comunitaria fornendo una protezione più estesa ai cittadini non comunitari. Nel caso del Regno Unito, ad esempio, l'Atto del 1976 sulle relazioni razziali e l'Atto del 2010, includono colore, nazionalità e origini etniche o nazionali nella definizione di razza e stabiliscono una stretta disciplina sull'utilizzo di tali informazioni<sup>48</sup>.

Dall'analisi appena condotta appare quantomeno inappropriato che l'Unione europea promuova lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia lasciando ai singoli stati membri la possibilità di deliberare sulla questione dell'eguaglianza dei cittadini di paesi terzi. Sembra

<sup>45</sup> Rechtbank Haarlem (Corte distrettuale di Haarlem), sentenza dell'8 Maggio 2007, LJN: BA5410/JN.

<sup>46</sup> O. De Schutter, *op. cit.*, nota 41, p. 21.

<sup>47</sup> *Ivi*, p. 22.

<sup>48</sup> Il *Race Relations Act 1976* and the *Race Relations Amendment Act 2000* sono disponibili on line: <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.home-office.gov.uk/equality-diversity/race-relations/>. L'*Equality Act 2010 (Disability) Regulations 2010* è consultabile al seguente indirizzo: <http://www.legislation.gov.uk/uksi/2010/2128/contents/made>.

evidente un bisogno di coerenza a livello europeo che dovrebbe vincere i meccanismi protezionistici dei sistemi nazionali di assistenza. Si deve ricordare l'approccio della Corte nella causa Centrum, incentrato sull'ambito di applicazione della direttiva 2000/43 e sul concetto della creazione di un mercato del lavoro europeo socialmente inclusivo e di una società civile non discriminatoria. Dichiarazioni pubbliche di natura discriminatoria, anche se apparentemente rivolte a particolari nazionalità, costituiscono pertanto una palese discriminazione razziale e come tali sono suscettibili di sanzione. La Corte ha tentato di controbilanciare la limitazione presente nella direttiva 2000/43 ampliando il concetto di razza, includendo la nazionalità.

## 6. Note conclusive

Si sono evidenziate alcune lacune nella disciplina dei Trattati e delle direttive sull'uguaglianza in materia di trattamento dei cittadini di paesi terzi nei confronti di cittadini dell'Unione. Lo scritto ha discusso il principio della non discriminazione sulla base della nazionalità contenuto nell'articolo 18 TFUE (ex art. 12 TCE) e la sua applicazione ai soli cittadini UE. Si è poi riflettuto sulla sua interpretazione, distinguendo le persone sulla base della loro nazionalità e la residenza legale. Allo stato attuale, i cittadini dell'Unione sono al vertice della gerarchia e i cittadini di paesi terzi legalmente residenti sono ancora classificati sulla base del loro specifico *status* di immigrati economici, membri di famiglia, residenti di lungo periodo o rifugiati. L'analisi dell'art. 19 TFUE e la direttiva 2000/43 hanno evidenziato come questa gerarchia sia esacerbata da un numero di ulteriori disfunzioni. Quella più rilevante, ai fini del presente studio, è la clausola di esclusione presente nella direttiva. Nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia i cittadini di paesi terzi legalmente residenti rientrano nell'ambito dell'applicazione della direttiva sulla uguaglianza razziale solo nel caso in cui siano sottoposti a discriminazioni razziali, mentre una discriminazione basata sulla nazionalità risulta al momento giuridicamente legittima. Questo tipo di discriminazione potrebbe ricorrere su due livelli: tra cittadini di paesi terzi e cittadini UE o tra gli stessi cittadini non comunitari provenienti da nazioni differenti. Questo, come dimostrato, può capitare nel caso in cui alcuni soggetti non comunitari siano protetti da accordi bi o multilaterali conclusi tra l'UE e i paesi di origine. Data l'assenza di una definizione unitaria

di razza nella direttiva, l'interpretazione della Corte va considerata superiore. La presente indagine si è infine soffermata sulla prossimità tra il concetto di razza e quello di nazionalità e sull'approccio innovativo utilizzato dalla Corte nella decisione *Centrum*. Nel caso di specie, poiché la dichiarazione controversa della compagnia *Feryn* menzionava l'opposizione della clientela nei confronti dei lavoratori provenienti da una precisa nazione, senza specificare alcuna caratteristica fisica, si deve dedurre che la Corte nel decidere abbia considerato la nazionalità come rientrante nella definizione di razza.

È possibile pertanto concludere che i cittadini di paesi terzi sono evidentemente più vulnerabili e suscettibili di forti discriminazioni fondate soprattutto sulla nazionalità e la razza. Non è pertanto possibile raggiungere la realizzazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza l'eliminazione delle esistenti gerarchie tra soggetti e senza adottare appropriati emendamenti legislativi. Neanche l'interpretazione giurisprudenziale può efficacemente supplire le suddette lacune legislative, superando le stratificazioni degli *status* dei soggetti residenti all'interno dell'Unione. La nuova missione europea introdotta dal Trattato di Lisbona non sembra infatti compatibile con l'esistente distinzione tra *insiders*, cittadini UE, e *outsiders*, cittadini non UE, all'interno dell'Unione.



## **Tutela penale dalla discriminazione e diritto penale discriminatorio: casi e problemi**

GIORGIO ABBADESSA

*Sommario:* 1. Piano di lavoro e brevi considerazioni di metodo. 2. Il discorso razzista tra diritto penale e libertà di manifestazione del pensiero. 3. L'aggravante di "clandestinità". 4. Il reato di "immigrazione clandestina".

### **1. Piano di lavoro e brevi considerazioni di metodo**

Volendo occuparsi dei rapporti tra diritto penale e discriminazione razziale, due sono le direttrici che i toni e i contenuti della politica di oggi suggeriscono di seguire: la direttrice del diritto penale come strumento di tutela dalla discriminazione e la direttrice del diritto penale come veicolo di discriminazione. Con particolare riguardo a questa seconda direttrice, si cercherà di percorrerla adottando il punto di vista dell'odierno atteggiarsi del sistema penale. L'angolo prospettico scelto può aiutare a distinguere i due diversi piani dell'illegittimità giuridica e dell'inopportunità politica di una scelta punitiva e spingere il giurista (soprattutto quello cd. pratico) a lavorare con le categorie e i principi che compongono il sistema e che perciò sono generalmente condivisi, così da scongiurare il più possibile il rischio che, per rifiutarsi di servire la politica quali che siano i suoi contenuti, ci si ritrovi ad essere voce di una forza politica.



## 2. Il discorso razzista tra diritto penale e libertà di manifestazione del pensiero

La prima direttrice dell'indagine, quella del diritto penale come strumento di tutela dalla discriminazione, conduce alle fattispecie criminose previste dall'art. 3 della l. n. 654/1975, che nella versione attuale, risultante dalla riforma attuata dalla l. n. 85/2006<sup>1</sup>, tra l'altro punisce la propaganda di "idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico" e l'istigazione a "commettere atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi", nonché a "commettere violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi". Si è di fronte a reati comunemente definiti "di opinione", che come tali si pongono in un tendenziale – e bisognoso di ricomposizione – contrasto con la libertà di manifestazione del pensiero garantita dall'art. 21 Cost.

Secondo la giurisprudenza si tratta di reati di pericolo astratto o di mera condotta: non occorre, dunque, l'accertamento di un pericolo. Quello che però sembra più interessante – e logicamente prioritario – osservare è la progressiva ricostruzione in chiave personalistica dell'oggetto di tutela di queste fattispecie, che viene individuato nel diritto a non subire discriminazioni o nella dignità umana, non nell'ordine pubblico, inteso nella sua accezione sostanziale, di pubblica tranquillità. Da questa opzione ermeneutica deriva la perdita di centralità delle esigenze, espresse dalla portata dell'art. 21 Cost. e dal principio di necessaria lesività dell'illecito penale, di rimodellare le fattispecie in commento sul paradigma del pericolo concreto e di distinguere tra offesa diretta alla singola persona e offesa semplicemente indiretta, realizzata attraverso l'aggressione verbale a intere collettività, dal momento che la propaganda di idee razziste è comunque in grado di colpire – di danneggiare – la dignità di tutti gli appartenenti al gruppo oggetto dell'aggressione, ciò che giustifica il sacrificio della libertà di manifestazione del pensiero<sup>2</sup>. Pare, in altre parole, che in questo settore il diritto penale tenda a sottrarsi ai limiti che lo definiscono nella sua funzione di condizionare l'uso

<sup>1</sup> Per un'analisi della novella, M. Pelissero, *Il commento*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, pp. 1198 e ss.

<sup>2</sup> Al riguardo, C. Visconti, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 139 e ss.; sul punto cfr. anche A. Spina, *Libertà di espressione e reati di opinione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, pp. 689 e ss., in particolare pp. 713 e ss.

della forza, visto che l'esito della descritta personalizzazione del bene giuridico tutelato dalle fattispecie contro l'intolleranza è quello di escludere ogni contemperamento tra istanze repressive e libertà di manifestazione del pensiero<sup>3</sup>. È questo un fenomeno che si manifesta soprattutto quando il diritto penale non interviene a formalizzare con la sanzione un conflitto tra interessi o gruppi sociali antagonisti, ma raccoglie un consenso generale sulla meritevolezza di pena di un certo comportamento, sulla cui riprovevolezza si è "tutti d'accordo"<sup>4</sup>. Non è un caso che la lotta all'intolleranza sia una delle direttrici di politica criminale favorite dall'Unione europea, che da tempo utilizza il diritto penale per costruire una *Weltanschauung* in cui tutti i diversi popoli degli Stati membri si possano riconoscere, per costruire dunque un'identità comune, appunto europea<sup>5</sup>. Sembra allora opportuno cercare di adattare alle fattispecie criminose previste dalla l. n. 654/1975, nonostante tutta la sua problematicità<sup>6</sup>, la giurisprudenza della Corte costituzionale degli anni Settanta in materia di apologia di delitto e istigazione all'odio tra le classi sociali e, dunque, richiedere, per l'integrazione dei diversi reati, il pericolo concreto per la pubblica tranquillità ovvero la concreta idoneità a provocare la commissione di atti discriminatori o di violenze per motivi razziali.

### 3. L'aggravante di "clandestinità"

Percorrendo la seconda direttrice dell'indagine, quella del diritto penale come veicolo di discriminazione, il primo istituto che si incontra è la circostanza aggravante comune della "clandestinità": in base al n. 11 *bis* dell'art. 61 c.p., introdotto dal d.l. n. 92/2008 convertito con l. n. 125/2008, la pena è aumentata per chi ha commesso il fatto mentre si trovava illegalmente sul territorio nazionale. La nuova circostanza aggravante produce una differenziazione nel trattamento

<sup>3</sup> Così C. Visconti, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, cit., p. 146.

<sup>4</sup> In argomento, C.E. Paliero, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, pp. 849 e ss.

<sup>5</sup> Sull'uso politico del diritto penale da parte delle istituzioni europee, C. Sotis, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 94 e ss.

<sup>6</sup> Sul punto, G. Insolera, *I delitti contro l'ordine pubblico*, in AA.VV., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Bologna, Monduzzi, 2006, pp. 249 e ss. V. anche A. Spina, *Libertà di espressione e reati di opinione*, cit., pp. 726 e ss.



sanzionatorio tra cittadini e stranieri regolari, da un lato, e stranieri clandestini dall'altro: commesso lo stesso fatto penalmente illecito, l'immigrato clandestino viene punito più duramente del cittadino italiano. La differenziazione trova la propria ragione, quindi, in una condizione personale del colpevole<sup>7</sup> e, in questo senso, si pone come una violazione del principio di uguaglianza di fronte alla legge: l'art. 3 della Costituzione, infatti, vieta che davanti alla legge si facciano distinzioni in base, tra l'altro, alle condizioni personali e sociali dell'interessato, anche straniero<sup>8</sup>. Violazione dell'uguaglianza, dunque, forse violazione addirittura evidente<sup>9</sup>, che non può che esitare in una declaratoria di illegittimità costituzionale, se è vero che la Consulta, proprio in materia di controllo penale dell'immigrazione, ha già avuto modo di dire che “il sindacato di costituzionalità [...] può investire le pene scelte dal legislatore solo se si appalesi una evidente violazione del canone della ragionevolezza, in quanto ci si trovi di fronte a fattispecie di reato sostanzialmente identiche, ma sottoposte a diverso trattamento sanzionatorio”<sup>10</sup>.

Intanto, con l'ordinanza n. 277/2009, la Corte costituzionale ha dichiarato manifestamente inammissibili le questioni di costituzionalità sollevate e ha restituito ai giudici *a quibus* gli atti per *ius superveniens*, tenuto conto dell'introduzione del reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato (v. *infra*, n. 4). Si è detto, peraltro, che l'aggravante di “clandestinità” dà luogo a una differenziazione del trattamento sanzionatorio in ragione di una condizione personale. Il rilievo dovrebbe condurre l'interprete, che si proponga di vagliare la costituzionalità dell'aggravante, a lasciare il ridosso offerto dall'uguaglianza formale per muoversi verso le difficili acque del sindacato di ragionevolezza. Il parametro di distinzione delle condizioni personali e sociali, infatti, fa da *trait d'union* tra controllo di ugua-

<sup>7</sup> G. Dodaro, *Discriminazione dello straniero irregolare nell'aggravante comune della clandestinità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, pp. 1634 e ss., in particolare p. 1636.

<sup>8</sup> Sull'estensione dell'art. 3 Cost. agli stranieri quando sia in gioco la libertà personale cfr. G. Dodaro, *Discriminazione dello straniero irregolare nell'aggravante comune della clandestinità*, cit., p. 1641, nota n. 26.

<sup>9</sup> G.L. Gatta, *Aggravante della “clandestinità” (art. 61 n. 11-bis c.p.): uguaglianza calpestata*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, pp. 713 e ss., in particolare p. 746: nella ricostruzione dell'Autore, il parametro di illegittimità costituzionale dell'aggravante in commento oscilla tra l'uguaglianza e l'uguaglianza-ragionevolezza.

<sup>10</sup> Corte cost., sent. n. 22/2007, n. 7.3 del “Considerato in diritto”, in tema di art. 14, c. 5 *ter*, d.lgs. n. 286/1998 (testo unico sull'immigrazione).



gianza e sindacato di ragionevolezza della legge<sup>11</sup>: con riferimento alle discriminazioni effettuate sulla base di condizioni personali, in particolare, si ritiene che la Costituzione ponga una presunzione di illegittimità costituzionale soltanto relativa, nel senso che la differenziazione normativa può ritenersi legittimata se ragionevole. Le discriminazioni effettuate sulla base di condizioni personali, dunque, rinvengono il loro parametro di costituzionalità nel principio di uguaglianza-ragionevolezza (o uguaglianza ragionevole), che impone alla legge di trattare in modo uguale situazioni ragionevolmente uguali e in modo diverso situazioni ragionevolmente diverse<sup>12</sup>. Di qui deriva che se la differenziazione normativa *ratione subiecti* manca di causa – se la *ratio distinguendi* non è rilevante – allora consiste in una irragionevole e, quindi, incostituzionale discriminazione<sup>13</sup>.

Così, leggendo l'aggravante di "clandestinità" in chiave special-preventiva, si è detto che l'aumento di pena si baserebbe su un'irragionevole presunzione relativa alla capacità a delinquere dello straniero irregolare che si rifletterebbe sull'irragionevolezza della discriminazione, perché questa non avrebbe più motivo d'essere data – ora – la mancanza di causa<sup>14</sup>. In aggiunta a quest'ordine di critiche si fa valere il divieto di presunzioni assolute di pericolosità e, ancora una volta, l'irragionevolezza della scelta legislativa di aggravare la pena per il fatto commesso dal clandestino a prescindere da un accertamento in concreto della pericolosità dell'autore irregolarmente presente sul territorio nazionale, irragionevolezza che emergerebbe dal confronto con altri istituti ispirati a una logica special-preventiva – la stessa pena in concreto, la sospensione condizionale della pena, le misure alternative alla detenzione e, soprattutto, la misura di sicurezza dell'espulsione dello straniero condannato per reati in materia

<sup>11</sup> G. Insolera, *Principio di uguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale* (a cura di G. Insolera, N. Mazzacuva, M. Pavarini, M. Zanotti), Torino, Giappichelli, 2006, pp. 313 e ss., in particolare pp. 316, 318.

<sup>12</sup> A. Barbera, C. Fusaro, *Corso di diritto pubblico*, Bologna, il Mulino, 2001, pp. 165 e ss. Dal rilievo si comprende come la categoria della ragionevolezza coinvolga in realtà anche l'uguaglianza formale (il cd. nucleo forte del principio di uguaglianza). Sul punto, v. anche G. Insolera, *Principio di uguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, cit., p. 316.

<sup>13</sup> Sulla struttura del sindacato di uguaglianza-ragionevolezza, A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 37 e ss.

<sup>14</sup> Sul punto cfr. G. Dodaro, *Discriminazione dello straniero irregolare nell'aggravante comune della clandestinità*, cit., pp. 1646 e ss.

di stupefacenti – che, tuttavia, richiedono una valutazione in concreto della pericolosità dello straniero anche irregolare<sup>15</sup>. Quanto al primo rilievo, è da dire che la valutazione della fondatezza della presunzione relativa alla capacità a delinquere del clandestino – che si suggerisce alla Corte costituzionale di compiere – consisterebbe in un sindacato su un “giudizio di fatto” operato dal legislatore sulla base di dati statistici di interpretazione controversa, tanto in un senso – quello inteso dal Governo e poi dal Parlamento – che nell’altro<sup>16</sup>: un sindacato dunque ambiguo, quello a cui sarebbe chiamata la Corte, ai confini tra giudizio di legittimità e merito politico<sup>17</sup>. Con riguardo, poi, al rilievo che si concentra, fondamentalmente, sull’assolutezza della presunzione di pericolosità del clandestino, pare che l’aggravante prevista dal n. 11 *bis* dell’art. 61 c.p., al di là di alcune giustificazioni date alla misura in sede di lavori preparatori, in realtà si differenzi dalle classiche fattispecie di pericolosità soggettiva legale o giudiziale una volta presenti nel sistema e da quelle che vi compaiono ancora oggi: ci si riferisce alla recidiva obbligatoria e alle presunzioni di pericolosità previste dagli artt. 222 e 224 c.p., da un lato, e alle tipologie di pericolosità sociale specifica (delinquente e contravventore abituale, delinquente professionale o per tendenza), dall’altro.

Queste figure, infatti, si sono sempre basate sulla constatazione della *precedente commissione* di fatti di reato – magari considerata unitamente alla *gravità di questi fatti* e, in certi casi, alle circostanze previste dal capoverso dell’art. 133 c.p. e/o ad altri indici (circostanze temporali) – oppure delle particolari *condizioni psicofisiche* o anche solo *caratteriali*, oppure ancora della condotta di vita *antecedente al reato*, dell’autore di un *fatto grave*<sup>18</sup>. L’aggravante di “clandestinità”,

<sup>15</sup> G.L. Gatta, *Aggravante della “clandestinità” (art. 61 n. 11-bis c.p.): uguaglianza calpestata*, cit., pp. 735 e ss.

<sup>16</sup> Lo ricorda anche G. Dodaro, *Discriminazione dello straniero irregolare nell’aggravante comune della clandestinità*, cit., p. 1643, nota n. 27, con il riferimento ai discussi studi “controcorrente” (se considerati all’interno del circolo culturale di appartenenza) del sociologo Barbagli.

<sup>17</sup> Sul tema, D. Pulitanò, *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità di norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, pp. 1004 e ss.

<sup>18</sup> A questo proposito, è da notare che il concetto di “condotta contemporanea al reato”, utilizzato dal capoverso dell’art. 133 c.p., si ritiene che attenga per lo più alle modalità di commissione del fatto: sul punto M. Romano, sub *art. 133*, in M. Romano, G. Grasso, *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. II, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 327 e ss., in particolare p. 333.

invece, è centrata su una situazione di *consapevole*<sup>19</sup> e *perdurante* opposizione tra soggetto e ordinamento che fa da contesto alla commissione di un fatto di reato *qualsiasi*. La “clandestinità”, infatti, è una condizione personale *che consiste nella violazione* delle norme in materia di immigrazione, norme peraltro ritenute essenziali a prescindere dal tipo di sanzione da cui sono assistite<sup>20</sup>. Il rilievo dovrebbe spingere l’interprete a deviare da una lettura dell’istituto in chiave special-preventiva, il che impedirebbe di ritenere la nuova aggravante illegittima per contrasto con il divieto di presunzioni assolute di pericolosità e precluderebbe il confronto con quegli istituti, ispirati appunto a una logica special-preventiva, richiamati poco sopra.

La consapevole e volontaria opposizione del soggetto all’ordinamento è ciò attorno a cui ruota la categoria della colpevolezza. Da quanto detto, pertanto, pare che l’aumento di pena prodotto dall’applicazione dell’aggravante di “clandestinità” trovi la propria ragion d’essere in un giudizio di colpevolezza, ritenuta dall’ordinamento maggiore in colui che delinque mentre si trova illegalmente sul territorio nazionale. La consapevolezza di trasgredire le norme in materia di immigrazione si somma alla consapevolezza di trasgredire un precetto penale. Oppure, detto in altri termini: sulla consapevolezza di trasgredire le norme in materia di immigrazione si innesta la consapevolezza di trasgredire un precetto penale. Il grado di ribellione all’ordine costituito – il grado di colpevolezza – aumenta e la pena altrettanto. La struttura dell’aggravante di “clandestinità”, d’altra parte, è analoga a quella dell’aggravante di latitanza prevista dall’art. 61 n. 6 c.p. – entrambe le fattispecie prendono in considerazione una trasgressione – la cui *ratio* si ravvisa, di solito, nella più accentuata volontà di ribellione manifestata da chi commette un reato dopo essersi sottratto al potere coercitivo dello Stato<sup>21</sup>. La colpevolezza, più

<sup>19</sup> M. Donini, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d’autore nel controllo penale dell’immigrazione*, in *Quest. giust.*, 2009, pp. 101 e ss., in particolare p. 129.

<sup>20</sup> G. Dodaro, *Discriminazione dello straniero irregolare nell’aggravante comune della clandestinità*, cit., p. 1645.

<sup>21</sup> Così, quasi testualmente, G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. PG*, Bologna, Zanichelli, 2004, p. 397. Sulla non configurabilità dell’aggravante di “clandestinità” rispetto ai reati colposi, G.L. Gatta, *Aggravante della “clandestinità” (art. 61 n. 11-bis c.p.): uguaglianza calpestata*, cit., p. 723. Pare scettico sulla disomogeneità, denunciata da più parti, delle situazioni considerate dalle due aggravanti, di “clandestinità” e di latitanza, G. Dodaro, *Discriminazione dello straniero irregolare nell’aggravante comune della clandestinità*, cit., pp. 1644 e ss. Per una lettura

grave, che si attribuisce al delinquente clandestino, tuttavia, non è una colpevolezza per il fatto. Più precisamente, la colpevolezza attribuita all'autore non passa "attraverso il fatto" e la relativa valutazione non muove dalle dinamiche della commissione del fatto punito più gravemente. La valutazione di colpevolezza muove invece dalla condotta e dallo stile di vita dell'autore, che paga con una pena più dura per il fatto commesso il proprio *modus vivendi*<sup>22</sup>.

Sembra dunque che si possa sostenere con più sicurezza che la nuova circostanza aggravante comune di "clandestinità" sia incostituzionale perché viola non tanto il principio di uguaglianza-ragionevolezza, quanto l'autonomo e meno evocativo principio di colpevolezza per il fatto (art. 27, co. 1, Cost.), generalmente condiviso<sup>23</sup>. Sulla validità di questa conclusione, tuttavia, non può che rimanere qualche perplessità, visto che il nostro ordinamento penale e costituzionale, fino ad ora, ha conservato l'aggravante di latitanza, che può

---

in chiave prevalentemente special-preventiva negativa di ambedue le aggravanti, ritenute incostituzionali perché prescindono dall'esistenza di un nesso non occasionale tra la situazione di illegalità presa in considerazione e il reato commesso, M. Donini, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, cit., pp. 128 e ss.

<sup>22</sup> Si ritiene non semplice la distinzione tra colpa d'autore, nella versione in particolare della colpevolezza per la condotta di vita, e pericolosità sociale: al riguardo, G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. PG*, cit., pp. 279 e ss. La corretta analisi strutturale dell'aggravante di "clandestinità" può forse rendere chiara, almeno in un caso, tale distinzione.

<sup>23</sup> G. Dodaro, *Discriminazione dello straniero irregolare nell'aggravante comune della clandestinità*, cit., p. 1652. Il principio di colpevolezza per il fatto, nell'imporre in definitiva di valutare l'autore per ciò che egli è, commettendo un reato, ha dimostrato di volere e non per ciò che egli è, sembra mantenersi comunque autonomo dal principio di uguaglianza-ragionevolezza dal momento che, con riferimento all'idea di colpevolezza qualsiasi essa sia, non può predicarsi l'alternativa fondatezza-infondatezza come si può fare, pur con grandi difficoltà, per la generalizzazione che animi una presunzione soggettiva di pericolosità o per il carattere assoluto di una tale presunzione, dipendendo la scelta per uno dei due poli dell'alternativa da considerazioni di fatto. L'idea di colpevolezza riposa su un proprio specifico discorso che si dipana da presupposti gius-teorici, sistematici e, alla fine, di valore e, dunque, il concetto di colpevolezza – qualsiasi esso sia – non pare poter svolgere il ruolo di semplice "motivo" di differenziazione del quale accertare, in un giudizio di costituzionalità, la rilevanza o l'irrelevanza. Occorre che la colpevolezza per il fatto si ponga nel sistema come un principio. Ciò conferisce al discorso sulla colpevolezza dignità autonoma, anche qualora dovesse essere utilizzato come parametro per un sindacato di ragionevolezza-uguaglianza (come immagina G.L. Gatta, *Aggravante della "clandestinità" (art. 61 n. 11-bis c.p.): uguaglianza calpestate*, cit., pp. 747 e ss.).

ritenersi illegittima per lo stesso motivo. Il rilievo dovrebbe spingere a riflettere sul reale significato (sull'efficacia e, dunque, sulla validità) del principio di colpevolezza per il fatto e, quindi, sulla distinzione tra illegittimità giuridica e inopportunità politica. Forse, tuttavia, il principio di colpevolezza per il fatto è valido in tutte le sue implicazioni e l'aggravante di latitanza fa ancora parte del sistema solo per l'assenza di una serrata critica scientifica nei suoi confronti. Questo secondo rilievo risparmierebbe agli interessati, per questa volta, le complicate riflessioni sulla distinzione appena richiamata, ma esorterebbe comunque a interrogarsi sulla natura dei rapporti tra cd. scienza giuridica e attività politica<sup>24</sup>.

#### 4. Il reato di “immigrazione clandestina”

Proseguendo sulla direttrice di indagine del diritto penale come veicolo di discriminazione, si incontra infine il nuovo reato di “immigrazione clandestina”, introdotto dalla l. n. 94/2009 all'art. 10 *bis*

<sup>24</sup> Mentre va in stampa questo intervento, si apprende della decisione della Corte costituzionale n. 249/2010, che ha dichiarato illegittimo l'art. 61, n. 11 *bis*, c.p., per violazione degli art. 3, co. 1 e 25, co. 2 Cost. Il ragionamento della Corte sembra incrociare prospettive diverse. La Corte considera l'aggravante di clandestinità come una norma che limita i diritti fondamentali e realizza un trattamento differenziato per taluni soggetti sulla base di qualità che, secondo la Costituzione, devono essere ritenute irrilevanti. La *ratio* dell'aggravante in parola è rinvenuta nella illegittima presunzione assoluta di maggiore pericolosità dell'immigrato irregolare. La Corte, poi, è del parere che la disposizione censurata, considerata nel sistema del controllo penale dell'immigrazione, possa dare luogo ad irragionevoli moltiplicazioni sanzionatorie. La Corte, ancora, ritiene che l'aggravante di clandestinità configuri una responsabilità penale d'autore in violazione del principio di offensività e si preoccupa di distinguere tale aggravante da quella di latitanza. A leggere la sentenza, peraltro, pare che anche l'idea della colpevolezza per la condotta di vita abbia giocato un qualche ruolo. Dice la Corte: “In definitiva, la qualità di immigrato ‘irregolare’ – che si acquista con l'ingresso illegale nel territorio italiano o con il trattenimento dopo la scadenza del titolo per il soggiorno, dovuta anche a colposa mancata rinnovazione dello stesso entro i termini stabiliti – diventa uno ‘stigma’, che funge da premessa ad un trattamento penalistico differenziato del soggetto, i cui comportamenti appaiono, in generale e senza riserve o distinzioni, caratterizzati da un accentuato antagonismo verso la legalità. [...] Ciò determina un contrasto tra la disciplina censurata e l'art. 25, secondo comma, Cost., che pone il fatto alla base della responsabilità penale e prescrive pertanto, in modo rigoroso, che un soggetto debba essere sanzionato per le condotte tenute e non per le sue qualità personali”.

del d.lgs. n. 286/1998, che punisce lo straniero che irregolarmente fa ingresso ovvero si trattiene nel territorio dello Stato. La fattispecie, contravvenzionale, si registra su una mera trasgressione. Inoltre, si fa rilevare, il nuovo reato di “immigrazione clandestina” considererebbe accanto alla disobbedienza anche il tipo d’autore, dal momento che la carica offensiva espressa dalla fattispecie nei confronti dell’attività amministrativa di controllo e disciplina dei flussi migratori – si dice – sta e cade insieme con l’appartenenza dell’autore alla categoria degli stranieri, anzi è presunta da questa appartenenza<sup>25</sup>.

Di qui la conclusione, in primo luogo, che il reato di “immigrazione clandestina” si porrebbe in contrasto, fondamentale, con il principio costituzionale di necessaria offensività dell’illecito penale. La validità di questa conclusione dipende dall’ampiezza dell’elenco dei beni giuridici considerati legittimi oggetti di tutela penale. Qui si può ripercorrere soltanto per sommi capi la vicenda della fondazione costituzionale dell’illecito penale. La versione più compiuta e rigorosa della teoria costituzionalmente orientata del bene giuridico<sup>26</sup>, che voleva un illecito penale lesivo di un bene non semplicemente pre-dato rispetto alla norma incriminatrice, ma che fosse inquadrabile tra i beni giuridici considerati dalla Carta costituzionale e che si distinguesse, tra questi beni, per il grado gerarchico particolarmente elevato<sup>27</sup>, non è riuscita a plasmare di sé il sistema penale e ad agire da criterio di politica criminale vincolante per il legislatore. Le ragioni dell’insuccesso – è stato detto – sono da cercare non tanto nelle presunte aporie della tesi appena sintetizzata<sup>28</sup>,

<sup>25</sup> M. Donini, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d’autore nel controllo penale dell’immigrazione*, cit., p. 126.

<sup>26</sup> È la versione elaborata da F. Bricola, voce «*Teoria generale del reato*», in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1973, pp. 7 e ss., ora in Id., *Scritti di diritto penale* (a cura di S. Canestrari, A. Melchionda), Milano, Giuffrè, 1997, Vol. I, Tomo I, pp. 539 e ss.

<sup>27</sup> F. Bricola, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in M. De Acutis, G. Palombarini (a cura di), *Funzioni e limiti del diritto penale. Alternative di tutela*, Padova, Cedam, 1982, pp. 3 e ss., ora in Id., *Scritti di diritto penale*, cit., Vol. I, Tomo II, pp. 1475 e ss., in particolare 1489 e ss.: “Mettere in dubbio la possibilità di tale gerarchia significa, di necessità, escludere l’assunto secondo cui il reato potrebbe concretarsi soltanto nella lesione di beni costituzionalmente rilevanti ed ammettere solo in linea tendenziale tale assunto”.

<sup>28</sup> Secondo gli “addetti ai lavori”, la tesi dell’illecito penale costituzionalmente fondato palesava una prima e significativa debolezza quando apriva alla tutela di beni giuridici di rilievo non espressamente costituzionale, ma la cui protezione costituisse il presupposto necessario per la tutela di beni, questi sì, di espressa rilevanza costituzionale, ciò che avrebbe limitato la capacità selettiva in chiave politico-

quanto nella forte domanda di intervento posta al diritto penale a partire dagli anni Settanta ed esasperata dal prodursi di emergenze sempre nuove – tra cui l'emergenza del “rischio”<sup>29</sup> – e nella perdita di specialità del diritto penale, espressa soprattutto dalla crisi della pena detentiva<sup>30</sup>.

La perdita di centralità dell'*argumentum libertatis*, infatti, ha destituito di fondamento logico-giuridico il sillogismo che si poneva come causa efficiente della fondazione costituzionale dell'illecito penale, deducendo dal sacrificio della libertà personale prospettato dal reato l'esigenza che tale tipo di illecito andasse a tutelare un bene giuridico con quella libertà personale almeno comparabile, quindi un bene giuridico di rilievo costituzionale. Si è così potuta legittimare, non solo politicamente, la sottoposizione dell'oggetto di tutela del reato a quel processo di “seriazione” in base al quale il legislatore e l'interprete, sostituendo al bene finale o diffuso un bene-funzione, riescono comunque a ricostruire come offensiva – *tout court*, non più di un bene di rango costituzionale – la fattispecie<sup>31</sup>; il tutto risolvendosi, da un punto di vista politico-criminale, in un problema di proporzione tra importanza del bene giuridico tutelato, tecnica di tutela penale prescelta e afflittività della sanzione<sup>32</sup>: tanto che nei tempi più recenti, nei confronti del problema del diritto penale artificiale – della criminalizzazione dei *mala quia vetita* – si è tentato un approccio non più “oggettivistico”, ma “soggettivistico”, che cioè punta sulla teoria della colpevolezza<sup>33</sup>. Di qui la conclusione che non può dirsi

criminale dell'intera teorica. Pare, tuttavia, che simile rilievo fosse superabile in via sistematica facendo leva sui vincoli costituzionali di struttura dell'illecito penale, in primo luogo sul principio di colpevolezza, così da riuscire a escludere almeno la criminalizzazione di precetti di natura meramente ordinatoria. Al riguardo, ancora, F. Bricola, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, cit., pp. 1513 e ss.

<sup>29</sup> E. Musco, *L'illusione penalistica*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 59 e ss.

<sup>30</sup> Al riguardo, V. Manes, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 130 e ss.

<sup>31</sup> Per questa dinamica, A. Fiorella, voce *Reato in generale*, in *Enc. dir.*, Vol. XXXVIII, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 771 e ss., in particolare pp. 797 e ss.

<sup>32</sup> Cfr. F. Angioni, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, Giuffrè, 1983, pp. 163 e ss.; sulla “traslitterazione” dell'offensività nel giudizio di proporzione, V. Manes, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., pp. 136 e ss.

<sup>33</sup> Cfr., ad esempio, A. Vallini, *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e reati artificiali*, Torino, Giappichelli, 2003, pp. 165 e ss., pp. 185 e ss.

generalmente condivisa l'idea che l'elenco di beni giuridici considerati legittimo oggetto di tutela penale non annoveri beni-funzione o beni-attività amministrative<sup>34</sup>, nonostante che tali beni si avvicinino molto a mere *rationes* di tutela o, addirittura, a pure norme<sup>35</sup>. Poiché la violazione delle norme in materia di immigrazione turba senz'altro – a quanto pare – l'attività amministrativa di controllo e disciplina dei flussi migratori, dovrebbe restare dubbio che il reato di “immigrazione clandestina” contrasti con il principio di necessaria lesività dell'illecito penale che, per come esso vive anche nella giurisprudenza della Corte costituzionale<sup>36</sup>, sembra al massimo pretendere la ragionevolezza della valutazione legislativa di pericolosità del fatto incriminato quando vengano in rilievo fattispecie, anche soggettive, di pericolo astratto<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> Quegli interessi, cioè, che a quanto pare F. Bricola, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, cit., pp. 1545 e ss. considerava di natura organizzativa e costituzionalmente significativi, anche se privi di rango costituzionale primario.

<sup>35</sup> Cfr. V. Manes, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, cit., pp. 95 e ss. e nota n. 143.

