In quest'ottica, dovrebbe essere emanata una nuova legislazione comune sull'uguaglianza e la parità di trattamento che integri il mandato dell'UNAR comprendendovi altre forme di discriminazione, quali il sesso, la religione e le convinzioni personali, gli *handicap*, l'età e l'orientamento sessuale che necessitano di una tutela *ad hoc* in quanto altrettanto gravi e frequenti.

Un modello da adottare potrebbe essere quello di una sola istituzione - una sorta di *Ombudsman*, sulla scia dell'organismo svedese - che comprenda delle sotto-strutture, tutte opportunamente coordinate tra loro, ognuna delle quali competente a trattare un fattore di discriminazione. Ciò garantirebbe una conoscenza interna specifica e qualificata per le diverse tipologie di discriminazione e darebbe luogo ad una migliore emersione di ogni forma di discriminazione: a tutte le persone verrebbe assicurata la stessa scala di priorità nella risoluzione delle relative questioni.

2. - I poteri istruttori e sanzionatori

L'efficacia dei poteri istruttori, coercitivi e sanzionatori è determinante nella tutela alle vittime delle discriminazioni.

Le attribuzioni dell'UNAR sono elencate nel comma 3 dell'articolo 7 D.Lgs. 215/2003, e prevedono (tra l'altro) la possibilità di richiedere ad enti, persone ed imprese che ne siano in possesso, di fornire le informazioni e di esibire i documenti utili ai fini dell'espletamento dei compiti di cui al comma 2: un potere consistente in una sorta di invito "formale" - su iniziativa dell'UNAR o su sollecitazione della vittima di una discriminazione - a comunicare qualunque indicazione (scritta o orale) che possa rivelarsi utile ai fini dell'indagine intrapresa, senza che, però, possano derivarne conseguenze giuridiche qualora il soggetto richiesto rifiuti di ottemperare alle richieste dell'Ufficio. Solo implementando i poteri attribuiti all'UNAR, alla stregua di un Garante, si potrebbe configurare la possibilità di riconoscere al predetto Ufficio una sorta di "ordine di esibizione", così come previsto in materia penale agli articoli 254 ss. c.p.p.

Parimenti potrebbero essere ampliati i profili sanzionatori, in linea con le indicazioni provenienti dagli organismi europei, che raccomandano la previsione di sanzioni dissuasive, proporzionali ed effettive. L'Ufficio, attualmente, può: emettere

raccomandazioni, rappresentare l'opportunità che vengano seguite delle buone prassi nella gestione dei rapporti interpersonali, evidenziare alla vittima delle discriminazioni l'esistenza di azioni esperibili in sede civile e penale, indirizzare il soggetto verso talune associazioni competenti (per territorio e materia) legittimate all'azione giudiziale. Un'efficace ipotesi sanzionatoria potrebbe essere rappresentata, invece, dalla condanna al pagamento di una somma di denaro a seguito dell'accertamento della condotta discriminatoria. Da un lato, l'immediata esecutività del provvedimento sarebbe garanzia di una tutela efficace della vittima della discriminazione; dall'altro, la ricorribilità del provvedimento dinanzi l'Autorità giudiziaria competente (T.A.R. e Consiglio di Stato) garantirebbe, comunque, un controllo sulla legittimità dell'azione dell'Ufficio.

Tra i poteri sanzionatori che, *de iure condendo*, potrebbero essere attribuiti all'UNAR, particolarmente efficace - sempre laddove risulti accertata la condotta discriminatoria - potrebbe rivelarsi anche quello di impartire ordini all'autore della discriminazione che si traducano nell'obbligo di seguire istruzioni specifiche e linee di condotta (con irrogazione, in caso di inottemperanza, di una sanzione amministrativa).

Potrebbero pure potenziarsi altre forme (indirettamente) sanzionatorie, quale la segnalazione, da parte dell'UNAR, del comportamento discriminatorio tenuto all'Amministrazione competente, ai fini della sospensione degli appalti e dei benefici concessi (vd. anche *infra sub.* III, § 3.4.).