<sup>36</sup> Vivifica, invece, la teoria costituzionalmente orientata del bene giuridico una recente pronuncia del Collegio garante della costituzionalità delle norme di San Marino: la sent. 27 novembre 2006, n. 5, Pres. ed est. Barbera, in *Foro it.*, 2007, IV, cc. 349 e ss., con nota di V. Manes, *Il principio di offensività in una pronuncia del Tribunale costituzionale di San Marino*, in *Foro it.*, 2007, IV, cc. 582 e ss.

<sup>37</sup> Su questo utilizzo dell'offensività in astratto, M. Catenacci, *I reati di pericolo presunto fra diritto e processo penale*, in E. Dolcini, C.E. Paliero (a cura di), *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, Giuffrè, 2006, Tomo II, pp. 1415 e ss. Per la Carta costituzionale come criterio vincolante e a un tempo duttile nella selezione degli oggetti di tutela, attraverso la valorizzazione dei fattori “normativo” e “del consenso sociale” nell'individuazione dei sottointeressi di rango costituzionale, in funzione di una rinnovata versione forte dell'offensività come parametro di legittimità della scelta politico-criminale, V. Manes, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, cit., pp. 158 e ss. Peraltro, pare difficile escludere del tutto che l'interesse alla regolazione del fenomeno migratorio (il bene-funzione “governo dell'immigrazione”) sia dotato di una certa fisionomia organizzativa configurata – almeno fino ad oggi – da altri rami dell'ordinamento e di un certo grado di consolidamento sociale, cioè dei due attributi che, con riferimento al bene giuridico che ne è dotato, escludono – o comunque riducono al minimo, entro limiti legittimi, secondo F. Bricola, *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, in *Quest. crim.*, 1981, pp. 445 e ss., ora anche in Id., *Scritti di diritto penale*, cit., Vol. I, Tomo II, pp. 1407 e ss. – la funzione promozionale del diritto penale e consentono la tutela penale, stante il rapporto identitario che si riteneva di ravvisare tra (illegittimo) diritto

Quest'ultima constatazione permette di spostare il discorso intorno alla legittimità del reato di "immigrazione clandestina" sul campo della cd. sussidiarietà del diritto penale, intesa oggi non più solo come stretta necessità dell'intervento penale – come generica idea di tendenziale riduzione del penalmente rilevante – ma anche come esigenza di un reale "orientamento alle conseguenze", e non semplicemente ai valori e agli scopi<sup>38</sup>, della politica criminale, per cui ogni scelta punitiva dovrebbe avere a proprio fondamento una ragionevole valutazione di *effettività*, ciò che tra l'altro darebbe nuova linfa alla riserva di legge in materia penale, conferendole una dimensione "sostanziale"<sup>39</sup>, e consentirebbe la giustiziabilità di fronte alla Corte costituzionale del principio di sussidiarietà nel diritto penale<sup>40</sup>. La valutazione di effettività della scelta politico-criminale, a quanto sembra, dovrebbe concernere due aspetti: la possibilità di un efficiente funzionamento dell'intervento penale – e qui la valutazione dovrebbe servirsi dell'analisi economica applicata al diritto penale<sup>41</sup> – e l'effettività della pena. Quello che si può dire è che, con riguardo al reato di "immigrazione clandestina", una pur elementare considerazione del primo aspetto da parte della politica si è avuta, diversamente da quanto è accaduto in tante altre occasioni: si allude alla polemica, seguita anche dalla stampa, tra il Ministro della Giustizia e l'Associazione nazionale magistrati riguardo alle gravi disfunzioni per il sistema giudiziario che l'introduzione dell'art. 10 *bis* avrebbe comportato, polemica che ha indotto il Governo ad attribuire al giudice di pace la competenza a giudicare del nuovo reato.

penale ordinario-formale e diritto penale promozionale – F. Bricola, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, cit., p. 1506.

<sup>38</sup> Sulla distinzione tra "orientamento ai valori e agli scopi" e "orientamento alle conseguenze" del diritto penale, M. Donini, *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto fra diritto penale e politica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, pp. 27 e ss., ptc. 43 e ss.

<sup>39</sup> Al riguardo, M. Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 83 e ss., pp. 281 e ss.

<sup>40</sup> Cfr. M. Donini, M. Pavarini, *Silete poenologi in munere alieno!*, in M. Pavarini (a cura di), *Silete poenologi in munere alieno! Teoria della pena e scienza penalistica, oggi*, Bologna, Monduzzi, 2006, pp. 11 e ss.

<sup>41</sup> Se ne è occupato C.E. Paliero, *L'economia della pena (un work in progress)*, in E. Dolcini, C.E. Paliero (a cura di), *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, cit., Tomo I, pp. 539 e ss.

Con riguardo, invece, al secondo aspetto, quello dell'effettività della pena, sembra comunque da riconoscere che sulla fattibilità di una valutazione oggettivamente ragionevole dell'opzione politico-criminale sotto questo profilo – ma ciò può valere anche per la scelta di attribuire la competenza a giudicare del reato di “immigrazione clandestina” al giudice di pace – non è ancora riuscito a formarsi il necessario consenso, anzi: da un lato si ammonisce a non riporre eccessiva fiducia sulla presunta certezza delle scienze “dure”, dall'altro – e per conseguenza – ci si chiede come si possa conciliare l'esigenza di *validare scientificamente e concepire come falsificabile* la scelta politico-criminale con il metodo democratico che si vuole proprio del discorso penale<sup>42</sup>. A queste condizioni, la sussidiarietà dell'intervento penale, cioè la ragionevole valutazione dell'effettività della scelta punitiva nei suoi due aspetti, rischia di farsi puro procedimento, di ridursi all'esigenza di una formale motivazione della legge penale sempre e di nuovo fondata sulla *voluntas* degli eletti, che non ha bisogno di *rationes* per legittimarsi.

Quanto, poi, alla considerazione del tipo d'autore che la fattispecie in commento opererebbe, in questa sede si può soltanto notare che quella di straniero è una qualifica soggettiva, configurandosi così il reato di “immigrazione clandestina” come un reato proprio che si concentra su doveri di *status*. Il giurista che volesse criticare la nuova fattispecie sotto questo secondo profilo, dunque, dovrebbe prima di tutto verificare se il sistema già conosca figure criminose, in particolare reati propri, che si registrano sulla trasgressione di doveri di *status* e, in caso di positivo riscontro, riflettere sul loro eventuale fondamento e comunque chiedersi il motivo della loro indisturbata permanenza. Qui si può soltanto suggerire la considerazione del reato di “emigrazione clandestina”, previsto dall'art. 158, comma 2, del Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza (R.D. n. 773/1931), che a quanto pare punisce la trasgressione dell'obbligo legale di munirsi di passaporto gravante sul cittadino che si proponga di uscire dai confini dello Stato<sup>43</sup>.

<sup>42</sup> Cfr. G. Fiandaca, *Legalità penale e democrazia*, in *Quad. fior.*, 2007, pp. 1247 e ss., in particolare pp. 1260, 1266 e ss.

<sup>43</sup> Nelle more della pubblicazione, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 250/2010, ha avuto modo di decidere anche sull'art. 10 *bis* del d.lgs. n. 286/1998, che viene conservato. La Corte si è così espressa: “6.2 [...] Oggetto dell'incriminazione non è un ‘modo di essere’ della persona, ma uno specifico comportamento, trasgressivo di norme vigenti. Tale è, in specie, quello descritto dalle locuzioni alternative ‘fare ingresso’ e ‘trattenersi’ nel territorio dello Stato, in violazione delle

disposizioni del testo unico sull'immigrazione [...]. 6.3 Né può condividersi, per altro verso, l'assunto in forza del quale si sarebbe di fronte ad un illecito 'di mera disobbedienza', non offensivo – anche solo nella forma della messa in pericolo – di alcun bene giuridico meritevole di tutela: illecito la cui repressione darebbe vita ad una ipotesi di 'diritto penale d'autore', al di sotto della quale si radicherebbe l'intento di penalizzare, ex se, situazioni di povertà ed emarginazione [...]. Il bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice è, in realtà, agevolmente identificabile nell'interesse dello Stato al controllo e alla gestione dei flussi migratori, secondo un determinato assetto normativo: interesse la cui assunzione ad oggetto di tutela penale non può considerarsi irrazionale ed arbitraria – trattandosi, del resto, del bene giuridico 'di categoria', che accomuna buona parte delle norme incriminatrici presenti nel testo unico del 1998 – e che risulta, altresì, offendibile dalle condotte di ingresso e trattenimento illegale dello straniero. L'ordinata gestione dei flussi migratori si presenta, in specie, come un bene giuridico 'strumentale', attraverso la cui salvaguardia il legislatore attua una protezione in forma avanzata del complesso di beni pubblici 'finali', di sicuro rilievo costituzionale, suscettivi di essere compromessi da fenomeni di immigrazione incontrollata. Ciò, secondo una strategia di intervento analoga a quella che contrassegna vasti settori del diritto penale complementare, nei quali la sanzione penale – specie contravvenzionale – accede alla violazione di discipline amministrative afferenti a funzioni di regolazione e controllo su determinate attività, finalizzate a salvaguardare in via preventiva i beni, specie sovraindividuali, esposti a pericolo dallo svolgimento indiscriminato delle attività stesse (basti pensare, ad esempio, al diritto penale urbanistico, dell'ambiente, dei mercati finanziari, della sicurezza del lavoro). Caratteristica, questa, che, nel caso in esame, viene peraltro a riflettersi nell'esiguo spessore della risposta punitiva prefigurata dalla norma impugnata, di tipo meramente pecuniario. [...] 10. [...] È pure difficilmente contestabile, per altro verso, che – come da più parti criticamente rimarcato – la pena dell'ammenda, applicabile nei casi di mancata esecuzione (o eseguibilità immediata) dell'espulsione, presenti una ridotta capacità dissuasiva: e ciò, a fronte della condizione di insolvibilità in cui assai spesso (ma, comunque, non indefettibilmente) versa il migrante irregolare e della difficoltà di convertire la pena rimasta ineseguita in lavoro sostitutivo o in obbligo di permanenza domiciliare (art. 55 del d.lgs. n. 274 del 2000), stante la problematica compatibilità di tali misure con la situazione personale del condannato, spesso privo di fissa dimora e che, comunque, non può risiedere legalmente in Italia. Simili valutazioni – al pari di quella attinente, più in generale, al rapporto fra 'costi e benefici' connessi all'introduzione della nuova figura criminosa, rapporto secondo molti largamente deficitario (tanto più in un sistema che già prevede, in caso di mancata esecuzione immediata dell'espulsione, l'ordine di allontanamento del questore, che innesca la più energica tutela penale predisposta dall'art. 14, comma 5-ter, del d.lgs. n. 286 del 1998) – attengono, tuttavia, all'opportunità della scelta legislativa su un piano di politica criminale e giudiziaria: piano di per sé estraneo al sindacato di costituzionalità. Come già ad altro fine rimarcato, difatti, 'non spetta a questa Corte esprimere valutazioni sull'efficacia della risposta repressiva penale rispetto a comportamenti anti-giuridici che si manifestino nell'ambito del fenomeno imponente dei flussi migratori dell'epoca presente, che pone gravi problemi di natura sociale, umanitaria e di sicurezza' (sentenza n. 236 del 2008)".



## Eguaglianza e pari dignità

ANDREA GUAZZAROTTI

*Sommario:* 1. L'eguaglianza è un diritto? 2. La pari dignità sociale degli stranieri quale punto focale. 3. Il lato oscuro del Welfare State. 4. Dignità e antidiscriminazione secondo il civilista. 5. Discriminare "paga"?

### 1. L'eguaglianza è un diritto?

L'eguaglianza, si dice, non è espressamente predicata per gli stranieri bensì solo per i cittadini (art. 3, co. 1, Cost.). L'eguaglianza, inoltre, non è un diritto bensì un principio relazionale<sup>1</sup>. All'eguaglianza si è da tempo affiancata la ragionevolezza, quale giudizio incentrato prevalentemente sulla intrinseca coerenza di una determinata disciplina che prescinde da esplicite valutazioni di parità di trattamento tra categorie soggettive<sup>2</sup>. È il sindacato di ragionevolezza, ciò che alla fine si applica alle leggi asseritamente discriminatorie verso gli stranieri, non l'eguaglianza<sup>3</sup>. A questo approccio, di recente si sta affacciando la riscoperta, nei riguardi degli stranieri, di una valenza soggettiva dell'eguaglianza, già in passato invocata nei riguardi degli stessi cittadini<sup>4</sup>. Il passaggio a tale differente interpretazione dell'art.

<sup>1</sup> Cfr., riassuntivamente, A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, 3<sup>a</sup> ed., Padova, Cedam, 2003, pp. 157 e ss.

<sup>2</sup> Le categorie risultano, in tale secondo giudizio, oggettivate e non più soggettivate (cfr., riassuntivamente, G.P. Dolso, *Articolo 3*, in S. Bartole, R. Bin, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, Cedam, 2008, p. 27; *amplius*, A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 46 e ss.).

<sup>3</sup> Cfr. ancora A. Pace, *op. cit.*, pp. 11 e ss., pp. 316 e ss.

<sup>4</sup> Cfr. B. Pezzini, *Lo statuto costituzionale del non cittadino: i diritti sociali*, relazione al Convegno annuale 2009 dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Cagliari, 16-17 ottobre 2009, disponibile su [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it).



3 Cost. non è privo di validi appigli di diritto positivo. Se, infatti, per le categorie elencate dalla disposizione costituzionale quali sesso e razza, in particolare, si tende a riconoscere l'esigenza di uno "scrutinio stretto" di tutte le distinzioni normative su di esse fondate, ossia un tendenziale divieto di differenziazioni soggettive<sup>5</sup>, un discorso simile potrebbe farsi, oggi, anche per la categoria "straniero". A una tale lettura costituzionale conducono stimoli esterni, quali il *Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali* delle N.U.<sup>6</sup>, la CEDU (il cui art. 14 è configurato come *divieto di discriminazione* e invocato dai ricorrenti come *diritto a non subirle*)<sup>7</sup> e, specialmente, il diritto dell'UE.

La nota direttiva sul divieto di discriminazioni fondate sulla razza e l'origine etnica (2000/43/CE)<sup>8</sup> è stata, infatti, applicata dalla Corte di giustizia a discriminazioni meramente fondate sulla condizione di straniero, nonostante l'esclusione di tale profilo dall'ambito di applicazione della direttiva, in assenza di alcuna opposizione dei governi nazionali intervenuti in giudizio<sup>9</sup>. Il nostro diritto interno, del resto, già prima delle direttive europee antidiscriminazione, ha introdotto la speciale azione civile contro le discriminazioni, in cui la condizione di straniero va ad affiancare le condizioni soggettive legate alla razza, alla religione, all'etnia o all'appartenenza nazionale, che fanno scattare il divieto di discriminazione e i relativi rimedi giurisdizionali<sup>10</sup>. E vale la pena ricordare che tale disciplina nazionale contempla il diritto al risarcimento del danno *anche non patrimoniale* in favore

---

it, p. 31, che invoca il concetto di "*pari dignità sociale* come vero e proprio *diritto all'eguaglianza*", citando il pensiero, non riferito agli stranieri, di G. Ferrara, *La pari dignità sociale (appunti per una ricostruzione)*, in *Studi in onore di onore di G. Chiarelli*, II, Milano, Giuffrè, 1974, p. 1097).

<sup>5</sup> Cfr. A. Cerri, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1976, pp. 59 e ss., pp. 120 e ss.; R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992, pp. 43 e ss.

<sup>6</sup> Art. 2.2, su cui cfr. ancora B. Pezzini, *op. cit.*, p. 13, nt. 41.

<sup>7</sup> Diritto sia pure accessorio agli altri diritti garantiti dalla Convenzione stessa: cfr. R. Bin, *Articolo 14*, in S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, Cedam, 2001, pp. 409 e ss.

<sup>8</sup> Su cui cfr. C. Favilli, *La non discriminazione nell'Unione europea*, Bologna, il Mulino, 2008, pp. 221 e ss.

<sup>9</sup> Caso Feryn, C-54/07, del 10 luglio 2008, anch'esso valorizzato da B. Pezzini, *op. cit.*, p. 31, nt. 109.

<sup>10</sup> Artt. 43 e 44 del T.U. sull'immigrazione (d.lgs. n. 486/1998).



del ricorrente che lamenta di aver subito la discriminazione vietata<sup>11</sup>. È nota, a tal proposito, la giurisprudenza (costituzionale e dei giudici comuni) che qualifica la risarcibilità del danno non patrimoniale come *tutela minima* dei diritti inviolabili della persona, riconosciuti dall'art. 2 Cost.<sup>12</sup>. Dunque, il divieto di discriminazioni quale diritto costituzionale inviolabile? Non esplicitando i passaggi argomentativi da cui prende le mosse, la Corte costituzionale ha di recente enunciato l'esistenza di un qualcosa di simile, sancendo il divieto di discriminazioni tra cittadini e stranieri (nel godimento dei diritti fondamentali) quale norma di diritto internazionale generalmente riconosciuta, ai sensi dell'art. 10, co. 1, Cost.<sup>13</sup>. L'affermazione della Corte, in sé, non aggiunge molto alle motivazioni rilevanti nel caso da decidere, le quali ricalcano l'andamento di un sindacato di ragionevolezza (intrinseca)<sup>14</sup>. Ma forse proprio per questo è interessante rilevare l'aggiunta che la Corte *vuole* fare, affiancando alla *freddezza* di una

<sup>11</sup> Art. 44, co. 7.

<sup>12</sup> Cfr. Cass. sez. III civ., sentt. 31 maggio 2003, nn. 8827 e 8828; Sezioni Unite, sent. 11 novembre 2008, n. 26972; C. cost. sentt. nn. 87/1979, 184/1986 e 233/2003. Sulla vicenda giurisprudenziale, cfr. E. Lamarque, *L'attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali*, in *Quad. Cost.*, 2008/2, pp. 269 e ss., e, se si vuole, A. Guazzarotti, *Diritti inviolabili e creatività giurisprudenziale: una risposta a Elisabetta Lamarque*, in *ivi*, 2009/2, pp. 303 e ss.

<sup>13</sup> Sent. n. 306/2008 (confermata dalla sent. n. 11/2009), su cui cfr. F. Biondi Dal Monte, *Immigrazione e welfare: condizioni di accesso e principio di non discriminazione*, in *Le Regioni*, 2008/6, p. 1099; G. Brunelli, *Welfare e immigrazione: le declinazioni dell'eguaglianza*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 5/2008, p. 548; A. Guazzarotti, *Lo straniero, i diritti, l'eguaglianza*, in *Questione Giustizia*, 1/2009, p. 87; B. Pezzini, *op. cit.*, p. 19.

<sup>14</sup> La sent. n. 306/2008 colpisce la norma (art. 80, co. 19, l. 388/2000 in combinato con l'art. 9, co. 1, del d.lgs. 286/1998 modif.) che, rinviando all'istituto della carta di soggiorno, subordinava il riconoscimento dell'indennità di accompagnamento (art. 1, l. 18/1980) al possesso dei requisiti di reddito già stabiliti dalla carta di soggiorno e ora previsti per il permesso di soggiorno CE di lungo periodo (d.lgs. 3/2007 attuativo della direttiva 2003/109/CE). Per la Corte costituzionale risulta manifestamente irragionevole che una prestazione assistenziale avente per presupposti "la totale disabilità al lavoro, nonché l'incapacità alla deambulazione autonoma o al compimento da soli degli atti quotidiani della vita" venga subordinata "al possesso di un titolo di legittimazione alla permanenza del soggiorno in Italia che richiede per il suo rilascio, tra l'altro, la titolarità di un reddito" (punto 10). Il passaggio si comprende meglio partendo dalle premesse della Corte, secondo cui l'indennità di accompagnamento spetta "per il solo fatto delle minorazioni e, quindi, indipendentemente da qualsiasi requisito reddituale" (punto 9).



tecnica di giudizio (la ragionevolezza), il *calore* di un principio sostanziale (il divieto di discriminazioni).

## 2. La pari dignità sociale degli stranieri quale punto focale

Al di là della questione teorica sul *diritto* all'eguaglianza alternativo al *principio* di eguaglianza/ragionevolezza, occorre rilevare che, in presenza di criteri selettivi a danno dei non-cittadini, la differenza di trattamento tocca corde più profonde di quelle abitualmente toccate nei normali sindacati di eguaglianza/ragionevolezza. Quando, all'interno della stessa comunità sociale (un ospedale, un asilo, un condominio o un quartiere) due soggetti vengono distinti in base al criterio formale della cittadinanza nel godimento di diritti di prestazione (il cd. "bonus bebè", ad esempio), ciò che prioritariamente rileva non è tanto il plausibile fondamento insito nel minor o maggior radicamento territoriale dei beneficiari o altre possibili giustificazioni della distinzione<sup>15</sup>. Né rileva la natura facoltativa della prestazione e il suo eccedere il nucleo di tutela minima del diritto in questione<sup>16</sup>. A spiccare su tutto è l'alterazione della *pari dignità sociale*, il *vulnus* recato a coloro ai quali certe provvidenze sono negate, per il semplice fatto di essere posti a contatto con i loro "omologhi" nelle stesse comunità di vita (mamme straniere e italiane i cui figli frequentano lo stesso asilo, ad esempio). Per quanto fondate potessero essere questioni di irragionevole disparità di trattamento, ad es., degli ufficiali dei Carabinieri rispetto a quelli della Polizia di Stato (nell'inquadramento in carriera)<sup>17</sup>, ovvero delle mamme adottive rispetto a quelle biologiche (nel godimento dei permessi cd. "di allattamento")<sup>18</sup>, occorre prendere atto che nelle differenziazioni basate sulla cittadinanza la posta in gioco è ben altra. La *pari dignità sociale*, che tali differenziazioni vanno a intaccare, è ciò che permette la costruzione della propria percezione all'interno della comunità civile; su di essa si fon-

<sup>15</sup> Parla di "titoli di legittimazione che dimostrino il carattere non episodico e di non breve durata della permanenza in Italia (dello straniero)" C. cost. n. 306/2010 punto 10.

<sup>16</sup> Parla di "regime di favore senz'altro eccedente i limiti dell'essenziale", C. cost. n. 432/2005 (con riguardo alle agevolazioni per il trasporto pubblico locale in favore degli invalidi).

<sup>17</sup> C. cost., sent. n. 277/1991.

<sup>18</sup> C. cost., sentt. nn. 1/1987 e 179/1993.

dano le premesse per la costruzione di una società futura multi-etnica, ma non perciò frammentata e conflittuale. L'alternativa, dunque, non è impedire l'affermarsi della società multi-etnica, che è inevitabile e già nelle cose, ma, appunto, la scelta tra il tipo di società multi-etnica che si vuole<sup>19</sup>. È scelta da lasciare interamente alle forze politiche? Addirittura alle singole politiche territoriali<sup>20</sup>? O non ha qualcosa da dire, su questo, anche il diritto e, sopra tutto, la Costituzione?

### 3. Il lato oscuro del Welfare State

Strano, ma non troppo, il fatto che la nostra Corte costituzionale abbia preferito ancorarsi al diritto internazionale generalmente riconosciuto anziché alla Costituzione, per enunciare un divieto di discriminazione tra cittadini e stranieri, come visto sopra. La strategia della Corte è comprensibile ponendo mente al fatto che si trattava di estendere prestazioni sociali patrimoniali (l'indennità di accompagnamento e la pensione di inabilità) non immediatamente riconducibili alla tutela dei diritti inviolabili della persona. Prestazioni "costose", rispetto alle quali sempre più vanno affermandosi logiche di esclusione verso gli "estranei alla comunità"<sup>21</sup>. V'è allora la possibilità di leggere, in simile strategia di aggiramento del testo costituzionale e di incoraggiamento a un principio generale di diritto internazionale, la conferma del rischio insito nelle retoriche costituzionali sul *welfare state*, quale patrimonio identitario delle democrazie europee occidentali contrapposto a quello degli USA e minacciato dalle libertà dell'ordinamento comunitario. Il lato oscuro di simile volgarizzazione del "patriottismo costituzionale" è dato, infatti, dalla costruzione della paura per il "turismo del *welfare*" e dell'immagine degli immigrati quali "parassiti

<sup>19</sup> È stato rilevato che, se il divario tra paesi ricchi e paesi poveri fosse riprodotto a livello nazionale, "sarebbe considerato socialmente indifendibile, politicamente insostenibile ed economicamente inefficiente": così il rapporto dello *United Nations Development Program, Lo sviluppo umano. Rapporto 2005*, Torino, 2005, cap. I, p. 62, cit. da L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. 11, Roma-Bari, Laterza, 2007, p. 592.

<sup>20</sup> Un'ampia panoramica delle discriminazioni operate a livello locale è realizzata da F. Biondi Dal Monte, *I diritti sociali dello straniero tra frammentazione e non discriminazione*, Tesi del Dottorato di ricerca in Diritto costituzionale XXII ciclo, Università di Ferrara, 2010.

<sup>21</sup> Cfr. L. Zanfrini, *Cittadinanze. Appartenenza e diritti nella società dell'immigrazione*, Roma-Bari, Laterza, 2007, pp. 19 e ss.

economicamente dannosi”, versione mascherata di un nazionalismo etnico oggi improponibile<sup>22</sup>.

#### 4. Dignità e antidiscriminazione secondo il civilista

Che il nucleo del diritto antidiscriminatorio sia la *dignità* della persona è constatazione che trova conferma anche nella più recente riflessione civilistica<sup>23</sup>. Riflettendo sull'applicabilità dell'azione civile antidiscriminatoria (ex art. 43 e s. del T.U. sull'immigrazione) ai contratti e ai negozi privati diversi dalle offerte al pubblico, è stato osservato come vi sia un'incompatibilità logica tra discriminazione quale parità di trattamento e libertà di scelta del contraente (e delle condizioni contrattuali), in ossequio all'autonomia privata. La disparità di trattamento è, sì, la manifestazione esteriore più diffusa della discriminazione, ma non ne costituisce l'essenza<sup>24</sup>. L'essenza della discriminazione nei rapporti tra privati sarebbe, invece, proprio la lesione della dignità personale, “(o)gni ulteriore pregiudizio, come il non poter esercitare una libertà [...], è conseguenza e non essenza della discriminazione, che in se stessa è negazione dell'altrui dignità”<sup>25</sup>. Il che si armonizza perfettamente con la risarcibilità del danno morale, ex art. 44, co. 7, T.U. sull'immigrazione. Non solo. Simile impostazione sarebbe ancora più coerente con l'effettività dei rimedi apprestati contro le discriminazioni dalla normativa in questione, sempre

<sup>22</sup> Così G. Davies, *The Process and Side-Effects of Harmonisation of European Welfare States*, *Jean Monnet Working Paper*, 02/06, pp. 47 e ss., il quale aggiunge: “*This nationalism-lite, in which politicians proclaim a formal non-racism, while simultaneously pleading for policies which in practice seal and protect the indigenou majority, is increasingly popular, and enables Europeans to pander to their desire for national community, while avoiding confrontation with the less savoury motivations for that desire. However, while xenophobia and solidarity may be sub-consciously intertwined in most of us, at the conscious level, and in public reasoning, welfare is associated almost entirely with a kinder, more virtuous, and even inclusive state*”.

<sup>23</sup> Cfr. A. Gentili, *Il principio di non discriminazione nei rapporti civili*, in *Riv. crit. dir. priv.* 2009, pp. 207 e ss.

<sup>24</sup> Ivi, pp. 227 e ss., in cui si richiama il noto caso della Corte Suprema *Plessy v. Ferguson*, 163 US (1896), n. 210, in cui un'impresa di trasporti privati offriva gli stessi servizi a bianchi e a neri, imponendone però la separazione in vagoni distinti, di qui la nota e triste formula del “*separate but equal*” con cui il giudice costituzionale americano giustificava la segregazione razziale.

<sup>25</sup> Ivi, pp. 228 e ss.



restando nell'ambito dei rapporti tra privati. Se, infatti, fin qui i casi di condanna al risarcimento dei danni ex art. 44 del T.U. sono stati, nelle relazioni contrattuali interprivate, assai pochi e di blanda o blandissima portata, ciò si deve anche a quella distorta impostazione e al fatto che i giudici “sembrano tener conto... più del valore economico dell'affare che della gravità dell'offesa recata alla persona”<sup>26</sup>. Per cui, se è vero che un'offerta contrattuale discriminatoria (il classico “non si affitta agli stranieri”), non è rimediabile con l'obbligo a contrarre imposto all'offerente, altrettanto vero è che il rimedio risarcitorio è ciò su cui deve concentrarsi lo sforzo del giudice e di una coerente politica giudiziaria antidiscriminatoria (cui lo stesso T.U. sull'immigrazione, bene o male, rinvia). È lo stesso diritto comunitario, a tal proposito, a imporre sanzioni *efficaci, adeguate e dissuasive* nelle note direttive antidiscriminazione<sup>27</sup>.

## 5. Discriminare “paga”?

Vale la pena di soffermarsi per un attimo sulla tutela risarcitoria non patrimoniale, la quale, se riferita a beni costituzionali come i diritti inviolabili della persona, risulterebbe inadeguata, stante l'incommensurabilità di simili diritti e il rischio di una loro “mercificazione”<sup>28</sup>. La critica è solo in parte condivisibile. Certo lo è nei limiti in cui la monetizzazione della violazione conduca a esiti “tranquillizzanti” anziché a un'effettiva correzione di prassi contrarie al rispetto di tali diritti<sup>29</sup>. Altro ruolo assumerebbe la tutela risarcitoria se fosse ricon-

<sup>26</sup> Ivi, p. 230, in cui, inoltre, si osserva che, se la discriminazione consiste nel raddoppiare il prezzo del caffè agli stranieri, risulterà ragionevole riconoscere un risarcimento di € 100 (come avvenuto nei confronti del gestore di un bar di Padova: cfr. Trib. di Padova, ord. n. 1982 del 19 maggio 2005, in *Giur. it.*, 2006, pp. 951 e ss.).

<sup>27</sup> Dir. 2004/113/CE (art. 8, co. 2, e 27° considerando); Dir. 2004/43/CE (26° considerando), su cui cfr. la citata sent. *Feryn* della Corte di Giustizia.

<sup>28</sup> E. Lamarque, *op. cit.*, p. 284.

<sup>29</sup> Con riguardo alla libertà religiosa, da anni non si riesce a garantire il diritto del Testimone di Geova adulto e consenziente di rifiutare le emotrasfusioni, per la riluttanza del giudice penale a considerare il comportamento del medico come un abuso, mentre possono rinvenirsi in qualche tavola sinottica in una delle innumerevoli pubblicazioni sul risarcimento del danno le cifre – modeste – liquidabili in tali casi al paziente, a titolo di risarcimento del danno del diritto alla libertà religiosa (cfr. A. Guazzarotti, *Diritti inviolabili e creatività giurisprudenziale...*, cit., pp. 306 e ss.).



dotta a una funzione anche “sanzionatoria”, e non meramente satisfattiva, della violazione subita, ossia a una funzione di prevenzione analoga alla sanzione penale<sup>30</sup>. Il che implica, come la problematica sulla discriminazione degli stranieri evidenzia, una maggiore assunzione di responsabilità da parte del giudice, chiamato ad affrontare seriamente l’ipotesi dei cd. “danni punitivi”, anziché limitarsi a liquidare risarcimenti irrisori<sup>31</sup>.

A mo’ di conclusione di queste riflessioni certamente estemporanee, si ponga mente a quanto maggiore sarebbe l’efficacia della tutela antidiscriminatoria prevista dal T.U. sull’immigrazione, se i risarcimenti fossero “punitivi” nei sempre più numerosi casi di ricorso dei sindaci alle cd. ordinanze sulla sicurezza urbana a scopo discriminatorio degli stranieri<sup>32</sup>. L’uso scopertamente ideologico di simili

<sup>30</sup> Cfr. G.B. Ferri, *Il risarcimento del danno biologico nel sistema della responsabilità civile*, in *Giur. cost.* 1986, pp. 1722 e ss., che parla di “pena privata” in riferimento al danno extrapatrimoniale di cui all’art. 2059 c.c., con funzione più compensativa che satisfattiva.

<sup>31</sup> Cfr. F.D. Busnelli, *Il danno alla persona: un dialogo incompiuto tra giudici e legislatori*, in *Danno e resp.* 2008/6, pp. 611 e ss., che registra una tendenza a frenare la componente di deterrenza presente nei danni non patrimoniali, fondata sull’equivoco che, con i “danni punitivi”, il giudice civile venga a sostituirsi a quello penale, mentre la “pena privata” costituirebbe semplicemente “uno strumento civilistico che incarna la finalità di prevenzione” (ivi, p. 613). Contrario alla valenza “punitiva” della tutela risarcitoria, nelle discriminazioni in danno degli immigrati, è P. Morozzo della Rocca, *Gli atti discriminatori nel diritto civile, alla luce degli artt. 43 e 44 del t.u. sull’immigrazione*, in *Dir. fam.* 2002, pp. 132 e ss.

<sup>32</sup> Una sintetica panoramica è offerta R. Gianola, su *l’Unità* del 29 aprile 2010, pp. 4 e ss. Cfr., ad es., l’ordinanza del Sindaco di Trezano che, invocando finalità di sicurezza (ex art. 54 del novellato T.U. sugli Enti locali), pretendeva imporre agli organizzatori di funzioni, cerimonie o pratiche religiose aperte al pubblico fuori dai luoghi destinati al culto, l’obbligo di *tenere tali riunioni in lingua italiana* e di darne preavviso con trenta giorni di anticipo all’autorità di pubblica sicurezza. L’ordinanza è stata annullata dal TAR Lombardia, Sez. Brescia, del 15 gennaio 2010 (su cui cfr. R. Bin, *Un plauso al TAR Brescia (e un’invocazione ai Prefetti)*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), senza diretto riferimento alla discriminazione, ma è stata anche oggetto dell’azione antidiscriminazione, ex art. 44 T.U. sull’immigrazione, dinanzi al giudice civile (Tribunale civile di Brescia, ordinanza n. 71 del 29 gennaio 2010), il quale ha accolto il ricorso rilevando che “(i)mporre ad una persona l’uso di una lingua diversa da quella nazionale, se non giustificato da un solido rispetto del principio di ragionevolezza..., costituisce illegittima disparità di trattamento che rientra nella nozione di discriminazione vietata nel nostro ordinamento”. Quanto alle conseguenze giuridiche, la decisione nega la condanna al risarcimento del danno a favore dei ricorrenti, non potendo configurarsi un danno *in re ipsa*, né si dà luogo a condanna della cessazione del comportamento discriminatorio (posto

ordinanze (la cui stessa esistenza si trova oggi *sub iudice*)<sup>33</sup> sarebbe fortemente scoraggiato da risarcimenti pesanti a danno del Comune e, più ancora, a danno della persona titolare della carica<sup>34</sup>. Se il discorso discriminatorio politicamente paga, senza che il diritto penale sia in grado di porvi un argine adeguato<sup>35</sup>, far pagare di tasca propria il sindaco che vi ricorre sembra un rimedio minimamente efficace al male che abbiamo di fronte<sup>36</sup>.

che l'ordinanza del Sindaco era già stata annullata dal TAR). L'unico provvedimento conseguente è l'ordine di pubblicazione della condanna del Comune su un quotidiano locale.

<sup>33</sup> Cfr. l'ordinanza del TAR Veneto, sez. III, del 22 marzo 2010 (non ancora pubblicata in G.U.), con cui è stata sollevata la questione di costituzionalità dell'art. 54, co. 4, del d.lgs. n. 267/2000 (T.U. Enti locali), come modificato dal d.l. n. 92/2008, laddove esso pretende attribuire al Sindaco il potere di adottare provvedimenti *extra ordinem* anche al di fuori dei casi contingibili e urgenti. L'ordinanza lamenta, tra l'altro, la violazione dei principi costituzionali di legalità, tipicità e delimitazione della discrezionalità ricavabili dagli artt. 23, 97, 70, 76, 77 e 117 cost., non senza aver premesso "l'impraticabilità di qualsivoglia interpretazione adeguatrice, in quanto la norma, nella sua indeterminata latitudine, in materie afferenti a diritti e libertà individuali, continuerebbe altrimenti a dare adito ad arbitrarie interpretazioni, mantenendo prassi ambigue ed incerte, modificabili a piacimento dal Sindaco secondo la propria Weltanschauung, e ispirate al fine di mantenere o accrescere il consenso da cui l'organo politico trae la propria legittimazione".

<sup>34</sup> Nel processo dinanzi al Tribunale civile di Brescia contro la discriminazione compiuta dal Sindaco di Trezano con l'ordinanza anti riunioni religiose (cit.), il Ministero dell'Interno ha eccepito la propria carenza di legittimazione processuale passiva, posto che il Sindaco in questione avrebbe "posto in essere un comportamento esorbitante rispetto a tutte le sue attribuzioni quale ufficiale del Governo". L'eccezione veniva rigettata dal giudice, ma sembra suggerire un'efficace politica giudiziaria diretta a correggere l'irresponsabilità di certi politici locali. La stessa azione di danno erariale da parte della Corte dei Conti potrebbe porre un argine a simili iniziative discriminatorie, una volta che le azioni antidiscriminatorie producessero condanne al risarcimento dei danni morali a carico del Comune (o del Ministero) dall'entità dissuasiva.

<sup>35</sup> Sui limiti della repressione penale, cfr. A. Ambrosi, *Libertà di pensiero e manifestazione di opinioni razziste e xenofobe*, in *Quad. cost.* 2008/3, pp. 519 e ss.

<sup>36</sup> Non va dimenticato che fu proprio un sindaco, Karl Lueger, che nella Vienna di fine secolo (l'Ottocento) inaugurò l'uso politico dell'antisemitismo, ispirando il giovane Hitler (cfr. C. Leone, *Antisemitismo nella Vienna «fin de siècle»*. *La figura del sindaco Karl Lueger*, Firenze, Giuntina, 2010).



## **Discriminazioni razziali ed etniche nelle ordinanze dei Sindaci e negli ordinamenti municipali**

ANNA LORENZETTI

*Sommario:* 1. Il livello municipale delle discriminazioni razziali ed etniche. 2. Contenuti ed effetti degli atti municipali da cui derivano discriminazioni razziali ed etniche: le discriminazioni dirette e indirette. 3. Le discriminazioni come molestie e come ordine di discriminare. 4. Le tutele dalle discriminazioni razziali ed etniche a livello municipale e i “rimedi”.

### **1. Il livello municipale delle discriminazioni razziali ed etniche**

Il presente contributo mira ad offrire una ricognizione delle discriminazioni razziali ed etniche introdotte a livello municipale e dei mezzi di contrasto previsti ed esperibili contro di essi.

Al fine di chiarire l’ambito della presente analisi e i suoi confini, va specificato che l’indagine adotta una prospettiva incentrata sui contenuti, prendendo congiuntamente in esame sia gli atti monocratici (ordinanze sindacali, circolari, direttive) sia quelli collegiali, adottati dalla giunta (atti di indirizzo, ordini del giorno) o dal consiglio municipale (regolamenti), posto che il rischio di una potenziale discriminazione razziale ed etnica non differisce a seconda dell’atto utilizzato.

Vanno quindi tenuti in considerazione i diversi profili, circa requisiti, presupposti, condizioni, effetti che gli atti presentano. Si pensi, ad esempio, alla distinzione fra atti collegiali e monocratici, questi ultimi caratterizzati da un deficit democratico, potendo essere assunti in piena autonomia dal vertice dell’amministrazione municipale, prescindendo da qualsiasi confronto con le minoranze in seno al

205





Consiglio. Quanto ai requisiti, i regolamenti, che a seconda dell'oggetto, possono essere adottati dalla Giunta (art. 48, d.lgs. 267/2000) o dal Consiglio (art. 42, d.lgs. 267/2000) *ex art.* 6 T.u.e.l. sono soggetti al rispetto dei principi generali fissati dalla legge (statale o regionale), oltre che della Costituzione. Le ordinanze sindacali di necessità e di urgenza, originariamente previste per fronteggiare casi di necessità e di urgenza, sono state profondamente modificate nella struttura e nelle finalità dal D.L. 92/2008 (“Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica”), cd. decreto “Maroni”, convertito in L. 125/2008, che *inter alia* ha modificato l'art. 54 T.u.e.l. Al sindaco è ora riconosciuto il potere di adottare ordinanze *anche* di necessità e urgenza, divenendo così queste, da *extrema ratio* a primo livello della normazione locale, in risposta al bisogno di sicurezza dei cittadini<sup>1</sup>.

## **2. Contenuti ed effetti degli atti municipali da cui derivano discriminazioni razziali ed etniche: le discriminazioni dirette e indirette**

Gli atti municipali hanno introdotto fattispecie riconducibili alle discriminazioni in forma diretta, indiretta, alle molestie e all'ordine di discriminare, coprendo, quindi, tutte le previsioni in cui risulta declinata la nozione di derivazione comunitaria<sup>2</sup>. Si rinvencono casi sporadici di discriminazioni direttamente fondate sulla razza e l'origine etnica<sup>3</sup>: fra questi, le ordinanze che hanno vietato lo stazionamento all'interno del territorio comunale indirizzate espressamente ai rom o ai nomadi e un regolamento che non consente “l'attivazione di eserci-

<sup>1</sup> G. Meloni, *Il potere “ordinario” dei Sindaci di ordinanze extra ordinem*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 4/2009; P. Cavaleri, *Diritti fondamentali e ordinanze dei sindaci*, in *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere. Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), Napoli, Jovene, 2009, III, pp. 901 e ss.; cfr. anche i volumi *Oltre le ordinanze i sindaci e la sicurezza urbana*, Cittalia, Fondazione Anci, 2009; cfr. anche A. Lorenzetti, S. Rossi (a cura di), *Le ordinanze sindacali in materia di incolumità pubblica e sicurezza urbana*, Napoli, Jovene, 2009; ivi cfr. A. Lorenzetti, *Il difficile equilibrio fra diritti di libertà e diritto alla sicurezza* a cui si rimanda per i riferimenti agli atti richiamati in questo testo; si veda altresì *Le Regioni*, 1-2/2010, in cui sono confluiti gli atti del Convegno: “Sicurezza urbana e ordinanze dei sindaci: dal diritto costituzionale alle politiche pubbliche”, Trento, 6 novembre 2009.

<sup>2</sup> Cfr. art. 2, Dir. 2000/43, recepita con d.lgs. 215/2003.

<sup>3</sup> Cfr. art. 2, lett. a), Dir. 2000/43.



zi di somministrazione la cui attività svolta sia riconducibile ad etnie diverse” nel centro storico<sup>4</sup>. La casistica appare più di ampio spettro in relazione ai casi di discriminazione indiretta<sup>5</sup>. Questa include gli atti che riguardano attività svolte prevalentemente da alcune etnie, come ad esempio quella dei lavavetri che, in talune città, è esclusivo appannaggio dei rom rumeni<sup>6</sup>, ma anche le discriminazioni poste in essere a danno di rom e sinti nella ricerca dell'alloggio<sup>7</sup> e nell'assegnazione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica e convenzionata, richiedendo il requisito della residenza difficilmente posseduto da popolazioni nomadi<sup>8</sup>.

Vi sono poi atti finalizzati a imporre un trattamento differenziato e deteriore nei confronti di cittadini stranieri, che sollecitano una riflessione sulle connessioni fra cittadinanza e i *ground* razza ed etnia<sup>9</sup>. Le distinzioni fondate sulla cittadinanza sono state introdotte talvolta direttamente, ad esempio vietando il transito nel territorio comunale agli stranieri<sup>10</sup>, talaltra indirettamente, rendendo più difficoltose attività o pratiche svolte in prevalenza da stranieri. Tra queste vi è la materia del commercio ambulante incisa da alcuni atti, adottati soprattutto come ordinanze sindacali, che ne hanno profondamente limitato lo svolgimento, in alcuni casi vietandolo *tout court*. Il profilo discriminatorio è stato riconosciuto dal giudice amministrativo (in relazione ad una normativa regionale), che ha affermato che «la stessa norma rischia di avere oggettivamente, al di là delle intenzioni del legisla-

<sup>4</sup> Si tratta dell'art. 9, del Regolamento approvato dal Comune di Lucca con D.C.C. 12/2009.

<sup>5</sup> Cfr. art. 2, lett. b), 2000/43.

<sup>6</sup> Cfr. F. Giunta, A. Simoni, *Il diritto e i lavavetri: due prospettive sulle "ordinanze fiorentine"*, in *Dir. Imm. Citt.*, 2007, 3, p. 90.

<sup>7</sup> Il rapporto del marzo 2009 dell'Agenzia europea per i diritti fondamentali sulla situazione abitativa dei Rom in Italia (curato da COSPE-RAXEN e a cura di U.C. Enwereuzor e L. Di Pasquale, disponibile su [www.asgi.it](http://www.asgi.it)) segnala uno svantaggio nella ricerca di alloggi privati e sociali in tutta l'Unione europea (discriminazione nell'accesso all'alloggio, condizioni abitative scadenti, segregazione e sfratti coatti).

<sup>8</sup> Cfr. la recente istituzione del registro nazionale dei "senza tetto", ad opera della l. 94/2009, che ha modificato l'art. 2, l. 1228/1954, "Ordinamento delle anagrafi della popolazione residente".

<sup>9</sup> Sebbene non vi sia coincidenza fra discriminazioni basate sulla cittadinanza e discriminazioni fondate sulla razza o sull'origine etnica è innegabile il legame che intercorre fra le stesse; cfr. N. Zorzella, *I nuovi poteri dei sindaci nel pacchetto sicurezza e la loro ricaduta sugli stranieri*, in *Dir. Imm. Citt.*, 3-4/2008, pp. 57 e ss.

<sup>10</sup> Comune di Drezzo (Co), ord. 15/09.

tore regionale, l'effetto di una discriminazione indiretta», ex d.lgs. 215/03<sup>11</sup>. Altri atti hanno vietato la vendita ambulante di fiori, senza regolare licenza<sup>12</sup>, attività svolta in prevalenza da cittadini stranieri. Anche la materia dei *phone center*, per la quale possono essere riproposte considerazioni simili rispetto al commercio in forma itinerante, è stata limitata e incisa in termini restrittivi dagli atti municipali, che hanno imposto retroattivamente requisiti igienici, ambientali, strutturali non ragionevoli alla luce dell'attività svolta.

La configurabilità di una ipotesi di discriminazione indiretta fondata sulla razza e l'origine etnica, è stata peraltro sottolineata dalla giurisprudenza amministrativa, in relazione ad una normativa regionale sui *phone centers*<sup>13</sup>, successivamente dichiarata costituzionalmente illegittima.

La tematica della religione e dei simboli religiosi rappresenta pure un prisma interessante, posto che la popolazione italiana è professante per la maggioranza la religione cattolica e che la maggior parte dei non professanti la religione cattolica, presenti sul territorio nazionale, sono cittadini stranieri. Tra i casi più noti, si ricorda l'ordinanza che ha vietato ai non professanti la religione cristiana di accedere ai luoghi di culto, istituendo un'area di protezione e di sicurezza intorno ad essi<sup>14</sup>. Adottata precedentemente alla riforma dell'art. 54, d.lgs. 267/2000, e dunque sulla base della previsione che richiedeva la contingibilità e l'urgenza, questa ordinanza è stata annullata a seguito di un ricorso straordinario al Capo dello Stato promosso da un cittadino italiano non professante la religione cristiana, a tutela del proprio interesse di poter circolare liberamente nel territorio nazionale.

Recentemente è stata avviata una nuova "serie" di ordinanze e atti di altra natura (deliberazioni, ordini del giorno) che hanno imposto di

<sup>11</sup> T.A.R. Veneto, ord. 746/09, sul ricorso promosso contro un'ordinanza del Comune di Venezia, da un'associazione costituita da cittadini non comunitari titolari di regolare permesso di soggiorno e di autorizzazione commerciale per la vendita itinerante.

<sup>12</sup> Comune di Brescia, in [www.comune.brescia.it](http://www.comune.brescia.it).

<sup>13</sup> Cfr. T.A.R. Lombardia, 380 del 16.05.2007, che in relazione alla L.R. Lombardia 6/2006, ha sospeso il giudizio, con rinvio alla Corte costituzionale. Questa legge è stata dichiarata costituzionalmente illegittima con sent. 350/2008 (in precedenza cfr. ord. 80/2008 che si era espressa per la manifesta inammissibilità).

<sup>14</sup> Comune di Rovato (Bs), ord. 86 del 21 novembre 2000. Cfr. A. Algostino, *L'ordinanza del sindaco di Rovato e il pericolo di "contaminazione" dei valori cristiani. Nota a margine di un atto "considerato radicalmente nullo"*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2001, 2, pp. 84 e ss.

mantenere il crocefisso all'interno delle scuole del territorio comunale<sup>15</sup>. L'apertura di questo nuovo tema ha rappresentato una reazione alla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che ha ritenuto l'esposizione obbligatoria di un simbolo religioso nelle scuole pubbliche, limitativa del diritto dei genitori di educare i propri figli secondo le proprie convinzioni e di quello degli alunni di non credere<sup>16</sup>.

Anche il divieto di indossare il velo che copre il volto (per il quale chiara risulta l'intenzione di vietare di indossare il *burqa* e il *niquab*) e il *burquini*<sup>17</sup> interessa quasi esclusivamente cittadine straniere, chiamando in causa ancora una volta il legame fra razza e cittadinanza e, trattandosi di abbigliamento tipico della religione musulmana, fra razza e religione.

In termini più sfumati, vanno poi richiamate le ordinanze che hanno disciplinato, limitandola o vietandola, la prostituzione in strada, che per i mutamenti avvenuti all'interno dell'organizzazione delle attività di meretricio, cela lo sfruttamento e la riduzione in schiavitù di donne in larga maggioranza straniere<sup>18</sup>. Ma gli atti, per lo più ordinanze, che hanno affrontato questo problema, piuttosto che a ridurre i fenomeni criminosi ad esso legati, hanno mirato a eliminare il problema dal territorio comunale, introducendo un impianto sanzionatorio in funzione deterrente. Alcuni atti hanno limitato l'iscrizione all'anagrafe della popolazione residente. Si tratta di ordinanze sindacali, circolari o atti della Giunta che stabiliscono delle procedure differenziate per l'iscrizione anagrafica del cittadino italiano, comunitario, extracomunitario, del familiare del cittadino comunitario con cittadinanza comunitaria o non comunitaria, richiamando i tetti di reddito già previsti dal legislatore e stabilendo, verifiche preventive sui requisiti dell'alloggio. Il profilo discriminatorio basato sulla razza e l'origine etnica è stato riconosciuto dalla giurisprudenza<sup>19</sup>, non soltanto per i requisiti

<sup>15</sup> Cfr. Comuni di Ceresara (Mn), 34/2009; Galzignano Terme (Pd), 25/2009; Saluggia (Vc), 6/11/2009; Scarlino (Gr), 174/2009; Zibello, 31/2009.

<sup>16</sup> Cfr. CEDU, *Lautsi c. Italie*, 3/11/2009, n. 30814/06.

<sup>17</sup> Il termine *burquini*, neologismo derivante dall'unione delle parole *burqa* e *bikini*, indica l'abbigliamento utilizzato da alcune praticanti la religione musulmana per la balneazione. Cfr. Comune di Varallo (Vc), 99/2009.

<sup>18</sup> A. Dal Lago, E. Quadrelli, *La città e le ombre. Crimini, criminali, cittadini*, Milano, Feltrinelli, 2003. Cfr. le Schede pratiche ASGI (Associazione per gli Studi giuridici sull'immigrazione), in [www.asgi.it](http://www.asgi.it).

<sup>19</sup> Cfr. Tribunale di Brescia, 7 dicembre 2009, sulle ordinanze del Comune di Ospitaletto (Bs) del 11.2.2009 e 8.3.2009.

richiesti<sup>20</sup>, ma anche nello svolgimento del procedimento<sup>21</sup>. Sono infatti numerosi i diritti civili (come nel caso del cittadino comunitario, cui, con l'introduzione della "cittadinanza europea", è riconosciuto il diritto all'elettorato attivo e passivo alle elezioni amministrative locali e in quelle europee)<sup>22</sup> e sociali (le prestazioni sanitarie di base), che, presupponendo la residenza, verrebbero ad essere compromessi da una limitazione nell'iscrizione all'anagrafe della popolazione residente.

Le ordinanze in materia di iscrizione anagrafica sopra richiamate subordinano, inoltre, la concessione della residenza all'accertamento dei requisiti di salubrità ambientale dell'alloggio e di un reddito minimo. Imporre un alloggio "adeguato" a non ben precisati requisiti igienico-sanitari pone in una condizione di particolare svantaggio chi non disponga di un alloggio: i nomadi ma più in generale coloro che non hanno una fissa dimora (i cosiddetti "senza tetto" per i quali il cd. "Pacchetto sicurezza" ha istituito un registro nazionale)<sup>23</sup> non potranno richiedere la residenza, che pure in numerosi casi veniva concessa individuando l'alloggio in vie inesistenti o presso la sede municipale, proprio al fine di consentire l'erogazione di servizi sociali, che la presuppongono. Fatti salvi i (rari) casi in cui tali verifiche siano preordinate a finalità assistenziali, sembrerebbe quasi venirsi a configurare il riconoscimento di un diritto su base censuaria, posto che la non disponibilità di un alloggio "adeguato", rivela spesso uno stato di indigenza, con il paradosso per cui proprio una condizione di debolezza sociale diverrebbe la causa di esclusione dal sistema del *welfare*.

Alla luce del combinato disposto *ex artt.* 3 e 10, co. 2 Cost. il riferimento alle condizioni personali e sociali negli atti qui richiamati non può ritenersi compatibile con l'impianto costituzionale in quanto pone in una situazione di particolare svantaggio i cittadini stranieri, incidendo in una materia in cui vale la riserva assoluta di legge stata-

<sup>20</sup> Ci si riferisce all'incerto requisito dell'idoneità dell'alloggio che i richiedenti dichiarano di voler eleggere "dimora abituale".

<sup>21</sup> In violazione della normativa in materia (D.P.R. 445/2000, artt. 46 e 47), per i cittadini UE la facoltà di "autocertificazione" del possesso dei requisiti richiesti (reddito, alloggio) si accompagna all'obbligo per gli uffici comunali di svolgere indagini e verifiche preventive su quanto dichiarato, sospendendo (e ritardando) il procedimento che si perfeziona soltanto al termine di tali controlli.

<sup>22</sup> Cfr. Trib. Napoli, sez. dist. Ischia, 23 luglio 2008 che ha dichiarato illegittimo il rifiuto dell'iscrizione anagrafica ad una cittadina francese, a causa della non accettazione di alcuna autocertificazione.

<sup>23</sup> L. 94/2009, che ha modificato l'art. 2, l. 1228/1954.

le. Ciò che rende ancor più complesso il sistema è che le restrizioni all'accesso alla residenza derivano sempre più spesso dalle prassi poste in essere ai fini dell'accertamento, che restituiscono un quadro di forte differenziazione fra le verifiche effettuate nei confronti dei cittadini stranieri e di quelli italiani: viene così a determinarsi, nel caso di cittadini comunitari, una violazione del principio di non discriminazione<sup>24</sup>, in relazione alla libertà di circolazione e stabilimento, e nel caso di cittadini stranieri non comunitari, un contrasto con il principio di parità di condizioni previsto dal Testo unico sull'immigrazione<sup>25</sup>, per chi soggiorni in condizioni di regolarità.

Ancora nei termini di una discriminazione indirettamente fondata sulla razza e l'origine etnica, vanno richiamate le circolari sul diniego delle pubblicazioni di matrimonio in assenza di un titolo regolare di soggiorno, che può ovviamente riguardare soltanto i cittadini stranieri<sup>26</sup>. Assai ampia è poi la casistica relativa ai diritti sociali, su cui la giurisprudenza ha avuto modo di esprimersi in più occasioni, sia pure in termini non univoci<sup>27</sup>. Alcune deliberazioni e ordinanze sindacali hanno limitato le prestazioni di assistenza sociale e l'erogazione di contributi sulla base della cittadinanza. Ricordando come non potrebbe profilarsi, neppure per via legislativa, la compressione di diritti fondamentali, sulla base della condizione di straniero, va sottolineato che la magistratura ne ha riconosciuto il carattere discriminatorio, ordinando al Comune di rimuovere o modificare questi atti e di rispettare il principio di uguaglianza<sup>28</sup>. In materia di edilizia residenziale pubblica<sup>29</sup>, la magistratura ordinaria ha riconosciuto il carattere discriminatorio di un bando comunale che prevedeva un punteggio

<sup>24</sup> Peraltro ribadito dal d.lgs. 30/2007, art. 19, 2 co.

<sup>25</sup> Art. 6, 7 co. e art. 43, d.lgs. 286/1998.

<sup>26</sup> Recentemente il cd. "Pacchetto sicurezza" (L. 94/2009 che ha modificato l'art. 6, L. 91/1992), incidendo l'art. 116 c.c., ha introdotto, per gli stranieri che vogliono celebrare il loro matrimonio in Italia, l'obbligo di esibire un documento che attesti la regolarità del soggiorno nel territorio italiano.

<sup>27</sup> B. Pezzini, *Lo statuto costituzionale del non cittadino: i diritti sociali*, Relazione al convegno annuale A.I.C. "Lo statuto costituzionale del non cittadino", Cagliari, 16-17 ottobre 2009, in AA.VV., *Annuario 2009*, Napoli, Jovine, 2010.

<sup>28</sup> Tribunale di Bergamo, 1 dicembre 2009, in relazione ai provvedimenti del Comune di Brignano Gera d'Adda (Bg) che prevedevano il requisito della cittadinanza italiana per accedere a contributi economici di varia natura e all'assistenza sociale.

<sup>29</sup> Su cui cfr. F. Corvaja, *L'accesso dello straniero extracomunitario all'edilizia residenziale pubblica*, in *Dir. Imm. e Citt.*, 2009, 3.

aggiuntivo, in ragione della cittadinanza italiana del richiedente, ai fini dell'assegnazione di un alloggio. Questo comportamento, vietato dall'art. 43 T.U. Immigrazione, veniva a determinare un trattamento deteriore per gli stranieri, pur se regolari, a causa dello *status* di non cittadini<sup>30</sup>. In senso inverso, una pronuncia ha ritenuto legittimo un bando che analogamente prevedeva punteggi aggiuntivi per la cittadinanza<sup>31</sup>.

Interessante è pure la tematica cosiddetta dei “bonus bebé” e dei contributi scolastici assegnati sulla base del possesso della cittadinanza italiana, che la giurisprudenza ha ritenuto discriminatori<sup>32</sup>. La previsione di un *bonus una tantum* ai figli di almeno un genitore italiano (o che stia richiedendo la cittadinanza italiana) residente lascia emergere l'incongruità nel richiedere un requisito ad un soggetto diverso dal beneficiario, prescindendo da qualsivoglia riflessione circa i profili amministrativistici, che apre ad evidenziare un caso di eccesso (o di sviamento) di potere<sup>33</sup>. La magistratura ha avuto modo di intervenire su un atto che destinava alle famiglie di ogni bambino nato nell'anno un contributo di mille euro *una tantum* a condizione che almeno un genitore fosse italiano<sup>34</sup>. Il giudice ordinario non soltanto ha dichiarato discriminatorio il comportamento del Comune e ordinato l'eliminazione della discriminazione e dei suoi effetti, attribuendo il beneficio a tutti gli stranieri richiedenti e in possesso degli ulteriori requisiti, ma a fronte del conseguente ritiro del beneficio, in quanto non più corrispondente all'incentivazione delle famiglie di cittadinanza italiana, ha ordinato il ripristino della misura, accertando l'ulteriore discriminazione ritorsiva<sup>35</sup>.

<sup>30</sup> Trib. Milano, 21 marzo 2002, in *Foro It.*, 2003, pp. 3177 e ss.

<sup>31</sup> T.A.R. Piemonte (sez. I, sent. 13.2.2002 n. 323) ha respinto il ricorso presentato contro il bando del comune di Torino, negando che la materia relativa alla condizione giuridica dello straniero, ex art. 10, 2 Cost., si estenda a comprendere l'accesso degli stranieri ad alloggi pubblici.

<sup>32</sup> Romano d'Ezzelino (Vi), che ha escluso dai buoni scuola i bambini stranieri. Cfr. Tribunale di Brescia, 16 gennaio 2010 sulla deliberazione 120/2009 del Comune di Chiari (Bs) che assegnava un pc portatile soltanto agli studenti meritevoli con cittadinanza italiana.

<sup>33</sup> Comune di Palazzago (Bg): Regolamento comunale del 2001.

<sup>34</sup> Cfr. Comune di Brescia con deliberazione nr. 52053/2008.

<sup>35</sup> Cfr. Tribunale di Brescia, ord. 26 gennaio 2009, ord. 20 febbraio 2009 (di conferma della prima ordinanza), ord. 12 marzo 2009 (che ha accertato l'ulteriore discriminazione mediante atti ritorsivi, ex art. 4 bis d.lgs. 215/2003).

Sempre in tema di esclusione di alcune “categorie” di soggetti, si ricorda la circolare di un Comune che subordinava l’iscrizione all’asilo nido<sup>36</sup> o alla scuola dell’infanzia, all’esibizione del permesso di soggiorno dei genitori, ritenuta discriminatoria dal giudice ordinario<sup>37</sup>.

Per incentivare il ritorno dei cittadini italiani nel centro storico, un Comune ha disposto l’assegnazione gratuita di parcheggi e di contributi aggiuntivi per la ristrutturazione a giovani coppie, con cittadinanza italiana<sup>38</sup>.

Recente è pure un provvedimento che nel disciplinare le riunioni in pubblico e in luogo aperto al pubblico, in termini difformi dal dettato costituzionale (e dalla direttiva 26 gennaio 2009 del Ministro dell’Interno, che riguarda le manifestazioni nei centri urbani e nelle aree sensibili) impone che le stesse si svolgano in lingua italiana, oltretutto prevedendo requisiti ulteriori<sup>39</sup>. Questa ordinanza è stata oggetto di censura da parte del giudice amministrativo, che l’ha parzialmente annullata, riconoscendo la giurisdizione del giudice ordinario per la tutela di diritti soggettivi fondamentali e perfetti (libertà di riunione, libertà religiosa, libertà di manifestazione del pensiero), che i ricorrenti assumevano violati<sup>40</sup>. Il giudice ordinario ha ritenuto discriminatorio l’obbligo di utilizzare la lingua italiana nelle riunioni pur non riconoscendo il diritto al risarcimento<sup>41</sup>.

Interessante nel quadro delle politiche municipali è il richiamo ad alcuni atti con cui sembrerebbe essere stata introdotta una sorta di “taglia” sui cittadini stranieri non regolari e all’operazione salita agli onori della cronaca con il nome di *White Christmas*. Il primo atto prevede il riconoscimento di un *bonus* agli agenti della polizia locale per ogni “clandestino” fermato in violazione della L. 189/2002 (cosiddetta legge Bossi-Fini)<sup>42</sup>. *White Christmas* è il significativo nome

<sup>36</sup> Comune di Caravaggio (Bg), D.C.C. 25/2002, modificata con D.C.C. 20/2009.

<sup>37</sup> Si tratta del Comune di Milano (circolare n. 20/2007), che il Tribunale di Milano, con ord. 11.2.2008, ha ritenuto discriminatorio, ex art. 44 TUI.

<sup>38</sup> Cfr. Comune di Alzano Lombardo (Bg): D.C.C. 79/2009 (poi modificata), che ha previsto agevolazioni di vario tipo per l’affitto e l’acquisto della prima casa (concessione gratuita di posto auto su spazio pubblico; contributi per le ristrutturazioni edilizie in centro; esonero dal pagamento dell’addizionale comunale IRPEF e della TARSU per i primi tre anni di residenza).

<sup>39</sup> Comune di Trezano (Bs), ord. 3/2009.

<sup>40</sup> T.A.R. Brescia, sentenza 19/2010.

<sup>41</sup> Tribunale di Brescia, sentenza 29 gennaio 2010.

<sup>42</sup> Si tratta del Comune di Adro (Bs), in [www.padaniaoffice.org](http://www.padaniaoffice.org).

derivato dall'essere un'operazione messa in atto a ridosso del periodo natalizio, volta a verificare la regolarità del soggiorno della popolazione straniera presente nel territorio municipale<sup>43</sup>. Altri atti, seppure possano apparire meno incisivi su diritti e libertà garantite agli stranieri, vanno ugualmente richiamati, in quanto utili a ricostruire il quadro generale delle discriminazioni istituzionali operate dalle amministrazioni municipali: tra questi, ad esempio, i provvedimenti che hanno disposto di non accettare autocertificazioni da parte di cittadini stranieri, comunitari e non comunitari, in quanto non vi sarebbe la possibilità di effettuare una verifica in merito<sup>44</sup>.

### 3. Le discriminazioni come molestie e come ordine di discriminare

Com'è noto, la direttiva 2000/43 e, di rimando, la normativa nazionale di riferimento (d.lgs. 215/03), includono nella nozione di discriminazione la fattispecie delle molestie<sup>45</sup>. Molti degli atti sopra presentati, si ritiene integrino gli estremi delle molestie, in quanto non è in dubbio che violino la dignità di una persona, creando un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante e offensivo.

Si prenda, ad esempio, il caso in cui, a seguito della bocciatura di una ordinanza di divieto del *burqa* dal parte del Prefetto, il Comune assuma un atto con cui si invitano gli agenti della polizia municipale a effettuare sistematicamente il riconoscimento di tutte le donne che circolino con il volto coperto dal velo<sup>46</sup> o dell'esclusione dei cittadini stranieri dalla consegna dei pacchi della Croce Rossa<sup>47</sup>. Si pensi, ancora, al rifiuto di ricevere il giuramento che conclude il procedimento di concessione della cittadinanza per matrimonio, subordinandolo ad una verifica della conoscenza della lingua italiana non prevista dalla normativa vigente<sup>48</sup> o alla segnaletica che invita i cittadini ad emigrare dal territorio comunale, in quanto le autorità di polizia locale non

<sup>43</sup> Cfr. Comune di Coccaglio (Bs).

<sup>44</sup> Recentemente Comune di Caravaggio (Bg), si veda la notizia in [www.bergamonews.it](http://www.bergamonews.it). Trib. Napoli, sez. dist. Ischia, 23 luglio 2008.

<sup>45</sup> Art. 2, co. 3, Dir. 2000/43.

<sup>46</sup> Comune di Fermignano (Pu).

<sup>47</sup> Comune di Romano d'Ezzelino (Vi).

<sup>48</sup> Comuni di Caravaggio (Bg), Teolo (Pd) che ha nominato una commissione per verificare la conoscenza della lingua italiana da parte dei nuovi residenti stranieri.

sarebbero in grado di garantire la sicurezza del territorio, a causa della massiccia presenza di stranieri<sup>49</sup>. Sulla stessa linea sembra assestarsi l'iniziativa di un sindaco che chiedeva ai cittadini di comunicare con tempestività la presenza di immigrati clandestini<sup>50</sup>, di quello che ha attivato un numero verde per segnalarla<sup>51</sup> o ancora di un amministratore che ha chiesto ai cittadini di non vendere o affittare l'alloggio agli stranieri<sup>52</sup>.

L'ordine di discriminare, anch'esso equiparato alle discriminazioni e quindi vietato, si ritiene ricorra per gli atti che impongono ai dirigenti scolastici di collocare o mantenere i crocefissi all'interno delle aule. Analogamente nei casi in cui (ordinanza sul *burqini*) il sindaco abbia ordinato di impedire l'accesso ad una struttura di balneazione a causa dell'abbigliamento che, a connotazione religiosa, è proprio principalmente delle non cittadine<sup>53</sup>. L'ordinanza richiamata contrasta con il divieto di discriminazioni sulla base del sesso (visto che si tratta di un abbigliamento esclusivamente femminile) nell'accesso ai servizi, introdotto dalle disposizioni di recepimento della direttiva 2004/113<sup>54</sup> e che si applica a tutti i soggetti, sia pubblici sia privati. Il divieto era peraltro già vigente, tanto per le discriminazioni a causa delle convinzioni e pratiche religiose<sup>55</sup>, tanto in relazione alle discriminazioni fondate sulla razza e l'origine etnica<sup>56</sup>, che divengono questione essendo un dato di comune esperienza quello per cui le professanti la religione musulmana sono in maggioranza cittadine straniere.

Alla luce di queste considerazioni, andrebbe indagata la compatibilità di simili atti con la previsione comunitaria per cui nell'accesso e nella fornitura di beni e servizi gli Stati membri fanno sì che tutte le disposizioni amministrative contrarie al principio della parità di trattamento sulla base del sesso<sup>57</sup> e della razza o origine etnica<sup>58</sup> siano abrogate.

<sup>49</sup> Comune di Montegrotto Terme (Pd).

<sup>50</sup> Comune di San Martino dell'Argine (Mn).

<sup>51</sup> Comune di Cantù (Co).

<sup>52</sup> Comune di Gerenzano (Va).

<sup>53</sup> Cfr. Art. 55-*bis*, 6 co., d.lgs. 198/2006; art. 43, d.lgs. 286/1998, co. 2.

<sup>54</sup> Cfr. d.lgs. 196/2007, che ha modificato il d.lgs. 198/2006.

<sup>55</sup> Cfr. art. 43, co. 1, d.lgs. 286/1998.

<sup>56</sup> Cfr. d.lgs. 215/2003.

<sup>57</sup> Art. 13, Dir. 2004/113.

<sup>58</sup> Art. 14, Dir. 2000/43.

In aggiunta molti degli atti qui richiamati si prestano a creare situazioni potenzialmente soggette al rischio di discriminazione multiple, incrociando il fattore di rischio razza e origine etnica con la cittadinanza (iscrizione anagrafica, commercio ambulante, *phone center*, lavavetri, pubblicazioni di matrimonio), il genere (atti di divieto del *burqa* e del *burqini*, trattandosi di abbigliamento indossato non dai professanti ma *dalle* professanti la religione musulmana), la religione (ordinanze sui crocefissi, di divieto di avvicinarsi ai luoghi di culto, sul *burqa* e sul *burqini*, visto che si tratta di un abbigliamento a carattere religioso). Ma essendo l'effetto delle discriminazioni multiple, doppie o incrociate non limitato alla semplice sommatoria delle conseguenze di ogni singolo fattore di rischio, producendo al contrario effetti negativi esponenziali, l'allarme che questi atti dovrebbero suscitare è ancora maggiore.

#### 4. Le tutele dalle discriminazioni razziali ed etniche a livello municipale e i “rimedi”

Il problema della scarsa effettività che sembra affliggere la normativa antidiscriminatoria<sup>59</sup> risulta amplificato se si prende in esame l'apparato rimediabile contro gli atti municipali.

In quest'ottica, sembrerebbe opportuno enfatizzare il ruolo di alcuni enti ed organismi che potrebbero porre rimedio alla scarsa conoscenza delle misure di contrasto alle discriminazioni e fungere da “argine” all'introduzione di simili atti. Il riferimento è al Difensore civico, che tuttavia non sembra ancora aver trovato un ruolo e una dimensione nel contrasto alle discriminazioni attuate per via municipale<sup>60</sup>, ma anche all'Ufficio nazionale per il contrasto alle discriminazioni razziali (UNAR), intervenuto in numerosi casi<sup>61</sup>. Anche la neo costituita Agenzia europea dei diritti fondamentali potrebbe trovare un ruolo, quanto meno come “cassa di risonanza”, in un'ottica di promozione delle politiche di integrazione e di diffusione dei rimedi esperibili. La magistratura, tanto ordinaria, quanto amministrativa, ha avuto il meri-

<sup>59</sup> A. Guarisio, *I provvedimenti del giudice*, in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio* (a cura di M. Barbera), Milano, Giuffrè, 2007, p. 579.

<sup>60</sup> Per inciso, si ricorda che l'art. 2, co. 176 della Legge finanziaria per il 2010, poi modificato, prevedeva la soppressione del Difensore civico comunale.

<sup>61</sup> Ad esempio, cfr. il parere reso il 10.03.2008, prot. n. 291 (relativo all'ordinanza sulle iscrizioni anagrafiche del Comune di Cittadella).

to di arginare gli eccessi e bloccare lo sconfinamento della discrezionalità propria delle autorità decisionali, nell'arbitrio. Tuttavia l'attività della magistratura ha palesato il limite di un'azione che risponde esclusivamente ad un contrasto ad atti già approvati e che richiede una mobilitazione di risorse (soprattutto economiche) spesso assente nei destinatari di essi<sup>62</sup>. Anche per questa ragione la magistratura è sovente adita dalle associazioni iscritte nel registro previsto dal d.lgs. 215/2003, che ha recepito la direttiva 2000/43, e dalle organizzazioni sindacali, la cui legittimazione ad agire è stata recentemente riconosciuta dalla giurisprudenza<sup>63</sup>. Tuttavia, il subordinare la legittimazione ad agire delle associazioni all'iscrizione ad un elenco, che deve essere approvato con decreto del Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali e del Ministro per le Pari Opportunità<sup>64</sup>, va segnalato in termini critici, tanto più che questo non viene aggiornato annualmente, come previsto dalla normativa, condizionando di fatto l'azione di numerosi soggetti e introducendo un filtro non previsto dalla direttiva<sup>65</sup>.

Nel caso delle ordinanze ruolo di primo piano andrebbe pure riconosciuto al prefetto, tanto in fase preventiva, ovvero precedentemente all'approvazione dell'atto, quanto successiva, in caso di approvazione di un atto in violazione del principio di uguaglianza che egli ha il potere/dovere di annullare<sup>66</sup>. Resta da analizzare la posizione del legislatore, ricordando la tendenza da parte del potere esecutivo ad utilizzare il livello municipale come terreno di sperimentazione di future scelte legislative, raccogliendone le indicazioni. Così i contenuti degli atti sui matrimoni, sulla residenza, sull'accattonaggio sono ora stati tradotti in disposizioni di legge<sup>67</sup>; allo stesso modo quelli delle ordinanze in materia di prostituzione<sup>68</sup>, sul divieto di indossare il

<sup>62</sup> F. Giunta, A. Simoni, *Il diritto e i lavavetri: due prospettive sulle "ordinanze fiorentine"*, cit.

<sup>63</sup> Cfr. Tribunale di Brescia, ord. 12 marzo 2009 e sentenza del 29 gennaio 2010.

<sup>64</sup> L'elenco degli enti cui è riconosciuta la legittimazione ad agire, istituito dalla normativa di recepimento della direttiva 2000/43, ha ereditato le funzioni del registro ex art. 52, co. 1, lett. a), del d.P.R. 394/1999.

<sup>65</sup> Art. 7, co. 2, Dir. 2000/43.

<sup>66</sup> S. Rossi, *Il nuovo ruolo del prefetto tra diritti e sicurezza* e E. Comi, *I presupposti e il procedimento di adozione delle ordinanze ex art. 54 T.u.e.l.*, in A. Lorenzetti e S. Rossi (a cura di), *Le ordinanze sindacali in materia di incolumità pubblica e sicurezza urbana*, cit.

<sup>67</sup> Cfr. L. 94/09.

<sup>68</sup> Cfr. lo schema di disegno di legge sulle "Misure contro la prostituzione".

velo<sup>69</sup> e sull'obbligo di esporre i crocefissi nei luoghi pubblici<sup>70</sup> potrebbero divenire legge. Le ordinanze sindacali ex art. 54 Tuel hanno evidenziato la rischiosa attitudine a rendere incerti e mobili i confini dell'arbitrio che viene ad essere riconosciuto come proprio della sfera decisionale dell'autorità (nel caso specifico oltretutto di livello municipale) nell'attività di individuazione di cosa possa essere considerato morale e quindi lecito o amorale (o immorale) e quindi illecito.

La conclusione circa la necessità di predeterminare dei confini al possibile arbitrio da parte dei poteri decisionali non si ritiene che sarebbe difforme se tali scelte fossero adottate a livello legislativo, pure se il fatto che ciò avvenga a livello comunale, ne amplifica l'ambiguità giuridica. Se è vero che il legislatore può prevedere delle limitazioni nel godimento di diritti e libertà, purché esse siano ragionevolmente giustificate, e regolare trattamenti differenziati nella sua discrezionalità che non trova altro limite se non nella razionalità del suo apprezzamento, va però ribadito il problema del contenimento di questa discrezionalità; ad ogni modo tale potere, proprio del solo Parlamento, in quanto espressione rappresentativa del popolo, non può essere riconosciuto anche agli organi municipali (sindaco, giunta comunale, consiglio comunale), determinandosi altrimenti una frammentazione territoriale, incompatibile con l'unità dell'ordinamento e un progressivo scivolamento delle garanzie e delle libertà costituzionali. Una disciplina di rango legislativo perlomeno garantirebbe una uniformità su tutto il territorio nazionale<sup>71</sup>, venendo altrimenti messo in discussione l'art. 3 Cost. sulla base della residenza o della mera permanenza in un territorio.

In conclusione, andrebbe indagato l'interrogativo su come sia possibile offrire una risposta alla disposizione della direttiva 2000/43 per cui "Gli Stati membri prendono le misure necessarie per assicurare che: a) tutte le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative contrarie al principio della parità di trattamento siano abrogate" (art. 14), inadempienza che potrebbe aprire la via ad una procedura di infrazione a carico dello Stato italiano.

<sup>69</sup> Cfr. le proposte di modifica della legge 152/75, nel senso di includervi anche il velo che copre il volto, XVI Legislatura C-2422 e C-2769.

<sup>70</sup> XVI legislatura, S-1900 e C-2905.

<sup>71</sup> G. Meloni, *Il potere "ordinario" dei Sindaci di ordinanze extra ordinem*, cit., p. 9.

# Libertà di culto e discriminazioni: la direttiva del Ministero dell'Interno del 26 gennaio 2009

CHIARA CAMPOSILVAN

*Sommario:* 1. Premessa. 2. La questione dei simboli religiosi nello spazio pubblico: l'esperienza italiana. 3. La direttiva e le ordinanze applicative: dubbi sulla compatibilità con la Costituzione. 4. Conclusioni.

## 1. Premessa

L'obiettivo di questo breve scritto è quello di svolgere una riflessione sulla portata potenzialmente discriminatoria delle disposizioni contenute nella direttiva del Ministero degli Interni del 26 gennaio 2009. Tale riflessione necessita tuttavia di alcune premesse relative innanzitutto al contesto nel quale tale provvedimento si è inserito. È opportuno notare sin da subito che tale direttiva, conseguirebbe, se portata alle estreme conseguenze, la creazione di una nuova categoria di luogo rispetto a quelli che più meno tassativamente la dottrina ha ritenuto essere posti a base delle distinzioni che costituiscono l'ossatura dell'art 17 Cost.<sup>1</sup>. In particolare l'introduzione per il tramite di una direttiva ministeriale, di una nuova specie di luogo, ulteriore

<sup>1</sup> Deve essere notato come, originariamente, per l'art. 18 T.u.l.p.s., era considerata pubblica anche la riunione che, sebbene indetta in forma privata, tuttavia per il luogo in cui sarà tenuta o per il numero di persone che dovranno intervenire, o per lo scopo o l'oggetto di essa, ha carattere non privato". Tale norma è stata dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale con la sent. n. 27 del 1958. Deve infatti notarsi come tale disciplina permettesse di applicare il più restrittivo regime riservato alle riunioni in luogo pubblico anche a quelle che in luogo pubblico non si svolgevano, ma che si intendeva controllare in quanto occasioni di diffusione del dissenso. Per una ricca analisi del valore del canone del "luogo" come criterio orientativo per la scelta della disciplina da applicare alle riunioni, vedi R. Borrello, voce *Libertà di riunione*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, 1989, XXX, pp. 1411 e ss.

rispetto a quelle esplicitamente elencate dalla Costituzione, ritagliata all'interno della più generale categoria dei luoghi pubblici, ma sottratta alle garanzie per questi previste, e per di più, basata sulla forte caratterizzazione simbolica per motivi religiosi, culturali e sociali, già suggerisce la probabilità che tale nuova disciplina possa essere sospettata di contrastare sia con il principio di non discriminazione sia con la disciplina costituzionalmente garantita della libertà di riunione. Come da più parti<sup>2</sup> spesso si è notato talvolta il luogo viene convertito, per così dire, in simbolo identitario<sup>3</sup> e ciò porta con sé una serie di effetti non ancora esattamente chiariti in un ordinamento che voglia definirsi laico, pluralista, liberale e democratico. La direttiva sui cortei e le manifestazioni nei centri urbani è infatti figlia di un momento storico e culturale caratterizzato in modo molto profondo dalla necessità di trovare una soluzione efficace alla progressiva perdita di omogeneità del tessuto sociale italiano a causa del fenomeno migratorio. Le risposte che l'ordinamento fornisce a questa perdita di omogeneità sono costituite talvolta da un tentativo di conservazione e di difesa dell'identità tradizionale che si trova espressa nei suoi simboli. Se ne può avere una chiara percezione leggendo le ordinanze adottate dai prefetti di Venezia<sup>4</sup> di Asti<sup>5</sup> o di Bologna<sup>6</sup> che escludono dal generale divieto di manifestare nelle aree sensibili, fatti salvi casi specifici, le sole "tradizionali cerimonie e ricorrenze a carattere storico, culturale, religioso e commemorativo". Si tende pertanto a preservare "i luoghi a forte caratterizzazione simbolica" da tutte quelle manifestazioni che non siano espressione di quella stessa tradizionale identità che questi luoghi rispecchiano con l'effetto di far prevalere la difesa di questa sorta di identità tradizionale (individuata quindi secondo un'ottica prevalentemente "retrospettiva") sulla libertà di riunirsi, anche pacificamente, e manifestare il proprio pensiero.

<sup>2</sup> Si è osservato infatti quanto sia rilevante, ai fini della buona riuscita della riunione, la possibilità che essa possa tenersi nel luogo precelto dai manifestanti per motivi inerenti la visibilità ed il significato attribuito a determinati luoghi in relazione alla riunione che si intende svolgere. A tal riguardo vedi A. Barbera, *Principi costituzionali e libertà di corteo*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, vol. IV, Padova, Cedam, 1974, pp. 2723 e ss.

<sup>3</sup> Vedi U. Kahliq, *Islam and the European Union* (Editors R. Potz, W. Wieshaider), Leuven, Peeters Publishers, 2004.

<sup>4</sup> In <http://www.prefettura.it/venezias/index.php>.

<sup>5</sup> In <http://www.prefettura.it/astis/index.php>.

<sup>6</sup> In <http://www.prefettura.it/bolognas/index.php>.

È persino banale osservare che su di un certo grado di omogeneità e su di un determinato assetto dell'ordine sociale riposano le basi delle regole che presiedono ad una ordinata e civile convivenza. Il diritto, attraverso un meccanismo quasi osmotico, presuppone e riflette un determinato grado di coesione sociale. Riguardo ad alcuni aspetti del vivere civile era possibile riscontrare nella società italiana, fino a qualche decennio fa, una tendenziale convergenza<sup>7</sup>. Attualmente l'ordinamento è tuttavia chiamato a confrontarsi con un tessuto sociale completamente nuovo, a governare la differenza<sup>8</sup> e dunque a regolare la convivenza di persone che per provenienza etnica, lingua, religione, condizioni personali e sociali sono tra loro profondamente differenti. Il contatto, all'interno di questo eterogeneo assortimento, tra individui portatori di culture e modi di vivere estremamente differenziati ha dato dunque luogo ad una sorta di maldestro anelito alla conservazione e al tentativo di riesumare un vecchio ordine sociale. Tale reazione, in termini giuridici, è stata tra l'altro amplificata dall'attribuzione, spesso agli organi più periferici<sup>9</sup> dell'apparato statale, di poteri che

<sup>7</sup> A tal proposito vedi anche F. Basile, *Immigrazione e reati culturalmente motivati: il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 30 e ss.

<sup>8</sup> Vedi a tal proposito S. Ferrari (a cura di), *Introduzione al diritto comparato delle religioni, Ebraismo, islam e induismo*, Bologna, il Mulino, 2008, p. 7.

<sup>9</sup> Vedi a tal proposito T.F. Giupponi, *Le dimensioni costituzionali della sicurezza*, Bologna, Libreria Bonomo, 2010. È opportuno altresì osservare che la riscrittura dell'art. 54 t.ul.ps. nell'estate del 2008 (vedi D.l. 23 maggio 2008, n. 92 convertito in legge del 24 luglio 2008, ha inciso in modo radicale sul potere d'ordinanza del sindaco riconoscendogli non solo il potere di emanare ordinanze contingibili ed urgenti (a proposito del più ampio genus delle ordinanze contingibili e di urgenza vedi anche A. Morrone, *Le ordinanze di necessità e di urgenza, tra storia e diritto*, in A. Vignudelli (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto. I confini mobili della separazione dei poteri*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 183 e ss.; ed inoltre T.F. Giupponi, "Sicurezza urbana" e ordinanze sindacali: un primo (e inevitabilmente parziale) vaglio del Giudice delle leggi, in *Le Regioni*, n. 6, 2009, pp. 1421-1431 ma anche di adottare provvedimenti di ordinaria amministrazione a tutela di esigenze di incolumità pubblica e sicurezza urbana. A tal proposito vedi le osservazioni di A. Lorenzetti, S. Rossi (a cura di), *Le ordinanze sindacali in materia di incolumità pubblica e sicurezza urbana. Origini, contenuti, limiti*, Napoli, Jovene, 2009. In particolare si nota a p. 3 che "La stabilizzazione crescente dello strumento dell'ordinanza nell'ordinamento giuridico rappresenta una deriva della funzione normativa degli organi legislativi agli organi amministrativi che pur movendo da condivisibili principi di autonomia e di differenziazione favorisce la creazione di tanti microordinamenti accomunati, più che da un filo logico normativo, dall'urgenza di provvedere ad emergenze o pericoli non adeguatamente affrontati

sono stati poi utilizzati allo scopo di “moralizzare”, di ristabilire un livello minimo di decoro (con tutta l’ambiguità che tale termine porta con sé) e di sicurezza<sup>10</sup>.

## 2. La questione dei simboli religiosi nello spazio pubblico: l’esperienza italiana

In questo clima di grande cambiamento e di crisi delle identità collettive<sup>11</sup> è proprio a queste ultime che in molti casi ci si richiama. Accade che la messa in discussione (più o meno deliberata) di un determinato modello culturale ne provochi una riaffermazione e causi un innalzamento dei toni del dibattito. Le caratteristiche proprie di un gruppo non vengono più in rilievo in modo neutro ma sono interpretate e talvolta enfatizzate al fine di farne lo strumento connotativo del gruppo, il simbolo<sup>12</sup>.

a livello nazionale e perciò irrisolti e strutturali. Tale modifica ha inoltre condotto all’ampliamento della nozione di sicurezza urbana in cui vengono a confluire non soltanto fenomeni di microcriminalità ma anche fenomeni legati al disagio sociale, al decoro ed al degrado urbano”. Come si ricordava la definizione di sicurezza urbana è stata in parte ridefinita dalla sentenza della Corte costituzionale n. 196 del 2009 ma in realtà ancora ne manca una soddisfacente delimitazione. Riguardo a questo tema vedi in particolare i diversi contributi contenuti nel paper “*La sicurezza urbana*” redatto dal gruppo di lavoro Astrid, a cura di A. Pajno, in [www.astrid-online.it/rassegna/09-02.../Pajno\\_La-Sicurezza-Urbana.pdf](http://www.astrid-online.it/rassegna/09-02.../Pajno_La-Sicurezza-Urbana.pdf), 2009.

<sup>10</sup> A tal proposito vedi le osservazioni di A. Lorenzetti, S. Rossi (a cura di), *Le ordinanze sindacali in materia di incolumità pubblica e sicurezza urbana. Origini, contenuti, limiti*, Napoli, Jovene, 2009, pp. 257 e ss. nonché T.F. Giupponi, *Le dimensioni costituzionali della sicurezza*, cit.

<sup>11</sup> Sul concetto di identità collettiva in crisi vedi anche alcune riflessioni di P. Scoppola, *La repubblica dei partiti: evoluzione e crisi di un sistema politico 1945-1996*, Bologna, il Mulino, 1997, pp. 300 e ss.

<sup>12</sup> “Per un corretto bilanciamento normativo del rapporto tra eguaglianza e diversità occorre che [...] anche lo spazio pubblico della società venga liberato da fattori condizionanti i processi di auto identificazione delle comunità. Come nel tempo la memoria, sono i simboli nello spazio ad ostacolare nello spazio pubblico i processi di integrazione. Simbolo, infatti, è più che un segno, sia perché, a differenza di questo non è indifferente ma esprime una stretta aderenza al contenuto sia perché esprime un’ulteriorità di senso come ‘valore maggiore di quello che è solito essere ascritto alla realtà di fatto così come si presenta’: perciò mette insieme, secondo il suo significato etimologico, ma per ciò stesso, separa dagli altri”. N. Colaianni, *Eguaglianza e diversità culturali e religiose. Un percorso costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2006, pp. 75 e ss. A proposito vedi anche D. Tega, *Identità culturale e simboli religiosi. La questione del crocifisso e del velo islamico*, in A. Vignudelli

Non a caso, nell'ultimo ventennio il dibattito sulla presenza di simboli, in particolare di quelli religiosi, nello spazio pubblico ha assunto un'importanza sempre crescente e ha conosciuto toni sempre più accesi. Proprio perché l'apposizione di un simbolo all'interno di uno spazio sembra equivalere ad appropriarsi di un territorio, altrettanto, adoperarsi per conservare la presenza di quello stesso marchio equivale oggi a lottare per confermare il mantenimento della "supremazia" in quello spazio a scapito di altri concorrenti. È stato notato che "tanto quanto l'ossessione per le origini, per le radici, la proposta in termini vincolanti di simboli di riconoscimento della propria identità, denota la volontà di privilegiare alcuni elementi – culturali religiosi, linguistici – a scapito di altri"<sup>13</sup>.

Proprio la nozione di privilegio menzionata conduce rapidamente a confrontare le misure previste dalle ordinanze prefettizie attuative della direttiva del Ministero dell'Interno del 26 gennaio 2009<sup>14</sup> con quanto previsto, già ormai dieci anni fa, dalla direttiva 2000/43/CE del Consiglio, del 29 giugno 2000 in materia di discriminazione indiretta ed ancora più semplicemente, con i contenuti dei principi di uguaglianza, di pluralismo e di non discriminazione previsti dalla Costituzione italiana<sup>15</sup>.

Per quanto riguarda la vicenda italiana, la questione dei simboli religiosi ha radici piuttosto antiche. Il principio costituzionale di uguale libertà, secondo parte della dottrina, è stato infatti "oggetto di

(a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto*, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 143-154.

<sup>13</sup> N. Colaianni, *Eguaglianza e diversità culturali e religiose. Un percorso costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2006, p. 76. A tal riguardo anche M. Aime, *Eccessi di culture*, Torino, Einaudi, 2004, p. 43.

<sup>14</sup> La direttiva sopra menzionata ha portato all'adozione da parte dei prefetti di varie ordinanze attuative tutte tendenzialmente simili tra di loro e meramente applicative del contenuto della direttiva, con qualche variante in alcuni casi, volta prevalentemente ad escludere dal divieto generale le sopra ricordate forme di riunione più tradizionali. Tali ordinanze sono ad esempio state adottate dalle province di Bologna, Asti, Pesaro-Urbino, Venezia, Cagliari. In altre città si è invece fatto ricorso alla stipulazione di una serie di protocolli d'intesa volti sempre a sottrarre le cosiddette aree sensibili alle manifestazioni ed alle riunioni.

<sup>15</sup> Vedi F. Margiotta Broglio, *Aspetti della politica religiosa degli ultimi quindici anni*, in A. Nardini, G. Nucci (a cura di), *Dall'Accordo del 1984 al disegno di legge sulla libertà religiosa. Un quindicennio di politica e di legislazione ecclesiastica*, Roma, Presidenza del Consiglio dei Ministri, 2001, p. 7.

un'interpretazione fortemente discriminatoria<sup>16</sup> nei confronti delle altre confessioni. La Corte costituzionale aveva tra l'altro in parte legittimato una tutela penale rinforzata della religione cattolica che si traduceva di fatto in limitazione della libertà religiosa delle altre. Recentemente la questione dell'obbligatorietà dell'esposizione del crocifisso<sup>17</sup> negli istituti scolastici ha nuovamente fornito l'occasione per una ulteriore riflessione sui confini del principio di laicità. Nell'affrontare il problema dell'esposizione di simboli religiosi negli spazi pubblici la Corte costituzionale italiana non è entrata nel merito della questione mentre la Corte di Strasburgo, ha inteso il principio di laicità come principio di necessaria neutralità dello Stato nei confronti di tutte le confessioni religiose. Si rende così evidente una significativa differenza tra la versione del principio di laicità accolta dalla Corte europea dei diritti e quella ricavabile dalla Costituzione Italiana<sup>18</sup>. Come risulta evidente già da un primo sguardo sull'evoluzione della querelle italiana sull'esposizione di simboli religiosi nello

<sup>16</sup> Vedi A. Barbera, C. Fusaro, *Corso di diritto pubblico*, V ed., Bologna, il Mulino, 2010, p. 157: "ciò avveniva applicando il criterio quantitativo, in base al quale tale disparità sarebbe stata giustificata dal fatto che la religione cattolica fosse professata dalla maggioranza dei cittadini, ma dopo l'accordo del 1984, che ha definitivamente abrogato il principio della religione cattolica come religione di Stato, la giurisprudenza costituzionale ha mutato orientamento sostenendo la vigenza nel nostro ordinamento del principio di laicità inteso non come indifferenza verso il fenomeno religioso ma come equidistanza nei confronti di tutte le confessioni religiose (v. sentt. 203/1989 e 149/1995) e dichiarando incostituzionali le fattispecie che assicuravano una maggiore tutela alla religione cattolica (v. sentt. 440/1995, 508/2000, 327/2002 e 168/2005). Sintomatica in particolare è la sent. n. 508 del 2000 con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale del reato di vilipendio della religione cattolica, dopo decenni di giurisprudenza contraria. Sul punto è intervenuta la l.n. 85 del 2006 che ha previsto una disciplina comune per i reati commessi nei confronti di una confessione religiosa".

<sup>17</sup> Si allude al recente caso *Lautsi c. Italia*: a seguito del ricorso di una coppia di genitori che chiedeva la rimozione del crocifisso dalle aule di una scuola media il Consiglio di Stato ha confermato tale obbligo. La Corte costituzionale tuttavia non ha ancora colto l'occasione per pronunciarsi in merito. Sul medesimo ricorso si è invece da ultimo pronunciata la Corte europea dei diritti dell'uomo, che ha condannato l'Italia per violazione della libertà religiosa degli allievi e del diritto dei genitori ad educare i figli secondo le proprie credenze in base all'art. 9 ed al Protocollo 1, art. 2 della Cedu (sentenza *Lautsi c. Italia* n. 30814/06).

<sup>18</sup> Quest'ultima pare infatti lasciare aperta la possibilità di una differenziazione del rapporto intercorrente tra lo Stato e le varie comunità religiose. La questione tuttavia non può affatto considerarsi chiusa in quanto il Governo italiano ha proposto un ricorso in appello alla Corte di Strasburgo la quale ne ha dichiarato l'ammissibilità.

spazio pubblico, tutta l'insistenza e tutto il clamore sollevato attorno a tali vicende lasciano intuire una diffusa condizione di ipersensibilità rispetto al tema dell'identità e dei suoi segni distintivi, in particolare legati al fenomeno religioso ma non solo. È infatti accaduto ripetutamente che alcune condotte di per sé non illecite ma riconducibili ad uno stile di vita non aderente con quello tradizionale e tendenzialmente coincidenti invece con le abitudini di soggetti portatori di identità differenti, fossero poste alla base della creazione di fattispecie spesso indirettamente discriminatorie. In tal modo sono state introdotte misure restrittive non direttamente rivolte a differenziare il trattamento riservato allo straniero, ma comunque configurate in modo tale da individuare precisamente il destinatario della misura attraverso la stigmatizzazione di comportamenti suoi tipici<sup>19</sup>.

Senza voler eccessivamente allargare il campo dei fenomeni oggetto di riflessione resta opportuno considerare che questo è il clima all'interno del quale va ad inserirsi il disposto della direttiva del Ministro dell'Interno del 26 gennaio 2009 relativa alle manifestazioni ed ai cortei nelle aree sensibili dei centri urbani. Tale direttiva, di seguito analizzata con maggiore puntualità, merita di essere presa in considerazione poiché qui la tutela del simbolo viene estesa e riproposta come tutela di uno spazio, degno di una disciplina particolare in quanto luogo simbolico. Ma non è tutto qui, il luogo "a forte caratterizzazione simbolica" è la *species* di un *genus* più ampio, quello delle aree sensibili. Si realizza, tramite la direttiva in esame, una complessa sovrapposizione tra le nozioni di "simbolico", "sensibile" e "pericoloso" attraverso un miscuglio di concetti piuttosto intricato volto comunque a far prevalere il bene del rispetto dei simboli e di una certa nozione di sicurezza, su di una libertà costituzionalmente protetta come quella di riunirsi pacificamente. Tale tensione nell'affermazione dell'identità è evidentemente suscettibile ad avere effetti più o meno direttamente discriminatori nei confronti di coloro che dissentono dall'ordine sociale che si intende invece tutelare tramite le misure in analisi.

Nell'avvicinare il tema della probabilità di giungere ad una discriminazione tramite una disciplina differenziata della libertà di riunione in base alla forte caratterizzazione di alcuni luoghi per motivi

<sup>19</sup> Vedi ancora a tal riguardo di A. Lorenzetti, S. Rossi (a cura di), *Le ordinanze sindacali in materia di incolumità pubblica e sicurezza urbana*, cit., pp. 257 e ss. che parla anche di misure volte in certo qual modo ad una sorta di "moralizzazione" dell'individuo.

religiosi sociali o culturali, merita infine di essere osservato il riferimento contenuto nell'art. 18 della testo unico delle leggi sulla pubblica sicurezza (risalente al 1931) alla moralità come motivo di divieto e di scioglimento di manifestazioni riunioni e cortei. Tale disposizione non è mai stata dichiarata incostituzionale sotto tale profilo né esplicitamente abrogata e rimane altrettanto simbolicamente a testimoniare il rilievo che è stato attribuito alla libertà di riunione nella costruzione e mantenimento dell'integrità di un concetto di ordine pubblico non inequivocabilmente definito in termini materiali.

### 3. La direttiva e le ordinanze applicative: dubbi sulla compatibilità con la Costituzione

La direttiva del Ministero dell'Interno<sup>20</sup> “per le manifestazioni nei centri urbani e nelle aree sensibili” del 26 gennaio 2009, rappresenta un'occasione particolarmente propizia per la riflessione sull'effettivo rispetto e sull'attuazione del principio di non discriminazione all'interno dell'ordinamento italiano. Il contesto d'origine, il bilanciamento<sup>21</sup> dei valori che paiono costituirne il fondamento, la formulazione testuale e le applicazioni che la direttiva in questione ha ricevuto

<sup>20</sup> Vedi [www.interno.it/mininterno/export/sites/default/it/sezioni/servizi/legislazione/sicurezza/0984\\_2009\\_01\\_26\\_direttiva\\_prefetti\\_su\\_manifestazioni\\_in centri\\_urbani.html](http://www.interno.it/mininterno/export/sites/default/it/sezioni/servizi/legislazione/sicurezza/0984_2009_01_26_direttiva_prefetti_su_manifestazioni_in centri_urbani.html).

<sup>21</sup> Al riguardo va notato che la Costituzione non pone esplicitamente la libertà di circolazione come limite alla libertà di riunione. La dottrina e la giurisprudenza tuttavia hanno spesso privilegiato la prima rispetto alla seconda sebbene mantenendo sempre un andamento oscillante. Al riguardo si veda una pronuncia della Corte di Cassazione penale (Sez. VI n. 7822 del 1995) nella quale si afferma che: “l'esercizio dei diritti di riunione e di manifestazione del pensiero cessa di essere legittimo quando travalichi nella lesione di altri interessi costituzionalmente tutelati”. Nello stesso senso vedi anche C. pen. Sez. VI n. 1600 del 2000. In proposito si è osservato che, non offrendo il dettato costituzionale riferimenti espliciti in favore della prevalenza dell'una o dell'altra libertà, il modo di conciliare le due contrastanti esigenze andrebbe valutato caso per caso dall'autorità di pubblica sicurezza. Non è dunque possibile definire in astratto l'equilibrio che regola il rapporto tra libertà di riunione e libertà di circolazione, essendo invece necessario giudicare le caratteristiche del caso concreto. Tuttavia, autorevole dottrina ha osservato che le esigenze della libertà di riunirsi per la loro particolare valenza anche politica e per lo stretto legame con la libertà di manifestare il proprio pensiero, andrebbero privilegiate rispetto a quelle inerenti la libertà di circolazione. Al riguardo vedi in particolare A. Barbera, *Principi costituzionali e libertà di corteo*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, vol. IV, cit., pp. 2723 e ss.

sembrano confermare la sua particolare idoneità ad indirizzare verso discutibili distinzioni la tutela della libertà di riunione.

Più precisamente, oggetto di dubbio è il riferimento effettuato dal provvedimento in questione al carattere simbolico di alcuni luoghi. Tale connotazione, che viene posta dalla direttiva a fondamento del divieto di utilizzare alcune aree per le manifestazioni, ha dei tratti di profonda ambiguità. Ci si chiede dunque se, far discendere dalla forte caratterizzazione simbolica dei luoghi il divieto di riunirsi in quei medesimi luoghi, rappresenti una piana attuazione del dettato costituzionale o se al contrario ne costituisca un travisamento. Restano aperti pertanto vari interrogativi. Ci si domanda ad esempio se riunirsi nei cosiddetti luoghi sensibili sia davvero sempre un rischio per la sicurezza ed in caso di risposta positiva sorge il dubbio relativo a quale sia il genere ed il contenuto della nozione di sicurezza cui si fa riferimento. Tenendo presente che l'art. 17 Cost. richiede come condizione del divieto preventivo di riunioni in luogo pubblico la sussistenza di motivi comprovati riconducibili soltanto<sup>22</sup> alla sicurezza e all'incolumità pubblica, il carattere simbolico dei luoghi è idoneo a determinare sempre, o comunque di norma, il divieto preventivo delle riunioni in una zona? C'è il rischio che una tale previsione protegga beni giuridici diversi da quelli che il Costituente ha inteso identificare come l'unica possibile contropartita in grado di giustificare una compressione della libertà di riunione? In altre parole, tramite il divieto generalizzato<sup>23</sup> di tutte le riunioni destinate a tenersi in luoghi a forte caratterizzazione simbolica per motivi sociali culturali e religiosi e prescindendo dall'accertamento caso per caso dei comprovati motivi cui fa riferimento la Costituzione, stiamo tutelando la sicurezza e

<sup>22</sup> Quanto all'interpretazione dell'espressione "soltanto" nell'interpretazione della giurisprudenza costituzionale vedi la ormai superata pronuncia n. 54 del 1961 come esempio di una logica argomentativa di tipo chiaramente restrittivo della libertà garantita, che si spinge anche contro ad una lettura di tipo letterale della disposizione costituzionale.

<sup>23</sup> Nel corso della storia repubblicana si sono già in realtà verificati casi in cui, tramite ordinanze dei prefetti si procedeva di fatto a sostanziali sospensioni della libertà di riunirsi in determinati luoghi. Tali provvedimenti vengono rammentati in termini fortemente dubitativi da B. Pezzini, *La tutela e la garanzia dei diritti fondamentali: la libertà di riunione*, in *Atti del convegno di studi. Brighton*, 6, 7 e 8 settembre 2001, in *Quad. Dipartim. Scienze giur. di Bergamo*, n. 15, 2004, p. 64; e da A. Barbera, F. Cocozza, G. Corso, *Le libertà dei singoli e delle formazioni sociali*, in *Manuale di diritto pubblico*, a cura di G. Amato, A. Barbera, vol. I, Bologna, il Mulino, 1997, p. 292.

l'incolumità pubblica o qualcosa di diverso? Ci si interroga poi, alla luce di alcune ordinanze adottate in applicazione della direttiva, se si debba dedurre che esistono statuti diversi per l'esercizio della libertà di riunione a seconda che i fini ed i contenuti di questa si pongano o meno in contrasto con il valore simbolico del luogo in cui si svolge la riunione.

Il Ministro dell'Interno ha annunciato l'adozione della direttiva affermando esplicitamente che, con tale provvedimento, si intendeva dare risposta alla polemica seguita allo svolgimento di una preghiera islamica in piazza Duomo a Milano a conclusione di una manifestazione di solidarietà nei confronti della popolazione della Striscia di Gaza. La direttiva in particolare, contiene l'invito ai prefetti a "stabilire regole per sottrarre alcune aree alle manifestazioni, stabilire, ove necessario, forme di garanzia per gli eventuali danni e prevedere altre indicazioni per lo svolgimento delle manifestazioni" (punto 4). Il provvedimento intende dunque definire criteri che orientino le decisioni dei competenti prefetti e questori. "Tra questi criteri si evidenzia la necessità di limitare l'accesso ad alcune aree particolarmente sensibili [...]. Tali aree sensibili saranno individuate in zone a forte caratterizzazione simbolica per motivi sociali culturali o religiosi, o che siano caratterizzate, anche in condizioni normali da un notevole afflusso di persone o ancora, nelle aree nelle quali siano collocati obiettivi critici" (punto 3). La direttiva del Ministro dell'Interno emanata il 26 gennaio 2009 mira esplicitamente a realizzare un nuovo bilanciamento tra la libertà di riunione e tutti gli altri diritti costituzionalmente garantiti, dal momento che – come si legge nella direttiva stessa – "quotidianamente si svolgono nelle città iniziative e manifestazioni pubbliche con cortei che percorrono i centri storici per dare voce e forma organizzata a dissensi e proteste e richiamare l'attenzione dell'opinione pubblica e delle istituzioni su problemi e proposte [...]. La frequenza di tali manifestazioni determina – secondo la direttiva in analisi – non di rado nella complessa realtà dei centri urbani di maggiori dimensioni, criticità nell'ordinato svolgersi della vita cittadina tali da limitare, condizionandoli, i più comuni diritti dei cittadini, come ad esempio il diritto allo studio, il diritto al lavoro ed il diritto alla mobilità" (punto 1).

Il primo degli interrogativi suscitati dalla formulazione di tale direttiva riguarda la legittimità delle ipotesi di limitazione della libertà di riunione e della libertà di manifestazione del pensiero in essa contenute alla stregua di quanto disposto dalla Costituzione. L'art.17

Cost. prevede infatti che le riunioni in luogo pubblico possano essere vietate solamente per comprovati motivi di sicurezza ed incolumità pubblica. Se non ricorrono tali presupposti le riunioni in luogo pubblico non possono essere vietate né necessitano di un'autorizzazione per potersi svolgere legittimamente<sup>24</sup>. Il sistema che emerge dalla lettura della direttiva in questione sembra invece diverso<sup>25</sup>, in particolare per il fatto che alcune zone sembrano essere, in linea generale, precluse ai manifestanti, fatti salvi non meglio precisati casi specifici la cui discrezionale valutazione è rimessa ai competenti questori e prefetti. In altre parole i luoghi caratterizzati da un forte afflusso di persone, le zone a forte caratterizzazione simbolica per motivi sociali religiosi o culturali ed ancora, i luoghi in cui sono collocati obiettivi critici (cioè, riassumendo, le aree che, come la stessa direttiva espressamente afferma, rendono massima la visibilità della manifestazione) devono in generale essere sottratti a cortei e manifestazioni. Salvi eventuali casi specifici, nelle aree urbane di massima visibilità, non solo non è garantito l'esercizio della libertà di riunione ma addirittura le manifestazioni devono essere, in linea di massima vietate, salvo diversa determinazione delle autorità competenti, contrariamente al tendenziale *favor* espresso in proposito dalla Costituzione, che classifica come eccezione, non l'esercizio della libertà ma, l'inverso, la possibilità di apportarvi limitazioni. In realtà la possibilità di vietare preventivamente una riunione in luogo pubblico, o di dettare prescrizioni relative al luogo e al tempo del suo svolgimento, era già contemplata dal nostro ordinamento<sup>26</sup>. Infatti la disciplina della libertà di riunione è tuttora affidata al testo unico delle leggi sulla pubblica

<sup>24</sup> Al riguardo e per una rapida analisi del significato dell'espressione "sicurezza ed ordine pubblico" vedi R. Borrello, *op. cit.*, pp. 1412 e ss.; F. Cuocolo, *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 712-13; G. Tarli Barbieri, Art. 17, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino, Utet, 2006, p. 388.

<sup>25</sup> Al riguardo vedi S. Troilo, *La libertà di riunione ai tempi della "direttiva Maroni"* in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

<sup>26</sup> Si deve notare che la possibilità di stabilire percorsi alternativi per le riunioni era già prevista dall'art.18 comma 4 del T.u.l.p.s. Tale disposizione è stata utilizzata dall'avvocatura dello Stato per sostenere che le ordinanze prefettizie in analisi non sarebbero prive di fondamento legislativo in quanto già coperte sotto il profilo della legalità dalla previsione sopra menzionata. La controparte invece motivava tra l'altro l'impugnazione di una delle ordinanze con l'osservazione che una direttiva non sarebbe in grado di fondare un potere di ordinanza; di natura sostanzialmente stabile e normativa; e per di più contrastante con il disposto costituzionale.

sicurezza del 1931 che è rimasto in buona parte intatto anche dopo l'adozione della Costituzione. L'elemento di rottura è dato dunque, a ben vedere, non tanto dall'introduzione di poteri radicalmente nuovi, ma dall'invito rivolto a prefetti e questori ad utilizzare i poteri già esistenti secondo indirizzi che talvolta si discostano dal dettato costituzionale in materia di libertà di riunione. Seppure con riferimento a luoghi determinati, si deve osservare che l'esercizio della libertà di riunione passa dall'essere di norma legittimo e favorito all'essere di norma vietato. È poi labile, se non quasi inesistente, il confine che separa il concetto di divieto di riunirsi da quello di sottrazione di un luogo alle riunioni. Ed altrettanto è da sottolineare che i luoghi soggetti all'applicazione di questo particolare regime alla libertà di riunione sono quelli nei quali maggiore è l'interesse a manifestare proprio perché, per la loro visibilità, sono i più idonei a soddisfare l'esigenza di rappresentare e richiamare l'attenzione dell'opinione pubblica e delle istituzioni su problemi e proposte, come riconosce la stessa direttiva. Pertanto affermare che si tratta di una sospensione spazialmente limitata del diritto di riunione non è un'argomentazione particolarmente utile a diminuire la gravità della compressione di tale libertà in quanto essa risulta limitata proprio nei contesti in cui il suo esercizio può avere senso ed effetto. È un po' come se si garantisse la possibilità di mettere in scena una rappresentazione teatrale ma ciò fosse permesso solo in teatri vuoti.

Come si è accennato è poi opportuno porre attenzione all'ambiguità del riferimento alla forte caratterizzazione simbolica dei luoghi come criterio per stabilire la legittimità o meno di una eventuale riunione che in quella zona intenda svolgersi. L'adozione di un tale criterio discrezionale svincolato, a quanto parrebbe, dall'accertamento volta per volta dell'idoneità in concreto della singola riunione a ledere la sicurezza e l'incolumità pubblica, lascia infatti supporre che l'oggetto di tutela sia qualcosa di diverso o comunque di ulteriore, rispetto ai beni giuridici menzionati dall'articolo 17 Cost., per quanto estensivamente possa essere interpretato il concetto di sicurezza pubblica. Sembrerebbe, da una lettura della direttiva e delle varie ordinanze prefettizie che le danno attuazione, che la valutazione circa la pericolosità della riunione, non debba necessariamente essere accertata in concreto, ma possa essere presunta sulla base del semplice fatto che la riunione debba svolgersi in luoghi caratterizzati da un considerevole afflusso di persone o connotati da una forte caratterizzazione simbolica per motivi sociali, culturali o religiosi. Ciò induce a rite-

nera che l'intenzione sottesa alla disciplina in questione sia quella di proteggere un bene di natura essenzialmente ideale. Tale sospetto viene poi avvalorato dalla lettura di alcuni dei decreti prefettizi che hanno attuato la direttiva nei quali si prevede che, i luoghi a forte caratterizzazione simbolica, di volta in volta individuati, sono sottratti alle manifestazioni ed ai cortei fatta eccezione "per le tradizionali cerimonie e ricorrenze a carattere storico religioso e commemorativo e per le iniziative soggette alla disciplina in materia di propaganda elettorale". La libertà di riunirsi nei luoghi simbolici è dunque accordata regolarmente solamente per le suddette "tradizionali cerimonie e ricorrenze a carattere storico religioso e commemorativo e per le iniziative soggette alla disciplina in materia di propaganda elettorale". Sulla base di queste ordinanze viene dunque a determinarsi uno statuto differenziato della libertà di riunione a seconda che le riunioni rappresentino l'espressione di una cultura classificabile come tradizionale o meno.

È chiaro che lo stress culturale<sup>27</sup> cui è soggetta la società attuale, sempre più disomogenea e sempre più multiculturale, rende più probabile che le manifestazioni in luoghi dotati di un particolare valore simbolico per alcune parti della società, quando tali riunioni non siano espressione del culto o della cultura tradizionale che quei determinati luoghi simbolici rappresentano, possano determinare degli attriti. Tuttavia una presunzione di pericolosità così netta, posta in capo a tutte le riunioni che non rappresentino "tradizionali cerimonie e ricorrenze a carattere storico religioso e commemorativo o iniziative soggette alla disciplina in materia di propaganda elettorale"<sup>28</sup>, e tale da determinarne il conseguente divieto, nei luoghi più visibili dei centri urbani, sembra implicare un sacrificio della libertà di riunione superiore a quello consentito dall'art. 17 Cost. La libertà di riunione verrebbe inoltre ad assumere confini diversi a seconda della riconducibilità del ritrovo a fenomeni appartenenti o meno alla tra-

<sup>27</sup> Vedi a tal proposito il riferimento di R. Mazzola, *Libertà di culto e sicurezza urbana nella direttiva del ministro dell'interno per le manifestazioni nei centri urbani e nelle aree sensibili*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, II, 2009, p. 410.

<sup>28</sup> Vedi ad esempio i casi delle ordinanze adottate dai prefetti di Bologna e Venezia. A tal riguardo, in generale, vedi poi anche S. Troilo, *La libertà di riunione ai tempi della "direttiva Maroni"*, cit., ed inoltre R. Bin, *Balilla al potere?*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), ed ancora su un fenomeno analogo R. Bin, *Un plauso al TAR Brescia (e un'invocazione ai Prefetti)*. *Commento a TAR Brescia, sentenza n. 19/2010* in <http://www.forumcostituzionale.it>.

dizione. Si determinerebbe una sorta di regressione della libertà di riunione che, quando esercitata in alcuni luoghi nevralgici della città, si trasformerebbe da diritto civile di prima generazione (o da diritto politico riconducibile alla seconda generazione) in una sorta di diritto "culturale". Per quanto complessa possa essere attualmente la tematica dell'utilizzo degli spazi pubblici da parte di minoranze religiose o comunità immigrate, una ridefinizione in tali termini della libertà di riunione non sembra avere appigli a livello costituzionale a meno di non considerare pericolose per l'incolumità e la sicurezza tutte le riunioni, destinate a svolgersi nelle aree a forte caratterizzazione simbolica, che non siano espressione di quella stessa cultura tradizionale. Deve infatti essere tenuta presente la forte vocazione pluralista insita nella previsione della libertà di riunione come strumento per l'esercizio di altri diritti (ad esempio, come la libertà di manifestazione del pensiero o la libertà religiosa); come mezzo per la piena realizzazione della dialettica democratica e come contesto per il completo sviluppo della personalità umana. La forte presenza del principio pluralista alle spalle del riconoscimento della libertà di riunione non può essere dimenticata o disattivata in nome dei cambiamenti sociali che hanno interessato la società italiana negli ultimi decenni. Nonostante la perdita di omogeneità culturale e religiosa giunga talvolta a mettere alla prova consolidati principi fondamentali della convivenza civile è opportuno ricordare che è proprio questo il genere di circostanze in cui è chiamato ad operare il principio pluralista, che, già di per sé, presuppone l'esistenza di una mediazione o quantomeno di una relazione tra più entità. In presenza di una assoluta omogeneità il principio pluralista non ha nemmeno senso. Sulla base di tali considerazioni è quindi opportuno riflettere con cautela sulle limitazioni che la Costituzione consente di apporre alle libertà da essa previste e sulle implicazioni potenzialmente discriminatorie che potrebbero discendere dall'interpretazione della nozione di sicurezza che paiono sottese alla direttiva in questione ed in particolare ad alcuni decreti prefettizi adottati in sua attuazione.

#### **4. Conclusioni**

Al termine di tale rappresentazione dei contenuti e dei problemi introdotti dalla direttiva del Ministero dell'Interno del 26 gennaio 2009 e dalle relative ordinanze di attuazione pare opportuno sinte-

tizzare i fondamentali nodi problematici ancora insoluti. Le considerazioni svolte relativamente alla conformità della direttiva al dettato costituzionale in materia di libertà di riunione conducono infatti spesso ad evidenziare; come anticipato; una sovrapposizione di categorie e di concetti utilizzati magari da entrambe le normative citate ma in modo non del tutto coerente. La mancanza di coerenza si manifesta prevalentemente in tre forme.

La prima questione riguarda ovviamente il mancato rispetto della gerarchia delle fonti sotto almeno due profili. In primo luogo un'ordinanza non può disporre contrariamente a quanto previsto dalla Costituzione. In secondo luogo si è a lungo discusso sulla possibilità di considerare legittime ordinanze che dettassero regole destinate a rimanere stabili e disponessero in deroga alla legge e tutto ciò in mancanza di motivi che l'utilizzo di un tale eccezionale potere<sup>29</sup>.

<sup>29</sup> A tal riguardo vedi A. Morrone, *Le ordinanze di necessità e urgenza, tra storia e diritto*, cit., pp. 133 e ss.; C. Pinelli, *Un sistema parallelo. Decreti-legge e ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it). Si vedano in particolare le sentenze della Corte costituzionale nn. 8 del 1957 e 26 del 1962. Al proposito è stato osservato che già nella sentenza n. 8 del 1956 la Corte costituzionale, chiamata all'esame della legittimità costituzionale dell'art. 2 del T.u.l.p.s., aveva indicato i limiti e le condizioni entro i quali la previsione del potere di ordinanza non si pone in contrasto con l'ordinamento costituzionale. In primo luogo, sotto il profilo della violazione del sistema delle fonti disegnato dalla Costituzione, la Corte costituzionale ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale proposta, affermando la natura amministrativa delle ordinanze prefettizie, ancorché esse abbiano carattere generale. In particolare, con una pronuncia propulsiva, ha affermato l'esigenza che, nell'ambito di una nuova formulazione della disciplina dei poteri prefettizi di urgenza, venga garantita la fissazione di alcuni canoni derivanti principalmente dal carattere amministrativo di tali provvedimenti, tali da radicare l'interpretazione costituzionalmente conforme fornita dalla Consulta. La Corte ha individuato i predetti canoni: nell'efficacia limitata nel tempo degli atti in relazione ai dettami della necessità e dell'urgenza; nella necessaria sussistenza di un'adeguata motivazione espressa; nell'efficace pubblicazione nei casi in cui il provvedimento non abbia carattere individuale; nella conformità del provvedimento stesso ai principi dell'ordinamento giuridico. La Corte costituzionale è nuovamente intervenuta sulla questione con la sent. n. 26 del 1961 laddove, in mancanza dell'auspicata riforma legislativa dell'art. 2 T.u.l.p.s., ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della predetta previsione nei limiti in cui essa attribuisce ai Prefetti il potere di emettere ordinanze senza il rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico. La Corte costituzionale ha, con una pronuncia interpretativa di accoglimento, precisato che i suddetti poteri di ordinanza prefettizi "non possono in nessun modo considerarsi di carattere legislativo, quanto alla loro forma e quanto ai loro effetti. Quanto al loro contenuto, i relativi provvedimenti, finché si mantengano nei limiti dei principi dell'ordinamento giuridico, non possono mai

Le ordinanze attuative della direttiva analizzata presentano entrambi questi problemi ed anche il loro fondamento legislativo pare presentare alcuni dubbi<sup>30</sup>.

Un secondo problema è poi legato al fatto che la direttiva e di conseguenza le ordinanze alterano completamente l'equilibrio disegnato dall'art.17 Cost., sia per il fatto che la direttiva prevede che il divieto di riunirsi rappresenti la regola e la libertà costituisca invece un'eccezione, sia per la natura dei motivi che, secondo la direttiva, sono idonei a vietare preventivamente la riunione in quel determinato luogo. Secondo la Costituzione il divieto preventivo delle riunioni può avvenire soltanto per comprovati motivi di sicurezza ed incolumità pubblica. Come osservato, nella direttiva e nelle ordinanze si sorvola sulla necessità di accertamento caso per caso e per di più – giungendo così al terzo problema – si legittima il divieto sulla base di motivi che non sono inequivocabilmente legati alla sicurezza ed all'incolumità pubblica. Il motivo che sta alla base del divieto di riunirsi risiede nella qualificazione di una determinata area come “area sensibile”. Una zona può essere definita “sensibile” per la sua forte caratterizzazione simbolica per motivi sociali, culturali o religiosi o semplicemente anche per il grande afflusso di persone che anche normalmente la caratterizza. Viene così introdotta una nuova tipologia di luogo ulteriore rispetto a quelli individuati (tendenzialmente in modo tassativo)<sup>31</sup> dalla Costituzione e sottoposta ad una disciplina molto più severamente restrittiva. Inoltre la sovrapposizione tra le nozioni di “sensibile”, “pericoloso” e “simbolico” evoca una nozione di tutela dell'ordine pubblico di natura essenzialmente ideale.

essere tali da invadere il campo riservato alla attività degli organi legislativi, né a quella di altri organi costituzionali dello Stato: il rispetto di quei limiti impedisce ogni possibile violazione degli artt. 70, 76 e 77 e dell'art. 1, secondo comma, della Costituzione”. Così, i menzionati provvedimenti prefettizi non possono mai essere in contrasto con i detti principi ed in particolare “non possono essere in contrasto con quei precetti della Costituzione che, rappresentando gli elementi cardinali dell'ordinamento, non consentono alcuna possibilità di deroga nemmeno ad opera della legge ordinaria”. W. Giulietti in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it). Per una attuale ed organica ricostruzione della giurisprudenza costituzionale in materia di limiti al potere di ordinanza vedi A. Lorenzetti, S. Rossi, *op. cit.*, pp. 3 e ss.

<sup>30</sup> S. Troilo, *La libertà di riunione ai tempi della “direttiva Maroni”*, cit.

<sup>31</sup> R. Borrello, *op. cit.*, pp. 1412 e ss.

# Gli organismi nazionali per la parità: una prospettiva comparata

FRANCESCO BIAGI

*Sommario:* 1. Premessa. 2. Il quadro normativo di riferimento. 3. Meri antecedenti o modelli ispiratori? 4. Le “tipologie” degli organismi per la parità e la tendenza ad istituire un *single equality body*. 5. Le funzioni degli organismi per la parità. 6. L’indipendenza degli organismi per la parità. 7. Gli organismi per la parità in Gran Bretagna e in Francia. 7.1. La *Commission for Equality and Human Rights* britannica. 7.2. La *Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l’égalité* francese. 8. Considerazioni finali.

## 1. Premessa

Il presente contributo si propone il fine di effettuare un’analisi in chiave comparata della normativa comunitaria relativa agli “organismi per la promozione della parità di trattamento”<sup>1</sup>. Dopo aver individuato il quadro normativo di riferimento, verranno indicati gli antecedenti storici e/o i modelli ispiratori degli attuali *equality bodies*, sottolineando, in particolare, quale sia stata la loro influenza sul legislatore comunitario e sugli Stati membri. Verranno ricordati, poi, alcuni tentativi effettuati dalla dottrina di individuare “tipologie” di organismi per la parità, e si analizzerà la tendenza, sempre più marca-

<sup>1</sup> Questa è la denominazione contenuta nella direttiva 2000/43/CE; tra gli altri modi in cui vengono chiamati tali organi, si ricorda la direttiva 2006/54/CE, che li definisce “organismi per la parità”, mentre in dottrina vengono spesso utilizzate espressioni come “istituzioni contro la discriminazione razziale”, ovvero “agenzie” o “commissioni” antidiscriminatorie. Viene utilizzata sovente anche l’espressione inglese “*equality bodies*”. Sull’esperienza italiana si veda lo scritto di D. Tega, in questo Volume.

ta in Europa, a prevedere, invece di diversi organismi, un'unica istituzione competente per più forme di discriminazione. Successivamente verranno prese in esame le funzioni attribuite a tali istituzioni dalle direttive comunitarie, e si mostrerà come ciascun ordinamento abbia adottato soluzioni specifiche, dando vita ad un ampio spettro di attività. Si cercherà, poi, di comprendere in che modo gli Stati abbiano adempiuto all'obbligo di istituire organi per la parità in grado di svolgere le loro funzioni in maniera indipendente. Nell'ultima parte, infine, verranno analizzati gli organismi contro la discriminazione in due ordinamenti, quello britannico e quello francese: nel primo, tali istituzioni erano presenti già da lungo tempo, mentre nel secondo è stato creato un organo *ex novo*. La scelta non è stata casuale: dall'esame dei loro organismi, infatti, si tenterà di mostrare come ciascun paese si sia dotato di un'istituzione per la parità "su misura", in funzione, cioè, delle specificità e delle problematiche del proprio ordinamento.

## 2. Il quadro normativo di riferimento

Senza dubbio tra le novità più significative introdotte dalla direttiva 2000/43/CE (riguardante il principio della parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica)<sup>2</sup> vi è proprio la previsione, all'art. 13, degli organismi per la promozione della parità di trattamento. Oltre alla razza e all'etnia, tali organi sono stati previsti anche per combattere le discriminazioni legate al sesso. Il riferimento, al riguardo, è alla direttiva 2002/73/CE (relativa al principio della parità di trattamento tra gli uomini e le donne per quel che riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro)<sup>3</sup>, nonché alle direttive 2004/113/CE (relativa al principio della parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura) e 2006/54/CE (riguardante il principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego). La normativa comunitaria stabilisce che a tali organismi siano affidate tre funzioni fondamentali, vale a dire l'assistenza indipendente alle vittime di discriminazioni, lo svolgimento di inchieste indipendenti e la pubblicazione di relazioni in-

<sup>2</sup> È la cd. direttiva eguaglianza razziale.

<sup>3</sup> È la cd. direttiva eguaglianza di sesso.

dipendenti. Il quadro legislativo di riferimento, tuttavia, deve essere integrato con due documenti internazionali di centrale importanza che hanno favorito il cammino per la previsione, a livello di direttive comunitarie, degli organismi per la parità. Si tratta dei cd. “Principi di Parigi”, adottati dalla Commissione per i Diritti Umani delle Nazioni Unite e annessi alla risoluzione dell’Assemblea Generale n. 48/134 del 20 dicembre 1993, in cui gli Stati venivano invitati a creare “istituzioni nazionali per la promozione e la tutela dei diritti umani”, e della “Raccomandazione di Politica generale n. 2” relativa agli “Enti specializzati a livello nazionale nella lotta contro il razzismo, la xenofobia, l’antisemitismo e l’intolleranza”, adottata dalla Commissione Europea contro il Razzismo e l’Intolleranza (ECRI) del Consiglio d’Europa il 13 giugno 1997. Tali documenti, sebbene non giuridicamente vincolanti e cronologicamente precedenti alle direttive summenzionate, sono stati utilizzati (come si vedrà in seguito) come linee guida per l’interpretazione e l’attuazione della normativa UE. Non può non essere rilevato, poi, come sorprendentemente (e sfortunatamente) la direttiva 2000/78/CE (che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, e che aveva seguito a brevissima distanza la direttiva 2000/43/CE) non abbia previsto alcun tipo di istituzione contro le discriminazioni.

Sono diverse le ragioni che hanno spinto il legislatore comunitario a prevedere organismi per la promozione della parità di trattamento. Il motivo principale è stato senza dubbio l’intento di migliorare l’attuazione della normativa comunitaria in materia di antidiscriminazione attraverso un rafforzamento della tutela. È proprio questo il senso del considerando 24 della direttiva 2000/43/CE (dove si afferma che “la protezione contro le discriminazioni fondate sulla razza o l’origine etnica sarà di per sé rafforzata dall’esistenza in ciascuno Stato membro di un organismo o di organismi incaricati di analizzare i problemi in questione, studiare possibili soluzioni e fornire assistenza concreta alle vittime”), nonché della “Raccomandazione di Politica generale n. 2” (in cui viene sottolineato il fatto che gli organismi per la parità “a livello nazionale possono contribuire mediante azioni concrete su vari piani a rafforzare l’efficacia dell’insieme delle misure adottate in questo campo e a fornire dei pareri e delle informazioni alle autorità nazionali”). In diversi Stati membri, infatti, l’esperienza ha mostrato come troppo spesso la normativa in materia di discriminazioni sia rimasta inattuata, e dunque non in grado, da sola, di combattere in

maniera efficace i numerosi fenomeni di discriminazione<sup>4</sup>. La *raison d'être*, dunque, è stata quella di favorire il passaggio dal “*law in the books*” al “*law in action*”. Con tali disposizioni, inoltre, si è voluto “sottolineare la rilevanza pubblica che la lotta alla discriminazione deve assumere. Ed è significativo che tale profilo sia stato ritenuto così importante da giustificare una deroga al principio generale dell'autonomia degli Stati membri circa le modalità procedurali più adatte a garantire ai singoli la tutela di diritti spettanti in forza del diritto comunitario, imponendo agli Stati membri, al fine di una più efficace tutela dei diritti sanciti nella direttiva, la creazione nel settore di apposite autorità indipendenti”<sup>5</sup>.

### 3. Meri antecedenti o modelli ispiratori?

Sono diversi gli ordinamenti che, in Europa e nel mondo, già da lungo tempo hanno previsto istituzioni contro la discriminazione. I paesi di *common law* sono stati i primi a prevedere, assieme alla legislazione antidiscriminatoria, organismi di questo tipo. Negli Stati Uniti, ad esempio, il Titolo VII del *Civil Rights Act* del 1964 prevedeva l'istituzione della *Equal Employment Opportunity Commission*; in Canada, la *Human Rights Commission* venne prevista dal *Canadian Human Rights Act* del 1977; in Nuova Zelanda la *Human Rights Commission* fu istituita sempre nel 1977 dallo *Human Rights Commission Act*; in Australia la *Human Rights and Equal Opportunities Commission* venne prevista nel 1986<sup>6</sup> con il compito di dare applicazione al *Racial Discrimination Act* del 1975, al *Sex Discrimination Act* del 1984, nonché allo *Human Rights and Equal Opportunities Act* del 1986. Anche diversi ordinamenti europei si sono dotati di organismi nazionali per la parità prima che il legislatore comunitario ne sancisse

<sup>4</sup> Al riguardo sono particolarmente significativi i risultati del sondaggio condotto nel 2009 dall'Agenzia per i Diritti Fondamentali dell'Unione europea (*Fundamental Rights Agency*) relativamente alle esperienze di discriminazione e razzismo vissute da immigrati e minoranze etniche nei paesi dell'Unione europea. I dati, infatti, mostrano che per riuscire a contrastare in modo efficace la discriminazione la strada da percorrere è ancora lunga. Il sondaggio è disponibile sul sito [http://fra.europa.eu/fraWebsite/home/infocus09\\_0712\\_en.htm](http://fra.europa.eu/fraWebsite/home/infocus09_0712_en.htm).

<sup>5</sup> D. Strazzari, *Discriminazione razziale e diritto. Un'indagine comparata per un modello “europeo” dell'antidiscriminazione*, Cedam, Padova, 2008, p. 385.

<sup>6</sup> Tale Commissione sostituì la precedente *Human Rights Commission*, la quale aveva funzionato come organo “*part-time*” dal 1981.

l'obbligatorietà: il Regno Unito (caratterizzato da istituzioni distinte per la Gran Bretagna e per l'Irlanda del Nord), l'Irlanda, la Svezia, il Belgio, l'Olanda e la Norvegia<sup>7</sup>.

In primo luogo deve essere ricordata la Gran Bretagna che, a ragione, è stata definita la “decana delle istituzioni contro la discriminazione razziale” in Europa<sup>8</sup>. Nell'ordinamento britannico, infatti, già nel 1975 venne creata la *Equal Opportunities Commission* (EOC), competente per le discriminazioni legate al sesso; l'anno seguente, mediante il *Race Relations Act*, venne istituita la *Commission for Racial Equality* (CRE), competente per le discriminazioni legate al colore, alla razza, alla nazionalità, alla cittadinanza e alle origini nazionali ed etniche; nel 1999, poi, venne prevista la *Disability Rights Commission* (DRC), competente per le discriminazioni legate all'handicap. L'*Equality Act 2006* ha introdotto diverse novità, fra cui la più rilevante è stata senza dubbio l'istituzione della *Commission for Equality and Human Rights* (CEHR), la quale, a partire dall'ottobre 2007, ha sostituito la EOC, la CRE e la DRC. A tale Commissione è stata attribuita altresì la competenza per le discriminazioni legate all'orientamento sessuale, alla religione, alle convinzioni e all'età<sup>9</sup>. In Irlanda del Nord il *Northern Ireland Act 1998* ha previsto la *Equality Commission for Northern Ireland*, la quale, in maniera analoga a quanto avvenuto in Gran Bretagna, ha sostituito i precedenti organismi per la parità, vale a dire la *Commission for Racial Equality for Northern Ireland*, la *Equal Opportunities Commission for Northern Ireland*, la *Fair Employment Commission* e il *Northern Ireland Disability Council*<sup>10</sup>. Tale Commissione si occupa di discriminazioni legate

<sup>7</sup> Per quanto riguarda gli organismi per la parità in tali ordinamenti si veda I. Rorive, *A Comparative and European Examination of National Institutions in the Field of Racism and Discrimination*, in K. Boyle (a cura di), *New Institutions for Human Rights Protection*, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 137 e ss. e M. Bell, *Anti-discrimination Law and the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 145 e ss.

<sup>8</sup> C. Hermanin, *Le istituzioni contro la discriminazione razziale*, in *Lavoro e Diritto*, a. XXIII, n. 4, 2009.

<sup>9</sup> L'analisi della *Commission for Equality and Human Rights* verrà approfondita nel paragrafo 7.1.

<sup>10</sup> Per quanto riguarda la nascita dell'*Equality Commission for Northern Ireland* si veda E. Collins, *Challenges and choices. Establishing a single equality commission in Northern Ireland*, in J. Cormack (a cura di), *Considerations for establishing single equality bodies and integrated equality legislation. Towards the uniform and dynamic implementation of EU anti-discrimination legislation: the role of specialized bodies*, 2004, pp. 4 e ss.

all'età, all'handicap, alla razza, al sesso, all'orientamento sessuale, al credo religioso e alle opinioni politiche. In Irlanda, l'*Employment Equality Act 1998* ha istituito due organi: l'*Equality Authority* (che ha sostituito l'*Employment Equality Agency*) e l'*Equality Tribunal*. Il primo si occupa di combattere la discriminazione e di promuovere l'uguaglianza e la parità di trattamento mediante assistenza alle vittime di discriminazione, nonché attraverso campagne di sensibilizzazione e pubblicazioni di codici di condotta e di relazioni indipendenti. Il secondo, invece, è un organo previsto dalla legge, indipendente e imparziale, le cui decisioni, pur vincolanti, possono essere impugnate. I due organismi si occupano di discriminazioni legate all'origine etnica o razziale, al sesso, all'handicap, all'età, all'orientamento sessuale, alla religione, allo stato civile e familiare.

In Svezia il 1° gennaio 2009 è stato istituito l'*Ombudsman* per la parità (*Diskriminerings ombudsmannen*), il quale ha sostituito i quattro precedenti organismi contro la discriminazione, vale a dire l'*Ombudsman* contro la discriminazione etnica (previsto nel 1986, competente per le discriminazioni legate all'etnia, alla religione e ad altre convinzioni), l'*Ombudsman* per le pari opportunità (previsto nel 1991, competente per le discriminazioni legate al sesso), l'*Ombudsman* contro le discriminazioni legate all'handicap (previsto nel 1994) e l'*Ombudsman* contro le discriminazioni legate all'orientamento sessuale (previsto nel 1999). In Belgio il Centro per le pari opportunità e la lotta al razzismo (*Centre pour l'égalité de chance et la lutte contre le racisme*), creato nel 1993, si occupa delle discriminazioni legate alla razza, al colore, alla discendenza, alle origini etniche e alla nazionalità. Con il passare del tempo la sua funzione si è estesa sino a coprire la negazione del genocidio (che nell'ordinamento belga costituisce un reato), il traffico di esseri umani, la povertà, la legge sugli stranieri, nonché la discriminazione "non razziale". Quest'ultima comprende l'orientamento sessuale, lo stato civile, la nascita, la condizione economica, l'età, la religione o le convinzioni filosofiche, lo stato di salute attuale e futuro, tratti di handicap psichico o caratteristiche genetiche, nonché le opinioni politiche. Come si può vedere, dunque, il mandato del Centro è estremamente ampio.

Un altro organo il cui campo di azione è piuttosto esteso è la Commissione per la parità di trattamento olandese (*De Commissie Gelijke Behandeling*, prevista nel 1994), la quale si occupa di discriminazioni basate sul sesso, sulla razza, sulla religione, sulle altre convinzioni, sulle opinioni politiche, sulla nazionalità, sull'orientamento

sessuale, sullo stato civile e sulla durata del rapporto di lavoro (a tempo pieno o a tempo parziale). Inoltre, nel 2003 e nel 2004 sono stati aggiunti l'handicap, le malattie croniche e l'età. In Norvegia il Centro contro la discriminazione etnica (*Senter mot etnisk diskriminering*) è stato istituito nel 1998 e fornisce supporto legale a coloro che sono stati vittima di episodi di discriminazione sulla base del credo religioso, del colore della pelle, nonché delle origini etniche e nazionali. Va sottolineato come, il 1° gennaio 2006, anche la Norvegia si sia uniformata al “modello scandinavo” degli *ombudsmen* prevedendo l'*Ombudsman* per l'eguaglianza e contro le discriminazioni (*Likestillings- og diskrimineringsombudet*).

Come accennato in precedenza, non è facile stabilire se le esperienze di cui si è fornita una panoramica costituiscano meri antecedenti storici o veri e propri modelli ispiratori degli organismi europei contro la discriminazione. Le direttive, infatti, non hanno imposto la creazione di un tipo determinato di *equality body*, ma hanno lasciato libero il legislatore nazionale di scegliere se prevedere una commissione, un ufficio, un centro, un *Ombudsman*...<sup>11</sup>. Anche in relazione alle funzioni, la normativa comunitaria non sembra essere stata influenzata da nessun organo in particolare, lasciando ampio spazio discrezionale agli Stati membri<sup>12</sup>. Anzi, non può sfuggire come questi

<sup>11</sup> Pur tenendo conto della specifica natura delle direttive europee, che sono vincolanti rispetto all'obiettivo da raggiungere e non rispetto alla forma e ai mezzi, si ritiene comunque rilevante sottolineare il fatto che l'espressione “organismo” (in inglese “*body*”) è stata interpretata in una moltitudine di modi: Centro (Belgio, Lussemburgo, Slovacchia), Istituto (Belgio, Danimarca), Commissione (Bulgaria, Gran Bretagna, Malta, Olanda, Irlanda del Nord, Portogallo), Commissario (Estonia, Ungheria), Ufficio (Italia), Consiglio (Spagna, Romania), *Ombudsman* (Svezia, Finlandia, Norvegia, Cipro, Lituania, Croazia), Autorità (Irlanda, Ungheria), Alta Autorità (Francia), Agenzia (Germania)... In questo senso è evidente come siano state seguite le indicazioni fornite dalla “Raccomandazione di Politica Generale n. 2” in cui, al Principio 2, si afferma che “in funzione delle tradizioni giuridiche ed amministrative dei paesi in cui sono istituiti, gli organi specializzati possono prendere forme diverse. I ruoli e le funzioni enunciati nei principi sopraccitati dovrebbero venir espletati da organi che possono per esempio prendere la forma di commissioni nazionali per l'uguaglianza razziale, di ombudsmen contro la discriminazione etnica, di centri/uffici per la lotta al razzismo e per le pari opportunità e altre forme, in particolar modo quella di organi con più ampi obiettivi nel campo generale dei diritti dell'uomo”.

<sup>12</sup> Le direttive, infatti, non specificano che cosa comporti “l'assistenza... alle vittime di discriminazioni”, o quale genere di “inchieste” debbano essere effettuate, e nemmeno a chi siano rivolte le “relazioni” e le “raccomandazioni”. In merito a tali

antecedenti (o modelli ispiratori) abbiano avuto spesso un mandato di gran lunga più ampio rispetto a quello stabilito successivamente dalle direttive. Queste ultime, infatti, hanno previsto organismi per la parità competenti solo in caso di discriminazioni legate alla razza, all'etnia o al sesso. Al contrario, le istituzioni summenzionate si occupano anche di altre cause di discriminazione (religione, opinioni politiche, handicap, età...) e tale strada è stata seguita anche dagli organismi istituiti in seguito alle direttive. Gli Stati membri, insomma, in un numero significativo di casi, si sono spinti al di là di quanto previsto dalla disciplina comunitaria e hanno guardato alle esperienze degli ordinamenti che li avevano preceduti nell'istituzione di tali organismi.

Da quanto detto potrebbe sembrare che le esperienze antecedenti le direttive europee non abbiano influenzato in modo particolare il legislatore comunitario. A ben vedere, tuttavia, l'esperienza degli *equality bodies* nazionali si è rivelata fondamentale per tracciare le linee della normativa europea. Innanzitutto essa ha mostrato che, al fine di rendere maggiormente efficace la legislazione antidiscriminatoria, era assolutamente necessaria la creazione di questo genere di organi. In secondo luogo ha suggerito, seppure involontariamente, quale dovesse essere la fonte normativa da utilizzare (la direttiva piuttosto che il regolamento)<sup>13</sup> e in particolare quale dovesse essere il contenuto stesso delle direttive. L'esperienza, infatti, aveva mostrato come i diversi ordinamenti avessero adottato soluzioni molto differenti tra loro in quanto a tipo di organo e funzioni, e per questo motivo era necessario lasciare ai vari legislatori nazionali quanta più discrezionalità possibile non prevedendo nessun modello in particolare. Il legislatore comunitario ha seguito questo suggerimento indiretto: non entrando nel dettaglio, infatti, le direttive hanno fatto in modo che venissero previsti sostanzialmente 27 diversi tipi di organi per la parità, tanti quanti i paesi membri dell'Unione europea. Dunque, ciò che a una prima analisi poteva sembrare il "tallone d'Achille" delle direttive,

questioni e, più in generale, per quanto concerne le funzioni degli *equality bodies*, si veda il paragrafo 5.

<sup>13</sup> È noto, infatti, come la direttiva si caratterizzi per una maggiore "flessibilità" rispetto al regolamento, dal momento che essa consiste in un atto che vincola lo Stato membro per quanto riguarda il risultato da raggiungere, *salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi*.

vale a dire la loro eccessiva vaghezza<sup>14</sup>, pare essersi rivelato, invece, il loro punto di forza.

In ogni caso, va poi evidenziato il fatto che gli Stati membri, nel dare attuazione alle direttive comunitarie, non erano sprovvisti di guide: in numerosi casi, infatti, come si vedrà meglio in seguito, le indicazioni fornite dai “Principi di Parigi” e dalla “Raccomandazione di Politica Generale n. 2” sono risultate di fondamentale importanza. In ultimo va rilevato come la legislazione comunitaria, a sua volta, abbia influenzato in maniera significativa le precedenti istituzioni per la parità. Nella maggior parte dei casi, infatti, queste ultime hanno subito “cambiamenti sostanziali nel loro assetto istituzionale o nel loro mandato, come conseguenza dello sviluppo della legislazione comunitaria sull’eguaglianza”<sup>15</sup>.

#### **4. Le “tipologie” degli organismi per la parità e la tendenza ad istituire un *single equality body***

“La diffusione degli organismi per la parità nell’Unione europea è stata rapida: essi, infatti, sono spuntati come funghi”<sup>16</sup>. Attualmente, in ottemperanza alle direttive comunitarie, tutti gli Stati membri hanno costituito *ex novo* uno o più organismi contro le discriminazioni, ovvero hanno attribuito le relative funzioni a istituzioni già esistenti. Sulla base delle considerazioni effettuate nel paragrafo precedente, non stupisce il fatto che ciascun organo nazionale sia diverso dagli altri in quanto a forma, mandato, funzioni, competenze, *budget* e indipendenza: “gli organismi per la parità sono [infatti] legati indissolubilmente ai propri contesti nazionali e sono il risultato di diverse circostanze politiche, storiche e giuridiche”<sup>17</sup>. Fra i diversi tentativi di

<sup>14</sup> Si veda C.O’ Cinneide, *The racial equality directive as a basis for strategic enforcement*, in J. Cormack (a cura di), *Strategic enforcement and the EC equal treatment directives. Towards the uniform and dynamic implementation of EU anti-discrimination legislation: the role of specialized bodies*, 2004, p. 49. In senso analogo si veda anche R. Holmaat, *Catalysts for Change? Equality bodies according to Directive 2000/43/EC*, 2006, pp. 5 e ss.

<sup>15</sup> I. Rorive, *A Comparative and European Examination of National Institutions in the Field of Racism and Discrimination*, cit., p. 146.

<sup>16</sup> R. Holmaat, *Catalysts for Change? Equality bodies according to Directive 2000/43/EC*, cit., p. 28.

<sup>17</sup> I. Rorive, *A Comparative and European Examination of National Institutions in the Field of Racism and Discrimination*, cit., p. 144.

individuare “tipologie” di *equality bodies*, ne possono essere ricordati perlomeno due<sup>18</sup>. Il primo distingue tra gli organi “*ombuds-type*” e le commissioni: gli *Ombudsmen*, infatti, tradizionalmente si occupano soprattutto dei reclami, mentre le commissioni, costituite da una pluralità di membri spesso in rappresentanza delle diverse componenti della società, si concentrano sulla promozione dell’eguaglianza. È evidente, tuttavia, come questa classificazione non sia soddisfacente, dal momento che spesso molte funzioni svolte da un’istituzione che si colloca nel primo gruppo sconfinano nell’altro e viceversa.

La seconda “classificazione” individua quattro diversi tipi di *equality bodies*<sup>19</sup>. Il primo è quello scandinavo dell’*Ombudsman*: questi si occupa delle denunce individuali, svolge attività di mediazione, ha il potere di formulare raccomandazioni e ha il compito di favorire il più possibile la ricerca dell’accordo. Il secondo modello è quello olandese, che si basa su un organo quasi giudiziario competente ad emettere opinioni non vincolanti, ponendo dunque l’accento sull’aspetto della “dissuasione morale”. Vi è poi il modello belga, nel quale si cerca di trovare un bilanciamento tra la promozione dell’eguaglianza e la promozione di cause strategiche, e in cui una parte sostanziale delle risorse è destinata a fornire assistenza alle vittime di discriminazione e a raggiungere accordi informali. Il quarto modello, infine, è quello inglese di una Commissione particolarmente attiva nella promozione dell’uguaglianza, nel monitoraggio delle prassi delle istituzioni pubbliche e dei privati, nonché nella promozione di cause strategiche.

Una questione a lungo dibattuta, poi, riguarda il fatto se sia più efficace prevedere istituzioni diverse a seconda del tipo di discriminazione, ovvero un solo organo competente per più forme di discriminazione (*multiple or single equality bodies*). In questo senso la direttiva 2000/43/CE ha rappresentato, sebbene involontariamente, uno “spartiacque”. Prima della sua emanazione, infatti, la maggior parte delle “agenzie europee erano... sorte come *single-ground bodies* specializzati nella discriminazione razziale ed etnica e competenti, in alcuni casi, anche per le discriminazioni basate sulla nazionalità e sull’ap-

<sup>18</sup> Entrambi sono ricordati in *ibidem*.

<sup>19</sup> Tale classificazione è stata proposta da Sophie Latraverse della *Haute Autorité de lutte aux discriminations et promotion de l’égalité* (HALDE), nel paper “*Organismes nationaux de lutte contre les discriminations: les défis posés aux organismes nationaux*” presentato nel corso del seminario “*The fight against discrimination in practice*” organizzato dalla *Academy of European law*, Treviri, 18-19 luglio 2007.

partenza religiosa. In vari casi le istituzioni specializzate su razza e origine etnica sono coesistite con enti paralleli incaricati della promozione della parità tra i sessi (*Equal Opportunity Commission* in Gran Bretagna, e rispettivi *Ombudsmen* in Svezia e Norvegia)<sup>20</sup>. Nello specifico, coloro che si oppongono ai *single equality bodies* ritengono che determinate forme di discriminazione richiedano un'attenzione particolare. Ad esempio, secondo Michael Head, Vicepresidente della Commissione Europea contro il Razzismo e l'Intolleranza (ECRI), esistono quattro motivi per cui la discriminazione razziale deve essere considerata "speciale": "primo, la discriminazione razziale è alla base di un'ampia percentuale di violazioni dei diritti umani. Secondo, trattare questo genere di casi richiede competenze di alto livello. Terzo, tali situazioni tendono a riguardare i gruppi più vulnerabili della società; e quarto, si tratta frequentemente di casi politicamente sensibili". Dunque, continua Head, "a noi dell'ECRI pare inconcepibile che ogni organo nazionale, indipendentemente dalla propria forma e competenza, non abbia al proprio interno almeno una sezione dedicata ai problemi di discriminazione legati alla razza..."<sup>21</sup>.

Negli ultimi anni, invece, si è registrata un'inversione di tendenza, e il cd. "*one-stop-shop*"<sup>22</sup> è stato previsto da un numero sempre maggiore di ordinamenti<sup>23</sup>. I motivi di tale scelta sono diversi. Un solo organo, innanzitutto, sembra fornire maggiori garanzie alle vittime: esse, infatti, riceveranno assistenza anche nei casi in cui i motivi di discriminazione siano più di uno (si pensi alla situazione di una donna

<sup>20</sup> C. Hermanin, *Le istituzioni contro la discriminazione razziale*, cit.

<sup>21</sup> M. Head, in ECRI, *The Place and Role of National Specialised Bodies in Combating Racism*, Losanna, Svizzera, 22-24 ottobre 1998, *Summary of the Proceedings*, Consiglio d'Europa, Strasburgo, 8, citato da C. McCrudden, *The contribution of the EU Fundamental Rights Agency to Combating Discrimination and Promoting Equality*, in P. Alston, O. De Schutter, *Monitoring Fundamental Rights in the EU. The Contribution of the Fundamental Rights Agency*, Portland, Hart Publishing, 2005, p. 150.

<sup>22</sup> C. McCrudden, *The contribution of the EU Fundamental Rights Agency to Combating Discrimination and Promoting Equality*, cit., p. 149.

<sup>23</sup> Basti pensare ai casi della Gran Bretagna, dell'Irlanda del Nord, della Svezia, della Francia, della Bulgaria, dell'Ungheria e della Slovenia. Si registrano, tuttavia, alcune eccezioni. Un esempio interessante riguarda il Belgio, in cui, nonostante il mandato del *Centre pour l'égalité de chance et la lutte contre le racisme* sia estremamente ampio, non è stato possibile raggiungere un accordo per quel che concerne le discriminazioni legate al sesso, ed è stato così creato uno specifico Istituto per l'eguaglianza tra la donna e l'uomo (*Institut pour l'égalité des femmes et des hommes*).



nera, di un lavoratore anziano musulmano, di un Rom omosessuale...). Al contrario, quando sono presenti più organi, ciascuno di essi è legittimato ad agire solo in relazione ad uno specifico motivo di discriminazione, senza che possa così essere presa in considerazione la situazione della vittima nel suo complesso<sup>24</sup>. Un *single equality body*, inoltre, aiuta il lavoro dei professionisti, soprattutto perché rende più semplice lo scambio di informazioni e di *best practices*. Tale soluzione, inoltre, pare avere un “maggiore impatto”<sup>25</sup> sui “*decision makers*” dal momento che l’organo è di maggiori dimensioni, e dunque rappresenta gli interessi di un numero più elevato di persone. Il supporto da parte dell’opinione pubblica, inoltre, è più forte, poiché il compito svolto dall’organo risulta essere più facilmente comprensibile da parte delle persone. Un solo organismo, poi, sebbene più grande, risulta essere significativamente più economico di tante istituzioni.

Come è stato opportunamente messo in luce, tuttavia, “i benefici di un solo organismo per la parità risultano essere illusori se le disposizioni normative differiscono sensibilmente a seconda del sesso, della razza, della religione, dell’handicap o di altri motivi. La previsione di un’unica disposizione legislativa in materia di parità di trattamento (“*Single Equality Act*”), sembra essere la risposta più efficace, anche se in Gran Bretagna, Irlanda del Nord, Olanda e Svezia tale passo ha dato vita a un intenso dibattito politico”<sup>26</sup>. Al di là delle difficoltà nell’individuare “tipologie” di organismi contro la discriminazione, va evidenziato il fatto che nel corso degli ultimi anni si sia rafforzato

<sup>24</sup> Sull’argomento si veda I. Rorive, *A Comparative and European Examination of National Institutions in the Field of Racism and Discrimination*, cit., pp. 151 e ss.; J. Niessen, J. Cormack, *National specialized equality bodies in the wake of the EC anti-discrimination directives*, in J. Cormack (a cura di), *Considerations for establishing single equality bodies and integrated equality legislation. Towards the uniform and dynamic implementation of EU anti-discrimination legislation: the role of specialized bodies*, cit., pp. 27 e ss.; C. McCrudden, *The contribution of the EU Fundamental Rights Agency to Combating Discrimination and Promoting Equality*, cit., pp. 148 e ss.; M. Kjærsum, *Combating racial and related discrimination*, in C. Krause, M. Scheinin (a cura di), *International Protection of Human Rights: a Textbook*, Institute for Human Rights, Abo Akademi University Press, 2009, p. 202; si veda altresì il Libro bianco inglese *Fairness for all: a new Commission for Equality and Human Rights*, 2004, pp. 16 e ss.

<sup>25</sup> I. Rorive, *A Comparative and European Examination of National Institutions in the Field of Racism and Discrimination*, cit., p. 153.

<sup>26</sup> Ivi, p. 154; in senso analogo si veda anche C. McCrudden, *The contribution of the EU Fundamental Rights Agency to Combating Discrimination and Promoting Equality*, cit., p. 151.



sempre più il legame tra le varie istituzioni nazionali, soprattutto grazie all'*European Network of Equality Bodies*, l'*Equinet*<sup>27</sup>, un'associazione internazionale senza scopi di lucro, il cui fine è quello di favorire la cooperazione e lo scambio di informazioni (anche nel campo del diritto) tra gli organismi per la parità, nell'ambito delle strategie di attuazione delle misure antidiscriminatorie, nonché relativamente alla formazione, alle *best practices*, e ad una piattaforma per il dialogo con le istituzioni europee. Attualmente *Equinet* comprende 33 organizzazioni di 28 paesi europei.

## 5. Le funzioni degli organismi per la parità

Secondo quanto stabilito dalle direttive comunitarie, gli organismi per la parità sono chiamati a svolgere una triplice funzione: 1. “assistenza indipendente alle vittime di discriminazioni nel dare seguito alle denunce da esse inoltrate in materia di discriminazione...”; 2. “svolgimento di inchieste indipendenti in materia di discriminazione”; 3. “pubblicazione di relazioni indipendenti e... formulazione di raccomandazioni su questioni connesse con tali discriminazioni”<sup>28</sup>. A queste tre funzioni se ne aggiunge una quarta, prevista dalla direttiva 2006/54/CE, che consiste nello “scambio di informazioni disponibili con gli organismi europei corrispondenti, come un futuro Istituto europeo per l'eguaglianza di genere”. È piuttosto evidente come tale funzione rifletta in parte il lavoro effettuato da *Equinet* che, come visto, ha come fine precipuo proprio quello di favorire la cooperazione e lo scambio di informazioni tra gli organismi per la parità. Come già messo in evidenza precedentemente, il linguaggio “aperto” delle direttive lascia un ampio spazio discrezionale al legislatore nazionale. Che cosa comporta, infatti l’“assistenza alle vittime”? Si tratta solo di fornire consigli ovvero è inclusa la rappresentanza in giudizio? E qual è il tipo di “inchieste” che devono essere svolte? E ancora: a chi sono rivolte le “relazioni” e le “raccomandazioni”<sup>29</sup>? A tali domande le direttive non forniscono risposte precise, tuttavia gli

<sup>27</sup> Si veda il sito: <http://www.equineteurope.org/>. In esso sono presenti i links agli organismi per la parità europei.

<sup>28</sup> Art. 13 direttiva 2000/43/CE; art. 8 *bis* direttiva 2002/73/CE; art. 12 direttiva 2004/113/CE; art. 20 direttiva 2006/54/CE.

<sup>29</sup> Sono questi gli interrogativi posti da R. Holmaat, *Catalysts for Change? Equality bodies according to Directive 2000/43/EC*, cit., p. 16.

Stati membri hanno potuto trarre utili indicazioni da quanto sancito dalla “Raccomandazione di Politica generale n. 2” e dai “Principi di Parigi”. In tali documenti, infatti, sono indicate le funzioni che ciascun organismo dovrebbe svolgere per garantire una tutela efficace<sup>30</sup>.

<sup>30</sup> La Raccomandazione prevede che: “Fatte salve le condizioni, il diritto e la pratica nazionale, gli organi specializzati dovrebbero espletare il maggior numero possibile delle seguenti funzioni e responsabilità: a. attivarsi a favore dell’eliminazione delle varie forme di discriminazione citate nel preambolo e promuovere le pari opportunità e le buone relazioni tra le persone appartenenti all’insieme dei vari gruppi che costituiscono la società; b. seguire il contenuto e gli effetti della legislazione e degli atti amministrativi per quanto compete loro rispetto all’obiettivo della lotta al razzismo, alla xenofobia, all’antisemitismo e all’intolleranza ed elaborare proposte, se del caso, ai fini di un’eventuale modifica di detta legislazione; c. consigliare il potere legislativo ed esecutivo ai fini di migliorare gli ordinamenti nei settori di loro competenza; d. fornire aiuto ed assistenza alle vittime, ivi compresa un’assistenza giuridica, perché possano far valere i loro diritti presso le istituzioni e i tribunali; e. nell’ambito del quadro giuridico del paese interessato, adire le vie legali portando azioni legali di fronte ai tribunali, se del caso, o ad altre autorità giudiziarie ogni qualvolta si riveli necessario; f. ricevere le lagnanze e le richieste relative a dei casi precisi e ricercarne la composizione, sia mediante una conciliazione in via amichevole, oppure, nei limiti stabiliti dalla legge, mediante decisioni giuridicamente vincolanti; g. disporre dei poteri appropriati per raccogliere delle prove e delle informazioni che consentano l’esercizio delle funzioni citate al precedente punto f.; h. fornire informazioni e consulenze alle istituzioni ed organi interessati, ivi compresi gli organi ed enti statali; i. esprimere pareri sulle norme seguite per le pratiche anti-discriminatorie in aree specifiche, che possono avere forza di legge, oppure essere applicabili su base volontaria; j. promuovere e partecipare ai programmi di formazione di certi gruppi target, fatto salvo il ruolo fondamentale in materia di formazione che spetta alle organizzazioni di categoria interessate; k. promuovere la sensibilizzazione del vasto pubblico alle questioni sulla discriminazione e produrre e pubblicare informazioni e documenti pertinenti; l. sostenere ed incoraggiare le attività delle organizzazioni che si propongono di perseguire obiettivi analoghi a quelli degli organi specializzati; m. tener conto e ogni qualvolta si riveli necessario riflettere le preoccupazioni di dette organizzazioni”.

I “Principi di Parigi”, poi, stabiliscono che: “Un’istituzione nazionale avrà, inter alia, i seguenti compiti: (a) Sottomettere al Governo, Parlamento o ogni altro organo competente, su una base consultiva o su richiesta delle autorità interessate o attraverso l’esercizio del suo potere di venire indipendentemente a conoscenza di opinioni, raccomandazioni, proposte e rapporti su qualsiasi materia concernente la promozione e la protezione dei diritti umani; l’istituzione nazionale può decidere di renderli pubblici; tali opinioni, raccomandazioni, proposte e rapporti, come pure ogni prerogativa delle istituzioni nazionali, si riferiscono alle seguenti aree: (i) Qualsiasi disposizione legislativa o amministrativa, come pure disposizioni relative ad organizzazioni giudiziarie, intese a preservare ed estendere la protezione dei diritti umani; in questo caso, l’istituzione nazionale esaminerà le disposizioni legislative e amministrative in vigore, come pure leggi e proposte, e farà le racco-

L'esperienza comparata mostra che ciascuno Stato ha adottato soluzioni specifiche, dando vita ad un ampio spettro di attività. Per quel che concerne l'assistenza alle vittime, va ricordata innanzitutto la promozione di cause strategiche. Queste ultime risultano essere di fondamentale importanza, dal momento che hanno un forte impatto a livello di opinione pubblica e sono in grado di determinare innovazioni sostanziali. Esse, infatti, contribuiscono alla stabilizzazione e al chiarimento di particolari principi; si riferiscono di norma ad un numero elevato di persone; hanno una forte probabilità di successo e sono determinanti nella creazione di un precedente e/o nella modifica dei comportamenti pubblici; infine, anche quando la causa ha scarse probabilità di successo, esse possono fornire un contributo importante nel documentare discriminazioni operate da parte di istituzioni pubbliche<sup>31</sup>. Organismi come il *Centre pour l'égalité de chance et la lutte contre le racisme* belga, la *Commission for Equality and Human Rights* britannica, o l'*Equality Authority* irlandese, hanno attribuito

mandazioni che riterrà appropriate per garantire che tali disposizioni si conformino ai principi fondamentali sui diritti umani; essa dovrà, se necessario, raccomandare l'adozione di una nuova legislazione, emendamenti a quella in vigore e l'adozione di emendamenti delle misure amministrative; (ii) Ogni caso di violazione dei diritti umani di cui essa decida di occuparsi; (iii) La preparazione di rapporti sulla situazione nazionale in riferimento ai diritti umani in generale e su specifiche materie; (iv) Spostare l'attenzione del Governo su situazioni interne al paese in cui i diritti umani siano violati e presentare delle proposte per mettere fine a tali situazioni e, quando necessario, esprimere un'opinione sulle posizioni e le reazioni del Governo; (b) Promuovere e assicurare l'armonizzazione e l'implementazione della legislazione nazionale, delle pratiche e dei meccanismi regolativi con gli strumenti internazionali dei diritti umani dei quali lo Stato è parte; (c) Incoraggiare la ratifica degli strumenti sopra menzionati o l'accessione a quegli strumenti, e assicurare la loro implementazione; (d) Contribuire ai rapporti che lo Stato deve sottoporre agli organi e ai comitati delle Nazioni Unite e alle istituzioni regionali, secondo gli obblighi nascenti da trattati e, quando necessario, esprimere un'opinione in materia, con il dovuto rispetto per la propria indipendenza; (e) Cooperare con le Nazioni Unite e ogni altra organizzazione del sistema delle Nazioni Unite, le istituzioni regionali e quelle nazionali di altri paesi, competenti nell'area della promozione e della protezione dei diritti umani; (f) Fornire assistenza nella formulazione di programmi di insegnamento e di ricerca sui diritti umani e prendere parte alla loro esecuzione nelle scuole, università e circoli professionali; (g) Pubblicizzare i diritti umani e gli sforzi per combattere tutte le forme di discriminazione, in particolare la discriminazione razziale, incrementando la consapevolezza collettiva, specialmente attraverso l'informazione e l'educazione e facendo uso di tutti gli organi di stampa".

<sup>31</sup> Si veda I. Rorive, *A Comparative and European Examination of National Institutions in the Field of Racism and Discrimination*, cit., p. 158.

una notevole rilevanza alla promozione di questo genere di cause. In particolare l'Autorità irlandese garantisce assistenza, a sua discrezione, qualora ritenga che il caso sollevi una importante questione di principio o se risulti irragionevole lasciare la persona senza assistenza. Ciò significa, in pratica, che l'aiuto viene fornito solo in una percentuale ridotta di casi e solo se ricorrono i criteri stabiliti<sup>32</sup>.

L'assistenza alle vittime rende altresì necessario informare il pubblico dell'esistenza della legislazione antidiscriminatoria e della possibilità di intraprendere un'azione legale, ovvero di indirizzare la vittima ad un'organizzazione (sindacato, ONG...) in grado di assisterla nella formulazione di una denuncia ufficiale. Non va dimenticato, infatti, che la maggior parte di coloro che sono vittime di discriminazione non sono a conoscenza dell'esistenza di leggi contro questo tipo di fenomeni e nemmeno del diritto di procedere per vie legali<sup>33</sup>.

Diversi organismi per la parità, inoltre, svolgono un'importante attività extragiudiziale di conciliazione e di mediazione. Fra gli organi più attivi in tal senso possono essere ricordati il *Centre pour l'égalité de chance et la lutte contre le racisme* belga e la *Haute Autorité de lutte aux discriminations et promotion de l'égalité* francese (il riferimento, in particolare, in quest'ultimo caso è alla "*transaction pénale*"<sup>34</sup>). Alcune istituzioni, poi, hanno funzioni quasi giudiziarie. La Commissione per la parità di trattamento olandese, l'*Equality Tribunal* irlandese e l'Autorità per la parità di trattamento ungherese rappresentano ottimi esempi: il primo organo, tuttavia, può semplicemente fornire pareri consultivi, mentre le decisioni degli altri due sono vincolanti. Il Tribunale irlandese, in particolare, può disporre una serie di sanzioni in ambito lavorativo (risarcimenti, arretrati di pagamento, riassunzione, reintegrazione). Per quel che concerne, invece, la seconda funzione stabilita dalle direttive, vale a dire lo svolgimento di inchieste indipendenti, è necessario distinguere due tipi di attività molto diversi tra loro. Il primo, infatti, riguarda la possibilità di svolgere inchieste di accertamento in relazione a specifiche denunce (come avviene in Francia o nel Regno Unito), mentre il secondo consiste nello svolgimento di sondaggi, studi e ricerche. Questi possono riguardare aspetti diversi, come gli effetti della legislazione

<sup>32</sup> Ivi, p. 159.

<sup>33</sup> A riguardo si vedano i risultati del sondaggio condotto dall'Agenzia per i Diritti Fondamentali dell'Unione europea (v. nota 4).

<sup>34</sup> Per quanto concerne l'attività di mediazione dell'Alta Autorità francese si veda il paragrafo 7.2.

antidiscriminatoria, i soggetti più frequentemente vittime di discriminazione, le forme più comuni di discriminazione. In merito alla terza funzione, infine, è già stato evidenziato il fatto che le direttive non specificano a chi debbano essere indirizzate le relazioni e le raccomandazioni. L'esperienza comparata mostra, ancora una volta, che tali previsioni sono state interpretate in diversi modi: spesso, infatti, i destinatari non sono esclusivamente i Governi e i Legislatori, ma anche gli stessi soggetti che hanno posto in essere misure discriminatorie.

## 6. L'indipendenza degli organismi per la parità

Il testo originario della proposta di direttiva 2000/43/CE definiva espressamente gli organi per la parità come indipendenti. In fase di negoziazione, tuttavia, tale termine è stato eliminato, soprattutto per i timori in merito alle implicazioni finanziarie sollevati da alcune delegazioni<sup>35</sup>. Il legislatore comunitario ha dunque optato per omettere tale attributo, sottolineando, tuttavia, che gli organismi per la parità sono chiamati a svolgere le funzioni loro attribuite in maniera indipendente<sup>36</sup>. Anche in questo caso, pare opportuno fare riferimento a quanto previsto dai due documenti internazionali più volte richiamati, i quali offrono importanti indicazioni. Il Principio 5 della "Raccomandazione di Politica Generale n. 2" afferma, infatti, che "gli organi specializzati dovrebbero funzionare senza interferenze da parte dello Stato e con tutte le garanzie necessarie alla loro indipendenza, segnatamente disporre della libertà di designare il loro personale, di gestire le proprie risorse come lo giudicano opportuno e di esprimere pubblicamente i loro pareri". I "Principi di Parigi", poi, individuano una serie di condizioni affinché tali organi possano essere considerati effettivamente indipendenti. Innanzitutto essi devono

<sup>35</sup> Si veda C. Favilli, *L'istituzione di un organismo per la promozione delle pari opportunità prevista dalla normativa comunitaria*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1/2002, p. 177.

<sup>36</sup> Tale concetto risulta essere di estrema importanza, dal momento che viene ripetuto per ben tre volte nel testo delle direttive: "assistenza *indipendente* alle vittime di discriminazioni", "svolgimento di inchieste *indipendenti*" e "pubblicazione di relazioni *indipendenti*". Sull'argomento si veda J. Cormack, J. Niessen, *The independence of equality bodies*, in *European Antidiscrimination Law Review*, 2005, pp. 23 e ss. e R. Holmaat, *Catalysts for Change? Equality bodies according to Directive 2000/43/EC*, cit., pp. 32 e ss.

essere autonomi dal Governo e il loro mandato deve essere stabilito in un testo legislativo o in Costituzione; la loro composizione deve assicurare la “rappresentanza pluralistica delle forze sociali (di società civile) coinvolte nella promozione e nella protezione dei diritti umani”; infine, ciascuna istituzione è chiamata a dotarsi di “un’infrastruttura adatta ad uno svolgimento scorrevole delle... attività, in particolare [di] un adeguato finanziamento. Lo scopo di tale finanziamento dovrebbe essere quello di renderla in grado di avere un suo staff e suoi locali, per essere indipendente dal Governo e non soggetta a controllo finanziario che potrebbe minare la sua indipendenza”.

Deve essere valutata, innanzitutto, l’indipendenza dal Governo. Va detto come non è certo un male il fatto che l’organo per la parità abbia relazioni con l’Esecutivo, anzi lo scambio di informazioni e lo sviluppo di strategie comuni per combattere le discriminazioni non possono che essere accolte positivamente. Ciò, tuttavia, non deve portare ad una eccessiva influenza o controllo del secondo sul primo. Il fatto che l’organismo sia previsto a livello legislativo o costituzionale (come in Grecia e in Portogallo), impedisce al Governo di indebolire, o persino eliminare, l’organismo stesso in assenza di dibattito parlamentare. Inoltre, è necessario che l’istituzione, oltre ad *essere* indipendente, *appaia* anche come tale. Per questo motivo è importante la scelta del luogo in cui esso avrà sede. Non è, dunque, un caso che sia stata fortemente criticata la scelta italiana di collocare l’Ufficio Nazionale Antidiscriminazioni Razziali (UNAR) proprio all’interno del Dipartimento per le Pari Opportunità<sup>37</sup>. La strettissima integrazione tra l’Ufficio e la struttura governativa è altresì confermata dal fatto che, secondo quanto stabilito dall’art. 7 comma 4 del d.lgs. 215/2003, la direzione è affidata a un responsabile nominato dal Presidente del Consiglio o da un Ministro da lui delegato<sup>38</sup>. In relazione alla composizione dell’organo basata sul principio del pluralismo, va sottolinea-

<sup>37</sup> Deve essere sottolineato, tuttavia, che l’art. 2 del Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri dell’11 dicembre 2003, recante disposizioni sulla costituzione e organizzazione interna dell’Ufficio per la promozione della parità di trattamento e la rimozione delle discriminazioni, di cui all’art. 29 della legge comunitaria dell’1 marzo 2002 n. 39, precisa che “l’Ufficio ha la funzione di garantire, *in piena autonomia di giudizio ed in condizioni di imparzialità*, l’effettività del principio di parità di trattamento tra le persone...”. Sul punto si veda F. Guarriello, *Il ruolo delle istituzioni e della società civile*, in M. Barbera, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Milano, Giuffrè, 2007.

<sup>38</sup> Si veda C. Favilli, *L’istituzione di un organismo per la promozione delle pari opportunità prevista dalla normativa comunitaria*, cit., p. 178.



to come in numerosi casi le Organizzazioni Non Governative (ONG) svolgano un ruolo di primo piano all'interno di tali organismi<sup>39</sup>. È evidente, tuttavia, che tale presenza non deve risultare eccessiva, altrimenti verrebbe indebolito l'aspetto di neutralità e imparzialità che l'istituzione è tenuta a mantenere. Il rischio, infatti, è che le persone identifichino l'organismo per la parità come "una lobby o un gruppo di pressione"<sup>40</sup>. Un organismo per la parità composto in una maniera equilibrata è, dunque, quello in cui si riesce a raggiungere un giusto bilanciamento tra la componente governativa e quella rappresentativa delle altre organizzazioni. Le istituzioni contro la discriminazione devono, infine, essere indipendenti da un punto di vista finanziario: al fine di garantire tale indipendenza è importante che il loro *budget* sia fissato per legge. È di particolare interesse ciò che è accaduto in Danimarca nel 2002. Sino a quel momento, infatti, erano previsti due organi entrambi finanziati dal Governo. Il finanziamento di uno, tuttavia, è stato cancellato in maniera piuttosto brusca in seguito al cambiamento del Governo, mentre l'altro è stato trasformato in un Istituto generale per i Diritti umani<sup>41</sup>.



## 7. Gli organismi per la parità in Gran Bretagna e in Francia



Dopo aver analizzato la normativa comunitaria in materia di organismi per la parità, pare opportuno esaminare più nel dettaglio due ordinamenti di particolare interesse. Il primo è la Gran Bretagna, la quale ha previsto questo genere di istituzioni sin dal 1975, ma che, in seguito alle direttive emanate nel corso degli ultimi dieci anni, ha introdotto profonde innovazioni, sino a riunire gli organismi preesistenti in un solo organo competente per diversi motivi di discriminazione. Il secondo paese che verrà preso in esame è la Francia, la quale ha invece previsto un *equality body* solo in tempi recenti, al fine di dare attuazione alla normativa comunitaria. Anch'esso è un organismo *multiground*, poiché è competente per numerose cause di discriminazione.

<sup>39</sup> È questo il caso, ad esempio, del Belgio, della Danimarca, della Finlandia, della Francia, del Portogallo e della Spagna.

<sup>40</sup> R. Holmaat, *Catalysts for Change? Equality bodies according to Directive 2000/43/EC*, cit., p. 35.

<sup>41</sup> Tale avvenimento è riportato in *ivi*, p. 37.



## 7.1. La Commission for Equality and Human Rights britannica

Nell'ordinamento britannico l'istituzione della *Commission for Equality and Human Rights* (CEHR) (che, come detto, ha sostituito le preesistenti istituzioni in materia di antidiscriminazione)<sup>42</sup> è stata preceduta da un ampio dibattito. Il principale sostenitore della creazione di una Commissione dei diritti umani è stato il *Joint Committee on Human Rights*, una commissione parlamentare formata da membri della *House of Lords* e della *House of Commons*. Nel maggio del 2004, poi, il Governo ha presentato un Libro bianco (dal titolo *Fairness for all: a new Commission for Equality and Human Rights*)<sup>43</sup> in cui venivano indicate le principali proposte di cambiamento in materia, anticipando così l'*Equality Act 2006*. L'idea, infatti, che stava dietro a tale processo era quella secondo cui la *fairness for all* "è la base per una sana democrazia, per un'economia prospera e per un'effettiva erogazione dei... servizi pubblici. L'uguaglianza e i diritti umani riguardano tutti noi, non solo coloro che sono stati vittime di discriminazione o di un trattamento ingiusto"<sup>44</sup>. Dopo aver sottolineato il ruolo fondamentale svolto dalle precedenti istituzioni e gli obiettivi raggiunti negli ultimi trent'anni, veniva messo in luce il fatto che "i cambiamenti non [erano stati] sufficientemente rapidi", e che "[era] necessario un cambio di passo nel modo di promuovere, dare attuazione e garantire l'uguaglianza e i diritti umani al fine di raggiungere una società prospera e coesa"<sup>45</sup>. Evidentemente la principale novità del Libro bianco consisteva nella previsione di un unico organismo con il compito di contrastare i fenomeni di discriminazione e di promuovere il rispetto e la cultura dei diritti umani. Va ricordato come tale proposta non sia stata esente da critiche anche piuttosto severe. La *Commission for Racial Equality*, in particolare, ha pubblicato un documento in risposta al Libro bianco, affermando che in esso erano contenute tante buone intenzioni, ma non veniva chiarito in che modo risolvere concretamente i numerosi problemi esistenti<sup>46</sup>.

<sup>42</sup> Per quel che riguarda le precedenti istituzioni, si veda il paragrafo 3.

<sup>43</sup> Il *White Paper* è a cura del *Department for Trade and Industry* ed è stato presentato al Parlamento nel maggio 2004.

<sup>44</sup> Si veda *Fairness for all: a new Commission for Equality and Human Rights*, paragrafo 1.2.

<sup>45</sup> Si veda ivi, paragrafo 1.4.

<sup>46</sup> Si veda *Fairness for all: a new Commission for Equality and Human Rights – A response*, a cura della *Commission for Racial Equality*, agosto 2004.

La *Commission for Equality and Human Rights* è stata, infine, prevista formalmente dall'*Equality Act 2006* ed è entrata in funzione nell'ottobre del 2007. La sua competenza è limitata all'Inghilterra, alla Scozia e al Galles, poiché in Irlanda del Nord è previsto un apposito organo, vale a dire la *Equality Commission for Northern Ireland*<sup>47</sup>. Il *Chairman* e i Commissari (che devono essere almeno 10 e non più di 15) sono nominati dal Segretario di Stato e devono avere una buona conoscenza della materia. La CEHR è un organo pubblico non ministeriale<sup>48</sup> e riceve dei finanziamenti al di fuori del *budget* del Dipartimento del Segretario di Stato. Così come suggerito, poi, dai "Principi di Parigi", l'*Equality Act 2006* stabilisce che la Commissione debba disporre di risorse "ragionevolmente sufficienti al fine di svolgere le proprie funzioni"<sup>49</sup>. Deve essere messo in luce altresì il fatto che, al fine di rendere l'organo maggiormente indipendente, l'*Equality Act 2006* stabilisce che il Segretario di Stato debba assicurarsi che la *Commission* venga limitata il meno possibile nella determinazione delle sue attività, dei suoi programmi e delle sue priorità<sup>50</sup>. Come ricordato in precedenza, la CEHR è un organismo *multiground*. Le cause di discriminazione, infatti, di cui si occupa sono diverse: età, handicap, sesso, razza, religione, convinzioni, orientamento sessuale e cambio di sesso. Le funzioni attribuite alla *Commission* sono simili a quelle esercitate dalle precedenti istituzioni, anche se più ampie in diversi settori. Dalla lettura dell'*Equality Act 2006* emerge con chiarezza "il tentativo governativo di spostare anche nel campo delle politiche antidiscriminatorie il *focus* dal momento rimediabile a quello della prevenzione"<sup>51</sup>, seguendo, dunque, una strategia di tipo promozionale. La Commissione, infatti, è chiamata a fornire assistenza e consulenza ai singoli e alle istituzioni (art. 13 *Equality Act 2006*); può emanare codici di condotta (che entrano in vigore in seguito all'approvazione del Parlamento e del Segretario di Stato), i quali possono essere presi in considerazione in sede di

<sup>47</sup> Sulla nascita della *Commission for Equality and Human Rights* e della *Equality Commission for Northern Ireland*, si veda altresì C. McCrudden, *The contribution of the EU Fundamental Rights Agency to Combating Discrimination and Promoting Equality*, cit., pp. 137 e ss.

<sup>48</sup> In inglese: *Non Departmental Public Body* (NDPB).

<sup>49</sup> Si veda *Equality Act 2006*, *Schedule 1*, paragrafo 38.

<sup>50</sup> Si veda *ivi*, paragrafo 42.

<sup>51</sup> D. Strazzari, *Discriminazione razziale e diritto. Un'indagine comparata per un modello "europeo" dell'antidiscriminazione*, cit., p. 395.

giudizio qualora appaiano rilevanti nel caso di specie (artt. 14-15); può condurre indagini *ad personam* solo in presenza di elementi indiziari nei confronti della persona contro la quale si agisce (art. 20); può stipulare un accordo in cui il privato, pur non riconoscendo di avere commesso un'azione discriminatoria, si impegna a rimuovere la situazione di discriminazione (art. 23); può condurre le parti verso meccanismi di conciliazione (art. 27). Al tempo stesso, la CEHR dispone di poteri analoghi a quelli attribuiti alle precedenti istituzioni. Essa, infatti, può esercitare un potere di inchiesta<sup>52</sup> (art. 16) relativamente sia ai profili dell'antidiscriminazione sia a quelli concernenti la promozione e la tutela dei diritti umani; può condurre indagini (art. 20); può agire in giudizio (artt. 24-25); può fornire assistenza legale alle vittime di discriminazione (art. 28).

## **7.2. La Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité francese**

L'idea di creare un'autorità indipendente in materia di lotta alle discriminazioni in Francia risale ai rapporti della Commissione Nazionale Consultiva dei Diritti dell'Uomo<sup>53</sup> e dell'Alto Consiglio per l'Integrazione<sup>54</sup>, rispettivamente del 1997 e del 1998. Nel 1999, poi, un nuovo rapporto (curato da M. Jean-Michel Belorgey e intitolato *Lutter contre les discriminations*) ha ripreso tale idea, proponendo di istituire una commissione "snella"<sup>55</sup>, competente solo per le discriminazioni legate all'origine etnica e nazionale o all'appartenenza religiosa. In seguito a tale rapporto è stato creato, nel 1999, un *groupement d'intérêt public*, le *Groupe d'étude et de lutte contre les discriminations* (Geld), competente solo in materia di discriminazioni razziali. Ciò, tuttavia, non sembrava essere sufficiente, e per questo il Primo Ministro Raffarin (su invito del Presidente Chirac)<sup>56</sup>, il 2 giugno 2003 ha affidato a Bernard Stasi il compito di prefigurare l'istituzione di un'autorità indipendente. Quest'ultima, si legge nel *Rapport*

<sup>52</sup> In inglese: "inquiries".

<sup>53</sup> Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH), *La lutte contre le racisme e la xénophobie*, 1997.

<sup>54</sup> Haut Conseil à l'intégration, *Lutte contre les discriminations: faire respecter le principe d'égalité. Rapport au premier ministre*, 1998.

<sup>55</sup> In francese: "légère".

<sup>56</sup> Si pensi al discorso del 17 dicembre 2003, in cui il Presidente affermava che era necessaria "una presa di coscienza e una reazione energica".

Stasi, “offre una garanzia rafforzata d’imparzialità e assicura una partecipazione allargata di persone con origini e competenze diverse...”; inoltre, essa “permette una maggiore flessibilità e rapidità d’azione” e “facilita la concertazione e lo scambio di competenze”<sup>57</sup>. Nonostante, poi, diverse associazioni e istituzioni che si occupano dei diritti delle donne avessero sottolineato la loro contrarietà a prevedere un *single equality body*, il Rapporto indicava chiaramente l’opzione di un’unica autorità competente per tutte le forme di discriminazione<sup>58</sup>. Esso, poi, individuava quattro compiti (*missions*) fondamentali che l’autorità era chiamata a svolgere: si sarebbe dovuta occupare dei reclami individuali e del sostegno alle vittime di discriminazione, avrebbe dovuto promuovere l’uguaglianza, avrebbe avuto un ruolo consultivo e propositivo nei confronti dei poteri pubblici, e infine sarebbe stata chiamata a svolgere studi e ricerche<sup>59</sup>. La *Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l’égalité* (HALDE) è stata prevista dalla legge 2004/1486 del 30 dicembre 2004, la quale, in linea di massima, ha seguito le indicazioni del Rapporto Stasi. La HALDE, infatti, è un’autorità amministrativa indipendente ed è finanziata dal Ministero degli Affari Sociali. Va sottolineato come, al fine di garantire una maggiore indipendenza, gli undici membri che compongono il collegio direttivo sono designati da autorità diverse: Presidente della Repubblica, Presidente del Senato, Presidente dell’Assemblea nazionale, Primo Ministro, Vice-presidente del Consiglio di Stato, primo Presidente della Corte di Cassazione e Presidente del Consiglio economico e sociale. È interessante notare come a tale collegio si affianchi un comitato consultivo formato da rappresentanti delle associazioni, dei sindacati e delle organizzazioni professionali (art. 2 legge 2004/1486).

Così come suggerito dal *Rapport Stasi*, la legge 2004/1486 ha stabilito che la HALDE fosse “competente a conoscere tutte le forme di discriminazione, dirette o indirette, proibite dalla legge o da un accordo internazionale sottoscritto dalla Francia” (art. 1). Assieme al *Centre pour l’égalité de chance et la lutte contre le racisme* belga, l’Alta Autorità è uno degli organismi con mandato più ampio. Le cause di discriminazione di cui si occupa sono infatti molto numerose: origine, sesso, situazione di famiglia, apparenza fisica, nome, stato

<sup>57</sup> B. Stasi, *Rapport au Premier Ministre. Vers la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l’égalité*, Parigi, 2004, 63.

<sup>58</sup> *Ivi*, p. 65.

<sup>59</sup> *Ibidem*.

di salute, handicap, caratteristiche genetiche, costumi, orientamento sessuale, età, opinioni politiche, convinzioni religiose, attività sindacali, appartenenza o non appartenenza, vera o presunta, a una etnia, a una nazione o a una razza.

La HALDE dispone di importanti poteri investigativi. Qualora, infatti, venga a conoscenza di circostanze che lascino presumere l'esistenza di un caso di discriminazione, l'Autorità può svolgere indagini di propria iniziativa. In tal caso, tuttavia, se la vittima viene identificata, deve essere avvertita e non si deve opporre (art. 4 legge 2004/1486). La HALDE, poi, può richiedere informazioni e spiegazioni, nonché raccogliere testimonianze. Nel caso in cui i soggetti in questione siano autorità pubbliche, queste sono tenute a collaborare e a rispondere a tutte le domande (art. 5); qualora, invece, il soggetto sia un privato, questi è tenuto a rispondere entro un termine prefissato, altrimenti la HALDE potrà rivolgersi a un giudice (art. 9). Con il consenso delle persone interessate, l'Autorità può altresì effettuare ispezioni dei luoghi e raccogliere testimonianze sul posto (art. 8). La HALDE, inoltre, ha il potere di formulare delle raccomandazioni al fine di porre rimedio a comportamenti e pratiche ritenute discriminatorie, e i destinatari sono tenuti a rendere conto all'Autorità stessa delle misure intraprese per adeguarsi alle indicazioni ricevute (art. 11). Non va dimenticato, poi, che alla HALDE è stato conferito un ruolo importante di mediazione tra le parti. L'art. 7 stabilisce, tuttavia, che una volta che si è proceduto a tale mediazione, gli elementi raccolti in questa fase non possono poi essere prodotti e invocati in sede di giudizio. Va ricordato, infine, che con la legge 2006/396 del 31 marzo 2006 (*Loi pour l'égalité des chances*) l'Autorità ha visto "accrescere il suo ruolo soprattutto come organismo paragiurisdizionale con poteri anche di tipo sanzionatorio"<sup>60</sup>. La HALDE, infatti, può essere invitata a presentare delle osservazioni nel corso dei giudizi, e qualora sia l'Autorità stessa a domandare di essere sentita, l'audizione è obbligatoria (art. 42 legge 2006/396). Inoltre, una volta rilevati fatti che possono integrare la fattispecie del reato di discriminazione, l'Autorità può proporre una "*transaction*" (che deve essere approvata dal Procuratore della Repubblica), che consiste nel pagamento di una multa, oltre al risarcimento del danno (art. 41).

<sup>60</sup> D. Strazzari, *Discriminazione razziale e diritto. Un'indagine comparata per un modello "europeo" dell'antidiscriminazione*, cit., p. 405.

## 8. Considerazioni finali

Al di là delle notevoli differenze registrate da paese a paese, e della giovane età della maggior parte degli *equality bodies*, possono essere rilevate alcune tendenze interessanti. Innanzitutto va messo in luce il fatto che molti Stati membri si sono spinti al di là di quanto sancito dalla legislazione comunitaria, affidando agli organismi per la parità competenze anche per cause di discriminazione non previste dalle direttive. In secondo luogo va registrata la tendenza, anch'essa sempre più marcata, a prevedere in ciascun ordinamento, in luogo di diverse istituzioni, un solo organismo competente per più motivi di discriminazione (*single equality body*). Deve essere evidenziato, poi, il fatto che in generale gli Stati membri abbiano cercato di sviluppare e di diversificare il più possibile (anche se sempre nel rispetto della disciplina comunitaria) le funzioni attribuite dalle direttive agli organi per la parità al fine di garantire una migliore tutela. Non può essere dimenticato, poi, il ruolo fondamentale svolto dai "Principi di Parigi" e dalla "Raccomandazione di Politica Generale n. 2": tali documenti, infatti, hanno costituito le linee guida per l'attuazione e l'interpretazione delle direttive comunitarie. Va accolta, inoltre, positivamente, la funzione svolta sinora da *Equinet*: tale *network*, infatti, ha permesso una maggiore cooperazione tra le istituzioni, ed è auspicabile che il suo ruolo si rafforzi ancora col passare del tempo.

Come è stato giustamente rilevato<sup>61</sup>, rimangono, invece, diverse perplessità relativamente all'indipendenza di alcuni organismi, nonché alla questione legata alla provenienza delle risorse, ed è proprio su questi aspetti che gli Stati membri dovrebbero concentrare la loro attenzione. Inoltre, sembrerebbe opportuno rafforzare la funzione di promozione di cause strategiche: il rischio, altrimenti, è quello di "impantanarsi nell'assistenza in casi di *routine* di antidiscriminazione"<sup>62</sup>. Gli organi per la parità stanno ora per entrare nel loro periodo adolescenziale: il loro cammino verso la fase matura, dunque, è ancora molto lungo, ma la direzione sembra essere quella giusta.

<sup>61</sup> I. Rorive, *A Comparative and European Examination of National Institutions in the Field of Racism and Discrimination*, cit., p. 173.

<sup>62</sup> *Ibidem*.



*PARTE TERZA*

---

GLI STRUMENTI E LE ESPERIENZE





## Le discriminazioni: tra diritto speciale e *mezzi di tutela*

ROBERTO RIVERSO

*Sommario:* 1. Il contesto. 2. Diritto speciale. 3. La reazione giuridica contro le discriminazioni. I principi. 4. Le azioni. 5. La rilevanza oggettiva della discriminazione razziale o per nazionalità. L'onere della prova. 6. La legittimazione collettiva. 7. L'esperienza concreta. 8. Conclusioni.

### 1. Il contesto

È difficile anche provare ad elencare lo stillicidio di ferite che le scelte legislative, provvedimenti amministrativi, concreti comportamenti istituzionali vanno infliggendo negli ultimi tempi al sistema delle regole deputato a garantire i diritti e l'eguaglianza delle persone. Il punto di crisi più acuta del principio di eguaglianza sta proprio nella normativa sull'immigrazione, divenuta un vero e proprio laboratorio per la creazione di un sistema di discriminazioni dei diritti sociali e civili delle persone. Il punto di partenza è l'approccio al tema dell'immigrazione come una emergenza, mentre si tratta di un fenomeno complesso, una realtà che dura oramai da più di venti anni e che non potrà essere certamente governata con lo strumento del diritto della sicurezza pubblica. Essendo l'immigrazione una perenne emergenza, le leggi sull'immigrazione sono concepite anzitutto come leggi sull'ordine pubblico e la sicurezza e non leggi sull'accoglienza; leggi fondate sull'esclusione e non sull'inclusione: mentre noi abbiamo un bisogno essenziale di lavoratori migranti, per la nostra economia, per il nostro sistema produttivo, per il nostro sistema previdenziale, per la necessità di incremento demografico di cui ha bisogno il nostro paese, per il sistema del *welfare*. Sono cose che non si dicono e fat-

263



ti che non si vedono; gli immigrati sono infatti invisibili finché non commettono dei reati. Dell'immigrazione si parla sempre e comunque come fatto negativo, così l'immigrazione viene presentata e fatta percepire, in funzione di ben precisi interessi, da quelli che vengono oramai definiti gli imprenditori della paura: l'immigrazione uguale a pericolo! Perché serve ad esasperare il clima di insicurezza e per giustificare provvedimenti ispirati da logiche securitarie e demagogiche, che sono orientati alla captazione del consenso ed alla consonanza di equilibri e di interessi specifici delle forze politiche che sostengono il Governo<sup>1</sup>.

## 2. Diritto speciale

Tutto questo ha oramai prodotto nel nostro paese una branca di diritto speciale (cd. alla rovescia) relativo alla condizione di straniero, che deroga ai principi costituzionali e sopranazionali. Si tratta di una serie di norme molto frammentate, ma tutte imperniate sulle categorie dell'emergenza e del diritto speciale<sup>2</sup>.

Basta guardare allo strumento giuridico utilizzato per far fronte in generale alla politica migratoria. Sono otto anni che la ordinaria vicenda dell'immigrazione viene governata, attraverso la ventunesima proroga, sotto l'ombrello della legge n. 225/1992, dedicata all'istituzione del Servizio Nazionale di protezione civile, che prevede che lo stato di emergenza possa essere dichiarato con decreto del Presidente del Consiglio in caso di "calamità naturali, catastrofi o altri eventi che per intensità ed estensione debbano essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari". Viviamo perciò, senza saperlo, in uno stato di emergenza perenne; l'ultimo decreto (nel momento in cui si scrive) del Presidente del Consiglio in materia è del 19 novembre 2009 e si intitola "Proroga dello stato di emergenza per proseguire l'attività di contrasto e di gestione dell'afflusso di extracomunitari"; si contempla "l'esercizio di poteri straordinari, mediante interventi e provvedimenti di natura eccezionale" fino al 31 dicembre 2010. E la conseguenza

<sup>1</sup> Per una analisi del contesto in cui è maturato il cd. pacchetto sicurezza che ha portato, come suo ultimo tassello in materia di immigrazione, alla legge n. 94/2009, vedi L. Pepino, *Le migrazioni, il diritto, il nemico. Considerazioni a margine della legge n.94/2009*, in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, 2009, n. 4, p. 9.

<sup>2</sup> Come nota nella sua giusta analisi M. Barbera, in <http://solleviamoci.wordpress.com/2009/02/01/italia-unanalisi-del-diritto-dalla-parte-degli-immigrati>.

principale che deriva da questo strumento è appunto la possibilità di non applicare le leggi ordinarie.

La presenza del diritto speciale è rivelata anzitutto sul piano del trattamento penale, il più sensibile ai principi della tutela della persona e di eguaglianza; qui è stato creato dapprima un circuito penale implacabile per gli extracomunitari; con la creazione di nuove figure di reato per gli extracomunitari clandestini o inottemperanti all'ordine di abbandonare lo Stato; con la comminazione di pene edittali elevate (si punisce più l'inottemperanza all'ordine di espatrio che il delitto di falso in bilancio); con la previsione dell'arresto obbligatorio ed il rinvio a giudizio con lo spettacolare rito direttissimo. Con il cd. decreto sicurezza del 2008<sup>3</sup> si è aggiunta all'art. 61, co. 1, n. 11-bis c.p., l'aggravante comune del fatto commesso mentre il colpevole “*si trova illegalmente sul territorio nazionale*”. La condizione di “soggetto presente in maniera illegale sul territorio nazionale” (in altre parole, i clandestini), è da considerarsi come un'aggravante comune alla commissione del reato; qualsiasi reato commesso da un immigrato, anche senza alcun nesso con questa condizione, viene considerato aggravato; si aggrava la responsabilità penale per il mero fatto di “essere” clandestini, non perché si esiga che la clandestinità abbia favorito, agevolato o reso possibile il reato commesso. Per capire: se una signora filippina irregolare fa un incidente stradale la pena è aumentata di un terzo, se fa un furto insieme ad un cittadino italiano è sanzionata per ciò solo in modo assai più grave del secondo: questa soluzione non mi pare che possa dirsi conforme alla nostra Carta costituzionale la quale non consente che si irroghi una pena maggiore a quella che è la colpa del reo e la portata offensiva del fatto; e non consente dinanzi a reati uguali che si comminino pene diverse.

Ora con la legge n. 94/2009 il diritto penale assume una nuova curvatura non contro il migrante che delinque, ma nei confronti del migrante in quanto tale con la nuova figura del reato di immigrazione irregolare<sup>4</sup>. Con l'aggravante e con il nuovo reato viene sanzionata una condizione soggettiva amministrativa *la clandestinità*, che non è certo sintomatica di pericolosità sociale (pensiamo a quante badanti irregolari ci aiutano a mandare avanti il *welfare* all'italiana, persone

<sup>3</sup> Art. 1, lett. f, d.l. 23 maggio 2008, n. 92, convertito nella l. 24 luglio 2008, n. 125. Si rimanda alle riflessioni di G. Abbadessa in questo Volume.

<sup>4</sup> Su cui, C. Renoldi, *I nuovi reati di ingresso e di permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato*, in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, 2009, n. 4, p. 38.

che non sono certo criminali); viene elevata a reato una condizione di irregolarità amministrativa, che molte volte non dipende neppure dal comportamento della persona, ma dal comportamento discrezionale dell'autorità di pubblica sicurezza che rilascia o meno il titolo di soggiorno; che lo rilascia nei tempi dovuti oppure no (come sempre più spesso accade). Che si tratti di norme costituzionalmente illegittime è altamente sospettabile; si tratta di un diritto penale d'autore, esattamente come lo era l'aggravamento della pena per il fatto commesso in condizioni di ubriachezza da chi avesse riportato precedenti condanne per delitti non colposi contro la vita o l'incolumità individuale della persona (art. 688 cpv. c.p.): norma dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale con la decisione del 10 luglio 2002, n. 354 per violazione dei principi di offensività e dei valori correlati alla dignità umana, e per essere espressione di un diritto penale d'autore e non del fatto. Norma, peraltro, meno generica di questa, perché fondava l'aggravamento solo rispetto alla contravvenzione di ubriachezza, mentre qui esso vale per ogni reato.

C'è chi ha parlato in proposito di diritto penale del nemico o del diritto penale d'autore, in cui manca il fatto e la sanzione si concentra sul tipo di autore. Quel che appare certo è la corsa verso l'instaurazione di uno stato di prevenzione che anticipa la tutela penale in nome della sicurezza ad una soglia in cui diviene inafferrabile l'offesa del bene protetto; una anticipazione che può toccare anche il cittadino, perché anche il cittadino può essere coinvolto in questi reati senza fatto (come per es. in caso di favoreggiamento del reato di clandestinità, che consente il sequestro e la confisca dell'immobile affittato all'immigrato clandestino). Anche le Camere penali italiane a proposito di queste disposizioni hanno parlato del "parto di un legislatore schizofrenico, che invoca da un lato le garanzie e la presunzione d'innocenza per i politici inquisiti e ritiene di poter sacrificare gli stessi principi per i più deboli, come se i valori del processo giusto, le garanzie processuali, il rispetto delle regole del gioco fossero divisibili a seconda della categoria di cittadini da giudicare".

Tutta questa normativa penalistica ha creato un circolo vizioso, con ricadute devastanti sulla stessa tenuta del servizio giustizia nel suo complesso; siccome l'impiego di risorse umane e di tempo nei confronti dei cittadini extracomunitari irregolari impedisce sovente di attendere alla regolare cura degli altri processi ordinari. Si tratta perciò di una politica che nuoce alla stessa sicurezza: ad es. quando i cittadini rumeni sono divenuti cittadini europei e non sono stati più

soggetti ad arresti per reati legati al soggiorno sono cresciuti automaticamente gli arresti per altri reati più offensivi della tranquillità delle persone. Anche le statistiche andrebbero analizzate con maggiore approfondimento: perché quando si parla della cifre assolute dei reati (facendo credere che siano assai più numerosi quelli commessi dagli stranieri); non si dice mai che in quei numeri sono contenuti quelli che riguardano questi reati amministrativi legati all'ingresso o all'espulsioni che come ovvio si dirigono solo agli stranieri; mentre in cifra assoluta per i reati cd. generali quelli commessi dagli stranieri sono molto meno numerosi di quelli commessi dagli italiani (meno di un terzo). Adesso si parla pure di un "processo lungo" da riservare agli immigrati e di un "processo breve" che dovrebbe essere garantito ad altri (per es. i corrotti, falsificatori di bilanci, intoccabili di varia risma).

Ma l'analisi del diritto speciale dedicato allo straniero, rivela una fitta rete di norme derogatorie che in alcuni casi generalizzano provvedimenti che erano stati adottati prima a livello territoriale. C'è un favore verso questa forma di federalismo normativo, che è stato codificato con la recente modifica dell'art. 54 del Testo Unico sugli Enti locali, modifica che ha previsto la possibilità per i sindaci di emanare provvedimenti urgenti *extra ordinem* per gravi pericoli che minaccino l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana, cosa che prima era possibile soltanto per casi di grave pericolo per l'incolumità dei cittadini. L'elenco di queste disposizioni speciali riservate allo straniero in Italia è lungo ed è costituito da norme di diversa natura e tipologia (nazionali, regionali, comunali); una serie di disposizioni, che disciplinano ogni fase, ogni momento della vita dello straniero, con precisione minuziosa, in modo da rendere la loro vita diversa dalla nostra. Nella legge di manovra economico-finanziaria del 2009 ne abbiamo alcune: in materia di assegno sociale, a decorrere dal 1° gennaio 2009 l'assegno sociale è corrisposto solo a chi abbia avuto residenza legale continuativa per almeno 10 anni; in materia di assunzione, il datore di lavoro straniero che si avvale dell'assunzione attraverso i flussi, deve confermare – diversamente dal datore di lavoro italiano – la sua intenzione di assumere pena la perdita della possibilità di fare l'assunzione e deve avere la carta di soggiorno o il permesso di lunga durata (non basta il permesso); in materia di matrimonio, è previsto l'obbligo di esibizione del permesso di soggiorno per contrarre matrimonio se si tratta di matrimoni misti; in materia di accesso agli atti dello stato civile, gli immigrati extracomunitari non dotati di titolo di soggiorno

non possono compiere atti di stato civile, compresi il riconoscimento della prole; in materia di iscrizione anagrafica, è prevista la verifica delle condizioni igienico-sanitarie dell'immobile e dell'idoneità dello stesso ai fini dell'iscrizione all'anagrafe che, fino ad oggi, è stato un diritto soggettivo perfetto che rispondeva anche ad interessi pubblici di garantire la reperibilità di una persona, in materia di ricongiungimento familiare, è stato innalzato il livello di reddito per risiedere in Italia e per richiedere il ricongiungimento dei familiari, con esame del DNA per accertare i legami familiari a spese del ricorrente; in materia di trasferimento di denaro, è stato introdotto l'obbligo di richiedere copia del documento di idoneità e del permesso di soggiorno con obbligo per le agenzie di *money transfer* di segnalare alla polizia i clienti privi di permesso di soggiorno. In materia fiscale, è previsto un piano di controllo specifico congiunto tra INPS e Agenzia delle Entrate per il corretto adempimento degli obblighi fiscali da parte dei soggetti residenti da meno di 5 anni (chiaro esempio di norma apparentemente neutra che finisce con lo svantaggiare gli stranieri); in materia di piano casa, si prevede che vi possano accedere gli immigrati regolari residenti da almeno 10 anni sul territorio nazionale o da 5 su territorio regionale.

Altre disposizioni discriminatorie nel corso degli anni hanno interessato la fruizione di servizi sociali che non sono stati riconosciuti ai cittadini extracomunitari in condizioni di parità, come ad es. i servizi di trasporto; l'accesso alla casa; l'accesso al credito agevolato; l'accesso scolastico; le tasse universitarie; l'accesso al lavoro soprattutto pubblico; il beneficio economico di natalità (il cd. bonus bebè); la possibilità di poter aprire degli esercizi commerciali; la carta acquisti cioè cd. *social card*, negata agli stranieri; la carta famiglia<sup>5</sup>. Persino in materia di tutela della salute si voleva prevedere la facoltà del sanitario di denunciare l'immigrato irregolare, attraverso una previsione che avrebbe finito per incidere sull'effettività della tutela del diritto alla salute, anche in relazione alle prestazioni indifferibili ed urgenti che devono essere garantite senza alcuna disparità al cittadino ed allo straniero, regolare o irregolare che sia, in quanto diritto fondamentale. La Corte costituzionale l'ha già detto altre volte: esiste un nucleo irrinunciabile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana, il quale impone di impedire

<sup>5</sup> Si veda ad es. la legge regionale Friuli Venezia Giulia n. 12/2009 che prevede il riconoscimento solo dopo otto anni di residenza regionale.



la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l'attuazione di quel diritto. La norma, come ben si sa, non è stata introdotta, ma ha prodotto comunque danni per la paura di molti migranti di presentarsi al pronto soccorso. Questa normativa, così frammentata, deve essere analizzata con molta attenzione, da un lato perché letta separatamente non dà l'idea che si ricava da una lettura congiunta (la costruzione appunto di un diritto speciale degli stranieri); e dall'altro perché la stessa normativa sta creando uno stato di disordine e di conflitto giuridico rispetto ai principi costituzionali e al diritto sovranazionale che regolano queste materie. Si tratta di una serie di disposizioni preoccupanti: perché rendono più precaria la vita delle persone ed il godimento di diritti fondamentali; perché stigmatizzano lo straniero, che è la prima forma di discriminazione; ma anche per il messaggio che lanciano all'opinione pubblica, perché innescano un meccanismo che si autoalimenta. Nascono da pregiudizi xenofobi e razzisti, che così si rafforzano.

### 3. La reazione giuridica contro le discriminazioni. I principi



Alle discriminazioni si può e si deve reagire anche sul piano giuridico, oltre che su quello politico e culturale; anche contro le discriminazioni effettuate dalle istituzioni (per motivi legati alla nazionalità, alla razza, alle origini etniche e religiose); ed occorre essere anzi più consapevoli dell'importanza di questo strumento e del ruolo spesso decisivo che viene assegnato al giudice nell'eliminazione delle disuguaglianze. L'apprestamento delle tutele dovrebbe muovere dalla ricognizione della normativa sostanziale che fa divieto di praticare le stesse discriminazioni e poi capire come ci si possa difendere, chi lo possa fare, dove e come<sup>6</sup>. Bisognerà allora volgere lo sguardo più spesso alla normativa sostanziale di tutela di carattere internazionale; alla normativa comunitaria che si occupa di discriminazioni e di diritti; alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Recentemente per superare una discriminazione a danno di un bambino disabile di 4 anni, che nasce dalla normativa italiana in materia di soggiorno, ho applicato direttamente la Convenzione di New

<sup>6</sup> Per una ampia ed approfondita disamina degli strumenti di tutela contro le discriminazioni di ogni natura, v. M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano, Giuffrè, 2007.



York, recepita all'inizio del 2009, che vieta di praticare qualsivoglia discriminazione nei confronti dei disabili (ed ho riconosciuto il diritto all'indennità di frequenza che serve al minore per frequentare la scuola o corsi di riabilitazione o cicli di cure, benché privo della carta di soggiorno, ora permesso di lungo periodo, per ottenere la quale la legge interna richiede una permanenza di cinque anni, oltre a requisiti reddituali e la disponibilità di un alloggio). I paradigmi normativi a tutela delle persone straniere nel nostro paese sono desumibili dalle convenzioni internazionali, ma anche dai principi generali e consuetudinari: ne ha fatto applicazione la Corte costituzionale nella sentenza n. 306/2008 allorché ha ricordato che tra le norme del diritto internazionale generalmente riconosciute rientrano quelle che, nel garantire i diritti fondamentali della persona, indipendentemente dall'appartenenza a determinate entità politiche, vietano discriminazioni nei confronti degli stranieri legittimamente soggiornanti nel territorio dello Stato. Con la conseguenza importante che una normativa che disponesse in contrario violerebbe l'art. 10, co. I, della Costituzione, laddove stabilisce che "l'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute".

Nella tutela giuridica contro le discriminazioni, occorre riprendere soprattutto in mano più spesso la Costituzione<sup>7</sup>, il lascito che abbiamo avuto la fortuna di avere avuto in eredità dai nostri padri costituenti, verso i quali non dovremmo finire mai di sentirci debitori. Spesso quando si parla di tutela delle discriminazioni l'idea del fondamento di una tutela corre subito all'art. 3 della Costituzione, ma non è esatto. Il principio di non discriminazione trova il suo primo e più radicato fondamento di tutela nell'art. 2 della Costituzione, secondo cui "La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale". L'idea di fondo del costituente è che esistono dei diritti fondamentali che appartengono per natura all'uomo e perciò precedono l'esistenza stessa dello Stato, che, dunque, non li crea, ma, appunto, li deve riconoscere e soprattutto garantire concretamente, specialmente attraverso *le leggi ordinarie*; sono diritti inviolabili in quanto costitutivi della natura umana; e non sono legati alla titolarità della cittadinanza italiana (piuttosto che francese, tedesca, albanese, etc.).

<sup>7</sup> Si veda il contributo di A. Ambrosi in questo Volume.

Non si tratta, dunque, di diritti del cittadino, ma di diritti dell'uomo. Quindi rispetto ai diritti fondamentali non ci può essere alcuna differenziazione, esiste una parità assoluta tra le persone. L'art. 3 della Costituzione sancisce il principio di eguaglianza, ma lo riferisce ai cittadini: "Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali". Non impedisce perciò che vi siano differenziazioni di trattamento tra cittadini e stranieri di per sé; d'altra parte è noto che il principio di eguaglianza non si realizza trattando tutti sempre allo stesso modo: ma facendo corrispondere parità di trattamento solo davanti a parità di situazioni, mentre a situazioni diverse devono corrispondere trattamenti diversi. L'art. 3 Costituzione è tuttavia una norma assai importante, decisiva anzi, nella costruzione di una tutela antidiscriminatoria perché codifica il canone di ragionevolezza: serve cioè a realizzare un controllo sulla congruenza e logicità della legge, per verificare se la legge realizza il principio di logicità, che vale ovviamente nei confronti di tutti, anche dello straniero; anche quando la parità di trattamento non sia imposta dalla Costituzione; anche quando non si verte in tema di diritti fondamentali ex art. 2 e si rientra invece nell'ambito della discrezionalità politica (e dell'uso limitato delle risorse); anche in tal caso non si può certamente ammettere che il legislatore (nazionale o regionale) sia libero di introdurre qualsivoglia genere di differenziazione (in ordine all'accesso anche a diritti diversi da quelli fondamentali) tra cittadini e stranieri (in considerazione del requisito della cittadinanza). Perché anche in questi casi la Costituzione impone di praticare una differenziazione ragionevole, non arbitraria. Ad esempio, per tornare al caso che ho deciso e cui ho fatto cenno precedentemente, non è certo ragionevole negare l'indennità di frequenza al bimbo disabile extracomunitario per i primi cinque anni di soggiorno, non solo perché si pregiudicano esigenze di formazione essenziali e non differibili, ma anche perché, intervenendo dopo cinque anni, la legge pregiudica la formazione ed il recupero successivo<sup>8</sup>. Altro esempio: la norma regionale che riserva l'utilizzo gratuito dei mezzi di pubblico trasporto ai soli invalidi cittadini italiani residenti in Lombardia è stata dichiarata in contrasto con il principio sancito dall'art. 3 della Carta fondamentale (decisione della Corte costituzio-

<sup>8</sup> Per un commento della sentenza, v. A. Terzi, *Quando il disabile è straniero*, in *Questione Giustizia*, 2010, n. 2, p. 205.

nale n. 432/2005), perché il requisito della cittadinanza si atteggia in tal caso come requisito arbitrario, non essendovi alcuna correlazione tra la cittadinanza italiana e gli altri peculiari requisiti – invalidità al 100% e residenza – che ne condizionano il riconoscimento e ne definiscono la *ratio* e la funzione del beneficio. Proprio questo canone costituzionale sul controllo di ragionevolezza della legge ci fa sperare. Da ultimo la Corte costituzionale se ne è servita in due sentenze ben note, sentt. nn. 306/2008 e 11/2009, con le quali sono stati eliminati gli ostacoli che erano stati frapposti all'accesso all'assistenza sociale per i cittadini extracomunitari disabili legalmente soggiornanti nel nostro paese, in base al solo permesso di soggiorno, senza carta di soggiorno: la prima ha garantito l'accesso all'indennità di accompagnamento; con la seconda è stato restituito il diritto di godere della pensione di inabilità. In dette sentenze la Corte, in coerenza con quella che era stata la censura sollevata dal giudice *a quo*, ha censurato la carta di soggiorno sotto il profilo dei requisiti reddituali: ossia perché non è possibile subordinare un diritto che attiene al bisogno e alla salute al possesso di un titolo che, come la carta di soggiorno, richiede un requisito reddituale; tanto più poi che per poter aver la pensione di invalidità occorre non superare una certa soglia di reddito. Per la Corte è *manifestamente irragionevole* subordinare l'attribuzione di una prestazione sociale di natura indennitaria al possesso, da parte dello straniero, di un titolo di soggiorno il cui rilascio presuppone a sua volta il godimento di un reddito come la carta di soggiorno. Tuttavia a parte la questione del requisito reddituale, nella sentenza vi sono elementi che consentono di affrontare più in generale il tema della discrezionalità del legislatore ai fini dell'accesso alle prestazioni sociali, anche in relazione al requisito della durata del soggiorno che il legislatore potrebbe legittimamente richiedere come titolo di legittimazione per modulare l'accesso alle prestazioni sociali. Va considerato che proprio dalla motivazione delle sentenze della Corte costituzionale, mi riferisco in particolare alla decisione n. 306/2008, risulta che anche sul punto la discrezionalità del legislatore è fortemente limitata dalle superiori direttrici costituzionali (eguaglianza, razionalità, tutela della salute, etc.): in particolare quando la permanenza legale dello straniero in Italia non sia episodica, né legata ad un titolo di breve durata. Proprio in tali casi, come osserva la stessa Corte, “una volta che il diritto a soggiornare alle condizioni predette (ossia in base ad un titolo né episodico, né di breve durata, *ndr*) non sia in discussione, non si possono discriminare gli stranieri, stabi-

lendo, nei loro confronti, particolari limitazioni per il godimento dei diritti fondamentali della persona, riconosciuti invece ai cittadini”. Può sostenersi allora che la giurisprudenza della Corte costituzionale certamente riguardi, quantomeno, tutte le situazioni in cui venga in questione il diritto ad una prestazione assistenziale per un soggetto straniero ed apolide che possedendo un permesso di soggiorno ultrannuale non possa, per ciò stesso, essere definito come soggiornante in base a titolo episodico o di breve durata<sup>9</sup>. Va considerato inoltre che il requisito del soggiorno lungo, anche se richiesto in generale per tutti ai fini dell’accesso a prestazioni sociali, può rappresentare una discriminazione indiretta in quanto il criterio apparentemente neutro ha un impatto più forte sui migranti rispetto ai cittadini nazionali. Oltre ai principi costituzionali ed alle normative comunitarie, la tutela contro le discriminazioni va costruita guardando alla copiosa legislazione che oramai è presente nel nostro ordinamento: in particolare il d.lgs. n. 286/1998 (il cd. Testo Unico sull’immigrazione), i decreti legislativi nn. 215 e 216/2003 che hanno recepito le direttive europee nn. 43/2000 e 78/2000, in materia di parità indipendentemente dalla razza o origine etnica, ed in materia di occupazione e condizioni di lavoro relativamente ai fattori riguardanti *handicap*, età, orientamento sessuale, convinzioni personali<sup>10</sup>.

#### 4. Le azioni

Per evitare che la proclamazione di principi, anche importanti, subisca inevitabili elusioni e distorsioni in fase applicativa, per evitare cioè il rischio che i principi rimangano sulla carta, occorre prevedere tecniche processuali adeguate, capaci di aderire alla sostanza delle questioni considerate (ad es. è noto che proclamare la nullità di un atto non realizza di per sé la tutela più soddisfacente possibile del diritto). Insomma per garantire una adeguata tutela antidiscriminatoria (soprattutto contro le discriminazioni cd. istituzionali) occorre la felice saldatura della normativa sostanziale con quella processuale: quello che si chiama garanzia dell’effettività della tutela. E nel nostro ordinamento sono presenti una serie di strumenti processuali che

<sup>9</sup> Per un richiamo recente della giurisprudenza della Corte costituzionale in materia, v. A. Terzi, cit., p. 205.

<sup>10</sup> Si rimanda agli scritti di C. Favilli e D. Tega in questo Volume.

consentono una tutela incisiva per le vittime delle discriminazioni; le quali (più di altri titolari di differenti situazioni soggettive) possono servirsi di un apparato di rimedi processuali e sanzionatori che può dirsi compiuto (ed anche con elementi di originalità rispetto alle tecniche di tutela di diritto comune). Peraltro i ripetuti interventi normativi in materia di contrasto delle discriminazioni (di genere e non, sul lavoro e non, legati alla nazionalità e non) pongono – dal punto di vista sistematico – problemi oramai opposti a quelli che si avevano al tempo dell'immobilismo del legislatore; abbiamo problemi che derivano dalla sovrabbondanza normativa e dalla mancanza di coordinamento; ci sono almeno 4 o 5 testi normativi che tendono a sovrapporsi (il T.U. sull'immigrazione, i d.lgs. nn. 215 e 216/2003; il T.U. sulle pari opportunità; l'art. 15 dello Statuto dei lavoratori; le norme di tutela generali). Ciò determina problemi in relazione a: coesistenza di differenti definizioni di discriminazione all'interno dell'ordinamento; coordinamento delle diverse azioni in giudizio; rischio di sovrapposizioni tra differenti soggetti legittimati ad agire; problemi nelle ipotesi di c.d. discriminazioni multiple o plurime – ovvero quelle in cui sono lesi soggetti appartenenti ai gruppi protetti sotto profili differenziati ad es. la “donna migrante”; conflitti di competenza fra diversi organi giurisdizionali.

Nell'ordinamento esistono oramai una pluralità di forme di tutela. Accanto alle forme di tutela classica risarcitoria-compensativa o per equivalente (riparazione del danno, anche non patrimoniale), accanto alla tutela costitutiva o dichiarativa (invalidazione degli atti compiuti dall'istituzione, dal datore o da terzi aventi effetti discriminatori), sono previste forme di tutela in forma specifica (o satisfattiva-inibitoria) rivolte a garantire la soddisfazione in natura dei diritti delle persone discriminate ossia a far conseguire la soddisfazione di quel bene o di quel diritto che è stato negato. E non solo, perché oltre alle forme di tutela individuale, l'ordinamento contempla azioni di carattere collettivo che hanno uno scopo più ambizioso e complesso, non solo di sanzionare – con l'occhio rivolto al passato – atti, regole e comportamenti, produttivi di effetti differenziati, ma anche quello proiettato alla futura costruzione di regole (atti e comportamenti) nuove, conformi al diritto con benefici, diretti o indiretti, nei confronti di tutti i soggetti appartenenti al genere svantaggiato. Ricordo in proposito soprattutto l'azione civile contro la discriminazione prevista dall'art. 44 del T.U. sull'immigrazione, a cui può essere affiancata quella prevista nei d.lgs. nn. 215 e 216/2003, relati-

vamente alle discriminazioni in materia di parità indipendentemente dalla razza o origine etnica, ed in materia di occupazione e condizioni di lavoro relativamente ai fattori riguardanti *handicap*, età, orientamento sessuale, convinzioni personali. L'art. 44 del T.U., al co. 1, prevede espressamente che “quando il comportamento di un privato o della pubblica amministrazione produce una discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, il giudice può, su istanza di parte, ordinare la cessazione del comportamento pregiudizievole ed adottare ogni altro provvedimento idoneo, secondo le circostanze, a rimuovere gli effetti della discriminazione” ed al comma 3 che “la domanda si propone con ricorso depositato anche personalmente dalla parte nella cancelleria del pretore (ora Tribunale) del luogo di domicilio dell'istante”. La parte relativa alla disciplina processuale (ispirata come sappiamo a quella già prevista per le discriminazioni di genere, poi utilizzata anche per l'attuazione delle azioni in giudizio di cui ai decreti legislativi nn. 215 e 216/2003) prevede una forma di procedimento sommario, estremamente semplificato, che dovrebbe facilitare l'accesso alla tutela giudiziaria dello straniero, il quale può ricorrere in giudizio anche personalmente senza l'ausilio di un difensore tecnico. Quanto alla giurisdizione, secondo un'oramai consolidata impostazione giurisprudenziale la posizione fatta valere, laddove abbia ad oggetto la tutela del principio di non discriminazione, assume la consistenza di un diritto soggettivo, avendo come obiettivo quello di tutelare i diritti fondamentali dell'individuo, e, come tale, ricade sotto la giurisdizione del giudice ordinario. La giurisdizione ordinaria perciò non arretra, né affievolisce la posizione soggettiva, a fronte di un provvedimento amministrativo. L'articolo 44 del T.U. affida in via esclusiva alla giurisdizione ordinaria la competenza a giudicare delle domande contro le discriminazioni senza distinguere nemmeno fra datore di lavoro pubblico e datore di lavoro privato; prevedendo anzi esplicitamente che il comportamento discriminatorio denunciabile davanti al giudice ordinario possa essere posto in essere (anche) da una pubblica amministrazione. Da ciò consegue dunque che in materia di discriminazioni l'ordinamento riconosca anzitutto una generale giurisdizione devoluta al giudice ordinario in ragione della natura di diritto soggettivo perfetto (di derivazione costituzionale) fatto valere dal soggetto discriminato. Vertendosi in materia di diritti fondamentali della persona e perciò di diritti soggettivi pieni, correttamente il legislatore del 1998 e del 2003 ha affidato la tutela in via esclusiva al giudice ordinario, anche oltre il riparto di giurisdizione per materia

delineato dal T.U. sul pubblico impiego, fatta salva quella sui rapporti ex art. 3, co. 1, del d.lgs. n. 165/2001.

Per quanto concerne il rito applicabile, va affermata la prevalenza di quello lavoristico – con la necessaria devoluzione della lite alla competenza funzionale del giudice del lavoro – tutte le volte in cui la questione di discriminazione nasca o inerisca o risulti connessa ad un rapporto di lavoro (anche *in fieri*), ciò in conformità ai principi e secondo una elementare esigenza di razionalità del sistema, come peraltro affermato dalla dottrina più attenta. Dopo un’iniziale considerazione negativa, è stata perciò sostenuta la *vis attractiva* propria della giurisdizione specializzata del lavoro. Tale opzione ermeneutica pare confermata anche nell’espresso richiamo contenuto nell’art. 4 del d.lgs. n. 215/2003 alla clausola di esclusione delle categorie professionali per le quali non si è operato il passaggio alla giurisdizione del giudice del lavoro, al fine di radicare la competenza del giudice amministrativo. Secondo tale interpretazione la competenza del giudice del lavoro o del giudice civile, o infine di quello amministrativo, deve ritenersi radicata a secondo della materia devoluta alla cognizione del giudicante e del soggetto interessato. Il procedimento è assai semplice: la domanda (comma 2) ha la forma del ricorso, è sottratta agli oneri di allegazione imposti dalle disposizioni che disciplinano la ordinaria azione di cognizione, e può essere proposta anche dalla parte personalmente, senza difensore. L’esperimento del tentativo di conciliazione non è obbligatorio ma facoltativo, e, pertanto, non condiziona la procedibilità e la perseguibilità del ricorso. Competente per territorio – si tratta di competenza territoriale inderogabile ai sensi dell’art. 28 c.p.c – è il giudice monocratico del Tribunale del luogo di domicilio dell’istante, mentre come già detto, *ratione materiae*, le controversie che hanno ad oggetto la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro sono devolute, ai sensi della previsione generale contenuta nell’art. 409 c.p.c., alla competenza del giudice del lavoro; sono devolute (art. 4, co. 8, d.lgs. n. 216/2003) alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie correlate a discriminazioni realizzate nei confronti del personale di cui all’art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 165/2001. Il Tribunale, sentite le parti ed omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione indispensabili in relazione ai presupposti ed ai fini del provvedimento richiesto. Ove sussistano ragioni di urgenza provvede con decreto *inaudita altera parte*, assunte se necessario sommarie informazioni. In siffatta ipotesi

il giudice fisserà l'udienza di comparizione delle parti – che dovrà essere tenuta nel termine di quindici giorni dalla data del decreto – assegnando alla parte ricorrente un termine non superiore ad otto giorni per la notifica del ricorso e del decreto e, all'udienza fissata, provvederà con ordinanza alla conferma, alla modifica ovvero alla revoca dei provvedimenti adottati con il decreto.

### **5. La rilevanza oggettiva della discriminazione razziale o per nazionalità. L'onere della prova**

Non bisogna dimostrare – ai fini del procedimento azionato ai sensi degli artt. 43 e 44 del T.U. sull'immigrazione – che il comportamento da reprimere sia assistito da un intento discriminatorio od improntato a motivi di razzismo o nazionalismo. L'azione che il soggetto può avviare *ex art. 44* può, infatti, essere intrapresa in presenza della mera “produzione” di un effetto discriminatorio, ossia di un dato oggettivo in base al quale ad una persona straniera sia stato precluso l'accesso ad un determinato servizio, attività, o, comunque, ad un bene della vita a cagione di un atto o comportamento posto in essere da un soggetto pubblico o privato<sup>11</sup>. Anche il regime della prova della discriminazione è agevolato (mentre di solito non è semplice l'assolvimento dell'onere probatorio nelle fattispecie discriminatorie); da un parte perché il giudice ha poteri d'ufficio assai ampi in quanto si prevede che: “[...] procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione indispensabili in relazione ai presupposti ed ai fini del provvedimento richiesto”. D'altro canto la stessa parte è agevolata nel fornire la prova della condotta discriminatoria perché il giudice può desumerla anche da fatti indiretti attraverso il ragionamento tipico delle presunzioni (che consente di risalire al fatto ignoto dal fatto noto) e soprattutto la parte può dedurre la prova attraverso dati statistici. Il ricorrente, al fine di dimostrare la sussistenza a proprio danno del comportamento discriminatorio in ragione della razza, del gruppo etnico o linguistico, della provenienza geografica, della confessione religiosa o della cittadinanza, può dedurre elementi di fatto anche a carattere statistico relativi alle assunzioni, ai regimi contributivi, all'assegnazione delle mansioni e qualifiche, ai trasfe-

<sup>11</sup> In argomento L. Curcio, *Le azioni in giudizio e l'anere della prova*, in M. Barbera (a cura di), *cit.*, p. 529.

rimenti, alla progressione in carriera e ai licenziamenti dell'azienda interessata. Il giudice valuta i fatti dedotti nei limiti di cui all'articolo 2729, co. 1, del codice civile. Non vi è però l'inversione dell'onere della prova come per le discriminazioni di genere. In punto di risarcimento del danno, contemplato sia all'art. 44 del T.U. che nell'art. 4 del d.lgs. n. 215/2003, si prevede la possibilità di risarcire altresì il danno non patrimoniale, ossia per l'offesa alla dignità della persona che un comportamento discriminatorio sempre comporta; sembrerebbe questo uno di quei casi in cui ci si può limitare ad allegare l'offesa del proprio diritto a non essere discriminato per ritenere configurati i presupposti del risarcimento del danno anche secondo il nuovo corso inaugurato sul danno non patrimoniale dalle sezioni unite della Cassazione nel 2008, essendo certo che l'offesa recato al diritto a non essere discriminati, per motivi legati alla nazionalità o alle origini etniche, configuri offesa ad un diritto della persona costituzionalmente protetto.

## 6. La legittimazione collettiva

Va ricordato che quando la discriminazione ha carattere collettivo, cioè colpisce più persone, anche non immediatamente individuabili, ed è posta in essere da datore di lavoro pubblico o privato non importa, il ricorso al giudice può essere presentato pure dal sindacato (art. 44, co. 10) ovvero dalle rappresentanze locali delle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello nazionale; e nell'azioni contro le discriminazioni *ex* d.lgs. n. 215/2003 dalle associazioni di tutela abilitate per legge. L'azione è finalizzata a realizzare l'interesse generale di tutti indistintamente i lavoratori stranieri; tanto che secondo la legge l'azione è promuovibile a prescindere dalla circostanza che siano individuabili vittime in modo immediato. È sufficiente che gli effetti pregiudizievoli siano solo potenziali perché l'effetto (discriminatorio) differenziato si produca anche solo con l'adozione dell'atto, senza necessità che siano individuabili vittime in modo immediato. "In questo caso il giudice, nel provvedimento che accerta le discriminazioni sulla base del ricorso" presentato dal sindacato "ordina al datore di lavoro di definire, sentiti i predetti soggetti e organismi, un piano di rimozione delle discriminazioni accertate". Al sindacato è quindi conferito un potere penetrante in questa materia, in corrispondenza dei poteri conferiti al giudice nell'azione collettiva, che sono

veramente nuovi e particolari; il giudice, se accerta l'esistenza della discriminazione collettiva (diretta o indiretta), deve ordinare all'autore della discriminazione di definire un piano di rimozione della discriminazione col concorso del sindacato. Si tratta di una sanzione forte, che consente di intervenire alla radice della discriminazione, senza fermarsi ai singoli atti o comportamenti in cui si manifesta.

## 7. L'esperienza concreta

Quale riscontro hanno questi mezzi tutela nella realtà effettuale<sup>12</sup>? Vanno bene i principi, va bene avere dei mezzi che si armonizzino e tendano a garantire efficacemente i principi, ma alla fine occorre pure qualcuno che agisca in concreto; quale giudizio dare sulla base dell'esperienza concreta? L'utilizzo di questi strumenti di tutela processuale non è stato sfruttato nella pienezza del suo potenziale, anche se va prendendo progressivamente piede; le azioni promosse contro vari tipi di comportamento discriminatorio stanno aumentando di numero; i giudici si sono già pronunciati in varie occasioni sia nei confronti di privati che di discriminazioni istituzionali. I casi più numerosi riguardano l'accesso all'alloggio; sono stati anzitutto considerati discriminatori i rifiuti di alcune società immobiliari di concludere contratti di locazione con lavoratori stranieri; il sistema di assegnazione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica da parte del Comune di Milano nella parte in cui disponeva l'attribuzione di un punteggio maggiore a chi aveva la cittadinanza italiana. Comunque le azioni sono state di contenuto assai disparato; a Bologna è stata considerata di natura discriminatoria la tassazione più elevata richiesta per l'iscrizione all'Università Bocconi ad una cittadina straniera rispetto ai cittadini italiani e comunitari. A Padova è stata dichiarata l'illegittimità dei prezzi più alti praticati in un bar ai cittadini extracomunitari. A Milano è stata annullata l'ordinanza del Comune che impediva l'iscrizione agli asili nido dei bambini dei figli di immigrati irregolari che violava tra l'altro oltre agli artt. 2 e 3 della Costituzione, la Convenzione dei diritti del fanciullo del 1989; un atto che faceva dipendere l'esclusione del minore dalla scuola dalla condizione di irregolarità del genitore, dimenticando che il minore non può essere considerato clandestino ovvero distinto in soggetto regolare o

<sup>12</sup> V. la rassegna di A. Guariso, *I provvedimenti del giudice*, in *ivi*, p. 580.

irregolare (“non è possibile ritenere un minore straniero in stato di irregolarità quanto alla sua presenza nel territorio dello Stato”); ed omettendo pure di considerare che il minore è titolare di diritti soggettivi autonomi che non dipendono dalla condizione del genitore. A Brescia<sup>13</sup> il 26 gennaio 2009 è stata annullata la delibera del Comune che attribuiva il cd. bonus bebè soltanto ai cittadini italiani, negandolo di conseguenza a tutti gli altri residenti stranieri che pur avevano avuto bimbi; anche in questo caso il giudice ha applicato l’art. 43 del T.U. sull’immigrazione e l’art. 4 del d.lgs. n. 215/2003 ed ha escluso che la stessa delibera potesse ritenersi legittima ai sensi dell’art. 3, co. 4, del d.lgs. n. 215/2003 che rende lecite quelle “differenze di trattamento che, pur risultando indirettamente discriminatorie, siano giustificate oggettivamente da finalità legittime perseguite attraverso mezzi appropriati e necessari”. Il giudice ha escluso la giustificazione perché il bonus è un mero trattamento discriminatorio mentre non è giustificato dalla finalità di indurre qualcuno a procreare.

Svariate sono state le azioni antidiscriminatorie promosse contro l’esclusione dai concorsi per l’accesso al pubblico impiego per i lavoratori privi di cittadinanza italiana. Sul punto esiste un certo contrasto in giurisprudenza perché la Cassazione, nella pronuncia n. 24170/06, aveva sostenuto che ai fini dell’accesso al pubblico impiego (per i contratti a tempo indeterminato) potesse pretendersi legittimamente il requisito della cittadinanza. Ma nel corso del 2008 questa tesi è stata disattesa almeno un paio di volte sia dal Tribunale di Milano (decreto del 27 maggio 2008) che dalla Corte d’Appello di Firenze (decreto del 28 gennaio 2008). Nel caso deciso dalla Corte d’Appello di Firenze è stato garantito l’accesso ad una graduatoria per l’assunzione con contratto a termine (già il T.U. sul pubblico impiego all’art. 36 consentirebbe di derogare alla regola del concorso tutte le volte che si verificano esigenze temporanee ed eccezionali). Nel caso deciso dal Tribunale di Milano (e poi confermato in sede di reclamo dal Tribunale, ordinanza del 1° agosto 2008) si trattava di un concorso per l’accesso a contratto a tempo indeterminato per la professione di operatore sanitario e l’azione è stata intentata (trattandosi di discri-

<sup>13</sup> Sulla complessa vicenda bresciana che ha visto due provvedimenti ex art. 44 T.U. immigrazione (primo grado e reclamo) dichiarare illegittima l’attribuzione di un cd. bonus bebè ai soli cittadini italiani e altri due provvedimenti censurare la decisione della Giunta comunale di ritirare il provvedimento per tutti i residenti, cittadini e non, al dichiarato fine di ristabilire la parità, v. nota a Tribunale Brescia 27 maggio 2009, in *Rivista Critica di diritto del lavoro*, 2009, p. 527.

minazione a carattere collettivo) con successo anche dal sindacato (dalla CGIL e CISL) contro la azienda ospedaliera San Paolo. Era stato denunciato come discriminatorio il comportamento consistente nel non ammettere i dipendenti extracomunitari (o in subordine i soli dipendenti extracomunitari con qualifica di infermieri professionali o titolari di permesso di soggiorno UE di lungo periodo) già assunti con contratto a termine o con contratto di collaborazione coordinata e continuativa, alle procedure di stabilizzazione previste dalle norme contrattuali e di legge.

In questi i provvedimenti i giudici hanno stabilito che il requisito della cittadinanza – richiesto per il pubblico concorso – si mostra del tutto irragionevole (e discriminatorio) allorché si tratti di attività semplici realizzate dalla p.a. nei suoi momenti meramente operativi; il requisito della cittadinanza italiana può essere ancora validamente richiesto solo in quanto riferito allo svolgimento di attività comportanti l'esercizio di pubblici poteri o di funzioni di interesse nazionale, venendo diversamente ad assumere un connotato discriminatorio comportando un trattamento disuguale e più svantaggioso per il non cittadino in assenza di una differenziazione oggettiva tra le due posizioni<sup>14</sup> e discostandosi dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 24170/06. Soprattutto lo svolgimento di mansioni di operatore sanitario o infermiere professionale o di autista di autobus presso una struttura pubblica è del tutto identico allo svolgimento di tali prestazioni presso una struttura privata, sia che si svolga a termine (possibile ai sensi dell'art. 36 T.U. sul pubblico impiego anche per gli stranieri) che a tempo indeterminato. Non è ravvisabile alcuna differenza, né al dipendente pubblico, in quanto tale, viene richiesto di possedere caratteristiche specifiche non possedute dallo straniero. Si tratta di processi che in conformità alle regole antidiscriminatorie si chiudono non con la pronuncia di nullità del bando, ma con l'ordine all'Azienda Ospedaliera di ammettere i dipendenti extracomunitari già assunti con contratto a tempo determinato o con contratto di collaborazione coordinata e continuativa alle procedure di stabilizzazione, fermi restando gli ulteriori requisiti, diversi dalla cittadinanza, ponendo così fine al comportamento discriminatorio.

<sup>14</sup> Si veda per il passato Corte d'Appello di Firenze, 2 luglio 2002, Tribunale di Firenze, 14 gennaio 2006, Tribunale di Imperia, 12 settembre 2006, Tribunale Perugia, 6 dicembre 2006, Tribunale di Bologna, 7 settembre 2007.

## 8. Conclusioni

Il riconoscimento del principio di non discriminazione elevato a rango di diritto fondamentale della persona attribuisce alla giurisdizione un ruolo assai rilevante per l'effettiva difesa dei diritti da esso scaturenti<sup>15</sup>. Di questo occorre essere consapevoli. Ne devono essere consapevoli i cittadini, ma soprattutto l'avvocatura ed il sindacato; mentre a me pare, che la magistratura, spesso vituperata (e forse proprio per questo vituperata) si stia dimostrando all'altezza del compito che sempre più spesso è chiamata a mettere in atto nell'esplicazione del suo compito principale: difendere i diritti delle persone secondo la Costituzione. Pur tuttavia non va dimenticato che la tutela giuridica contro le discriminazioni nasconde un paradosso: ovvero il fatto che i casi più eclatanti di discriminazione sfuggono per loro natura alle tutele; più uno è debole e discriminato meno viene tutelato; quale tutela può chiedere l'immigrato irregolare che rischia di vedersi incriminato accedendo alla giustizia?

C'è poi un livello subdolo di discriminazioni difficile da portare alla luce e da giudicare laddove la discriminazione non attiene alla legittimità di atti e provvedimenti, ma alla applicazione riservata nei confronti dei migranti. Per superare questi atteggiamenti, la prima tutela contro le discriminazioni deve essere perciò di carattere culturale e politico; deve reagire la società civile; senza di che tutto diventa più difficile. Le discriminazioni nascono dalla paura, e la paura si autoalimenta. Occorrerebbe far capire in modo chiaro che solo una politica capace di distinguere e di promuovere integrazione sociale (punendo i comportamenti illeciti, ma non il colore della pelle) può, alla lunga e pur senza inesistenti bacchette magiche, produrre più coesione sociale e sicurezza. La politica dovrebbe ispirare un percorso mirato alla apertura verso l'altro, all'integrazione sociale ed invece ha intrapreso, almeno in buona parte del paese, un'altra strada, attraverso provvedimenti che rendono più difficili i percorsi di integrazione culturale, lucrando sulla rendita costituita dalla paura della paura.

<sup>15</sup> V. A. Guariso, *I provvedimenti del giudice*, cit., p. 580.



## **Gli interventi della Regione Emilia-Romagna per la prevenzione e il contrasto delle discriminazioni**

ANDREA STUPPINI

*Sommario:* 1. Gli obiettivi strategici della Regione Emilia-Romagna: il Centro regionale sulle discriminazioni. 2. Le prospettive di lavoro.

### **1. Gli obiettivi strategici della Regione Emilia-Romagna: il Centro regionale sulle discriminazioni**

La Regione Emilia-Romagna ha deciso di avviare un Centro regionale sulle discriminazioni che si occupi di consulenza e orientamento, di prevenzione delle potenziali situazioni di disparità, di monitoraggio e di sostegno ai progetti e alle azioni volte ad eliminare le situazioni di svantaggio ai danni in particolare di persone straniere. Il Centro regionale nasce infatti, oltre che dal Testo Unico sull'immigrazione, da quanto disposto dalla legge regionale n. 5/2004, "Norme per l'integrazione sociale dei cittadini stranieri immigrati"<sup>1</sup>. Modifiche alle leggi regionali 21 febbraio 1990, n. 14 e 12 marzo 2003, n. 2"; le funzioni del Centro sono state quindi ulteriormente precisate nel Programma triennale 2006-2008 per l'integrazione dei cittadini stranieri. Il programma 2009-2011 individua la "promozione di attività di contrasto al razzismo e alle discriminazioni" tra i tre obiettivi strategici dell'azione regionale del triennio. Secondo gli obiettivi stabiliti dal programma la Regione e gli Enti locali si impegnano a garantire "il principio di equità nei requisiti per l'accesso ai servizi, l'erogazione delle prestazioni e la promozione di opportunità". Il primo passo importante per la costituzione del Centro è stato fatto a gennaio 2007

<sup>1</sup> Per maggiori informazioni si consulti il sito <http://www.regione.emilia-romagna.it/antidiscriminazioni>.



con la firma del protocollo regionale d'intesa sul contrasto alle discriminazioni che ha visto il coinvolgimento di tutti i soggetti pubblici e privati emiliano-romagnoli potenzialmente interessati a questo tema: rappresentanze regionali delle amministrazioni comunali e provinciali, le organizzazioni datoriali, i sindacati, il cd. terzo settore, la Consulta regionale per l'integrazione sociale dei cittadini stranieri, le Consigliere regionali di parità, il Difensore civico dell'Emilia-Romagna, l'Ufficio scolastico regionale e, ovviamente, il Dipartimento per i Diritti e le Pari Opportunità della Presidenza del Consiglio dei Ministri. A giugno del 2009 abbiamo inoltre firmato un accordo operativo con l'UNAR<sup>2</sup> con l'obiettivo comune di instaurare forme di collaborazione reali e costanti nel tempo e potenziare le attività che entrambi i soggetti svolgono, nella logica dello scambio e del rafforzamento reciproco. L'Emilia-Romagna è la prima regione a muoversi in questa direzione rappresentando, anche nei disegni dell'UNAR, un importante punto di riferimento per analoghi centri regionali. La collaborazione si sostanzia in cinque punti fondamentali: utilizzazione di un sistema informativo condiviso per la raccolta delle segnalazioni; sinergia per la risoluzione dei casi più complessi, utilizzando prioritariamente iniziative di mediazione tra le parti e di ricomposizione dei conflitti; promozione annuale di iniziative congiunte di informazione e sensibilizzazione per prevenire i fenomeni di discriminazione; formazione e aggiornamento; definizione di linee guida condivise per la prevenzione e la presa in carico delle situazioni di discriminazione.

Il Centro regionale, volutamente, non è stato concepito come una struttura centralizzata, ma come un decentramento di funzioni sul territorio. Il modello di Centro regionale sulle discriminazioni che abbiamo elaborato è basato infatti sulla valorizzazione e sul potenziamento delle tante risorse già presenti e spesso con un forte radicamento locale. Il nostro obiettivo è dunque quello di valorizzare al massimo le competenze e le esperienze di ciascun ente pubblico, del terzo settore e degli altri soggetti che siano disponibili a partecipare a tale iniziativa. I primi frutti di questo lavoro sono già visibili: ad oggi infatti registriamo 24 nodi di raccordo distrettuali, 34 sportelli abilitati alla raccolta di segnalazioni e 111 antenne: 169 punti anti-discriminazione riconosciuti formalmente dalla Regione Emilia-Romagna dopo le prime 4 "chiamate" per la presentazione da parte dei soggetti pubblici e privati delle proprie candidature a entrare all'interno del-

<sup>2</sup> Si rinvia al saggio di D. Tega in questo Volume.

la rete regionale. Per il personale dei 169 punti anti-discriminazione sono stati già realizzati, nel corso del 2008-2009, sei moduli formativi di base che hanno consentito a 135 operatori e operatrici di acquisire un quadro di tipo sia teorico che concreto della discriminazione. Particolare attenzione è stata posta sugli strumenti di ascolto e di supporto necessari per accogliere una persona che è stata o si percepisce come vittima di discriminazione, sullo sviluppo della capacità di identificare e riconoscere la discriminazione, sui riferimenti legislativi per orientare l'utente alla conoscenza ed alla tutela dei propri diritti e sull'attivazione di tutte le possibili strategie per sostenere i cittadini nel veder riconosciuto il loro diritto ad un pari trattamento. Per quanto riguarda l'attuazione del Protocollo in materia di discriminazioni è stata avviata una concreta collaborazione con il Difensore Civico che sta già affiancando il Centro per tutte le questioni di rilievo regionale relative ai rapporti tra cittadini e pubbliche amministrazioni e che sarà costantemente presente agli incontri tecnici regionali.

## 2. Le prospettive di lavoro

Obiettivo primario del Centro regionale, oltre al completamento della rete regionale con la creazione di punti antidiscriminazione sui territori che ne sono ancora sprovvisti, sarà quello di investire sulla prevenzione degli atteggiamenti razzisti, sulla cultura, sullo sviluppo di modelli di relazione maggiormente basati sul riconoscimento e sul rispetto delle differenze. Questo significherà lavorare molto sulle nuove generazioni e avere attenzione ai luoghi strategici in cui fare sensibilizzazione (le scuole, gli stadi, i luoghi di lavoro). Parallelamente al lavoro di sensibilizzazione nei confronti della cittadinanza attiveremo anche iniziative tese a fare crescere, anche nelle persone straniere, una maggiore consapevolezza dei loro diritti e fiducia verso le istituzioni. Tutto questo non potrà ovviamente prescindere da una chiara visione del fenomeno delle discriminazioni in Emilia-Romagna ed è per questo che, oltre al lavoro di prevenzione e di sensibilizzazione, il Centro regionale avrà l'importante compito di monitorare i casi di discriminazione e intolleranza che si verificano in Regione.

Nell'ambito dell'accordo di collaborazione con l'UNAR stiamo già lavorando alla promozione congiunta di iniziative di sensibilizzazione e informazione nei confronti degli studenti; per la settimana contro la violenza nelle scuole (12-18 ottobre 2009) abbiamo organiz-

zato due iniziative della Biblioteca Vivente (a Bologna il 17 ottobre e a Rimini il 18 ottobre) e una giornata di confronto con studenti delle scuole superiori sul tema del bullismo omofobo ed etnico in collaborazione con l'Assemblea Legislativa dell'Emilia-Romagna. Abbiamo lavorato con particolare interesse anche alle iniziative della settimana d'azione contro il razzismo (14-21 marzo 2010), cercando di accompagnare le reti territoriali contro le discriminazioni alla promozione di eventi con forte radicamento locale. Si è prestata una grande attenzione al mondo delle cosiddette seconde generazioni, ovvero a quei giovani che sintetizzano due culture, quella dei genitori immigrati e quella del contesto in cui sono spesso nati, in ogni caso cresciuti e a cui profondamente appartengono. Crediamo che l'interculturalità non sia solo un elemento di ricchezza di queste ragazze e ragazzi, ma in realtà un elemento che caratterizza l'attuale generazione di giovani. Creare una consapevolezza su questo tema significa attivare un lavoro importante sul tema, delicato, della convivenza civile e della ricchezza della multiculturalità. Infine, il mondo sportivo, quello che è allo stesso tempo teatro di manifestazioni razziste (pensiamo ai cori e agli striscioni di ogni domenica di calcio), ma anche capace di gesti simbolici di grande rilevanza. In questo ambito abbiamo avviato una collaborazione con UISP che, per citare solo uno dei tanti eventi, organizza annualmente in provincia di Bologna i Mondiali antirazzisti.

Il contesto in cui il Centro regionale contro le discriminazioni opera è fortemente caratterizzato dall'emanazione di norme a forte contenuto discriminatorio, che non a caso vengono sistematicamente abrogate. Sono norme che hanno un grosso impatto sull'opinione pubblica quando vengono emanate e "pubblicizzate" mentre non fanno più notizia quando scompaiono dal panorama normativo e amministrativo. Proprio per questo motivo è importante ricordarle e proprio per questo abbiamo avviato un lavoro di vero e proprio monitoraggio di questi atti e leggi<sup>3</sup>. Mi riferisco ad esempio alla nota ordinanza del Comune di Cittadella sulla residenza<sup>4</sup>, abrogata, come sono state abrogate dal TAR della Lombardia le ordinanze-fotocopia fatte in successione da altri 8 Comuni. Oppure alla delibera del Comune di Brescia sul cd. bonus bebè, o ancora alla legge della Regione Lombardia sui *phone centers*, o a quella della Regione Friuli sul dialetto nelle scuole. Tutte

<sup>3</sup> Si rimanda ancora una volta al sito <http://www.regione.emilia-romagna.it/antidiscriminazioni>.

<sup>4</sup> Si veda più in generale sul tema delle ordinanze lo scritto di A. Lorenzetti in questo Volume.

norme abrogate, dichiarate discriminatorie e illegittime da tribunali ordinari e amministrativi. Ma il problema non è solo degli enti locali o delle amministrazioni regionali visto che la stessa sorte è toccata anche al Decreto e alla successiva ordinanza della Presidenza del Consiglio dei Ministri con cui, nel maggio 2008, veniva introdotta la raccolta delle impronte digitali per i bambini rom, ovviamente appellandosi al consueto tema della sicurezza e delle emergenze da gestire sui territori. Nel luglio 2008 il Parlamento Europeo ha adottato, con 336 voti favorevoli, 220 contrari e 77 astensioni, una risoluzione che esortava le autorità italiane ad astenersi dal procedere alla raccolta delle impronte digitali dei rom, inclusi i minori. La proposta di Maroni è stata giudicata testualmente un “atto di discriminazione diretta fondata sulla razza e l’origine etnica, vietato dall’art.14 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo e per di più un atto di discriminazione tra i cittadini dell’UE di origine Rom o nomadi e gli altri cittadini ai quali non viene richiesto di sottoporsi a tali procedure”. In sostanza una palese violazione della direttiva 43/2000 sulla parità di trattamento delle persone indipendentemente dalla razza e dall’etnia. Infine, questa stessa norma, è stata definitivamente affossata, nel luglio del 2009, da una sentenza del TAR del Lazio.

## Nota sugli Autori

---

GIORGIO ABBADESSA, dottorando di ricerca in Diritto penale italiano, comparato e internazionale, Università degli studi di Milano

ANDREA AMBROSI, ricercatore in Diritto costituzionale, Università degli studi di Padova.

FRANCESCO BIAGI, dottorando di ricerca in Diritto costituzionale, Università degli studi di Ferrara.

CHIARA CAMPOSILVAN, dottoranda di ricerca in Diritto costituzionale, Università degli studi di Bologna.

MARTA CARTABIA, professore di Diritto costituzionale, Università degli studi di Milano Bicocca.

CORRADO CARUSO, assegnista di ricerca in Diritto costituzionale, Università degli studi di Bologna.

CHIARA FAVILLI, professore di Diritto dell'unione Europea, Università degli studi Lumsa di Palermo.

ANDREA GUAZZAROTTI, professore di Diritto costituzionale, Università degli studi di Padova.

ANNA LORENZETTI, dottore di ricerca in Diritto pubblico e tributario nella dimensione europea, Università degli studi di Bergamo.

SONIA MORANO-FOADI, *senior lecturer* in Diritto dell'unione Europea, *Oxford Brookes University*.

ROBERT POST, *Sol & Lillian Goldman Professor of Law*, Dean della *Yale Law School*.

ROBERTO RIVERSO, giudice del lavoro presso il Tribunale di Ravenna.

ELETTRA STRADELLA, borsista di ricerca POR-FSE della Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa.

ANDREA STUPPINI, responsabile del Servizio Politiche per l'accoglienza della Regione Emilia-Romagna.

PALMINA TANZARELLA, ricercatore in Diritto costituzionale, Università degli studi di Milano Bicocca.

DILETTA TEGA, ricercatore in Diritto costituzionale, Università degli studi di Milano Bicocca.