Qualora si prospetti un intervento legislativo volto ad attribuire all'UNAR poteri istruttori, coercitivi e sanzionatori - nel senso sopra delineato - potrebbe essere utile incrementare la dotazione organica, attraverso l'ingresso di personale appartenente alle forze dell'ordine. Basti pensare che tale possibilità è riconosciuta *ex lege* alle Autorità indipendenti e, di recente, in parte, anche all'Alto Commissario per la prevenzione e il contrasto della corruzione e delle altre forme di illecito all'interno della Pubblica Amministrazione, incardinato nella medesima struttura della Presidenza del Consiglio dei Ministri (articolo 1 legge 16 gennaio 2003, n. 3), analogamente all'UNAR

Tra l'altro, la previsione di un minimo di dotazione di ausiliari delle forze dell'ordine consentirebbe un potenziamento all'attività di indagine, che è attribuita all'Ufficio ai sensi del comma 2, lett. *b)*, dell'articolo 7 D.Lgs. 215/2003, in quanto

deputato a "svolgere, nel rispetto delle prerogative e delle funzioni dell'autorità giudiziaria, inchieste al fine di verificare l'esistenza di fenomeni discriminatori". In sostanza, si tratterebbe di una sorta di *intelligence* interna all'Ufficio, con compiti di indagine che potrebbero spingersi fino all'assunzione di informazioni testimoniali, talvolta rilevanti ed addirittura indispensabili per la soluzione dei casi. Questo contingente - che andrebbe scelto possibilmente tra le categorie di personale con esperienza pregressa in attività investigativa (polizia giudiziaria) - opererebbe non solo in fase di rimozione delle condotte discriminatorie, vigilando, per così dire, sul rispetto delle raccomandazioni e dei richiami all'osservanza dei principi di non discriminazione, ma anche con funzione preventiva.

3. - Le competenze all'interno del giudizio

La normativa vigente, da un lato, prevede la legittimazione processuale delle sole associazioni iscritte nell'elenco istituito ai sensi dell'articolo 5 del D. Lgs. 215/2003, che possono costituirsi in giudizio, sia autonomamente, per la tutela di interessi collettivi alla non discriminazione, sia in nome e per conto della vittima, a seguito di delega da parte di questa; dall'altro, la stessa normativa contempla, tra i compiti dell'Ufficio *ex* articolo 7 del medesimo decreto, l'assistenza, nei procedimenti giurisdizionali e amministrativi intrapresi, alle persone che si ritengono lese da comportamenti discriminatori, anche secondo le forme di cui all'articolo 425 c.p.c.

Sotto il primo profilo, si rileva che l'Ufficio non può costituirsi in giudizio, né in sostituzione della vittima della discriminazione, né per la tutela di interessi di gruppo, come invece può fare l'associazione o l'ente iscritta al registro; è evidente che le possibilità di fornire assistenza alla vittima sono considerevolmente ridotte, poiché l'assistenza legale è fornita da un professionista e ogni altro aspetto potrà al più essere curato dall'associazione coinvolta.

Sarebbe quanto meno auspicabile la possibilità per l'UNAR, nei casi di maggiore interesse, di intervenire *ad adiuvandum* nel giudizio civile, o di costituirsi parte civile nel procedimento penale, laddove si lamenti la compromissione di un bene costituzionalmente protetto, quale quello alla parità di trattamento, di cui l'UNAR è

costituito garante per volontà del legislatore. Tale possibilità è evidentemente riconnessa ad una rilevante modificazione strutturale dell'Ufficio medesimo, peraltro in linea con l'auspicato ampliamento dei poteri (delineati nel precedente paragrafo).

Allo stato, invece, l'assenza di un obbligo per le parti di rivolgersi preliminarmente all'UNAR - anche solo per un tentativo di conciliazione (vd. anche *infra sub.* III, § 3.2.) - la sopra evidenziata ridotta sfera di poteri ispettivi e sanzionatori (pure in chiave deterrente), nonché la difficoltà di fornire un ausilio concreto in sede giurisdizionale - posto che devono essere rispettate le prerogative dell'Autorità giudiziaria e che l'attività di consulenza legale deve essere prestata dal professionista cui la vittima abbia conferito una delega per personale stima - sono tutti fattori che incidono negativamente sull'efficacia di intervento dell'UNAR Di contro, qualora si preveda la possibilità per l'Ufficio di costituirsi in giudizio, in proprio, per la tutela di interessi collettivi, o *ad adiuvandum*, con l'ausilio tecnico di propri consulenti giuridici - che, nelle more, avrebbero maturato una specifica esperienza di settore ed una conoscenza degli strumenti sostanziali e processuali utilizzabili - l'opera dell'Ufficio sarebbe maggiormente efficace.

Del pari, sotto il profilo dell'assistenza in giudizio, anche secondo le forme dell'articolo 425 c.p.c. - in base al quale l'associazione sindacale indicata dalla parte ha facoltà di rendere in giudizio, tramite un suo rappresentante, informazioni ed osservazioni orali o scritte - l'attività che l'UNAR, in concreto, può svolgere non risulta pienamente efficace. Lo strumento utilizzabile, infatti, assai poco sfruttato nel processo del lavoro, ha rappresentato, nella maggior parte dei casi, una clausola di stile che i legali hanno la prassi di inserire nel ricorso introduttivo del giudizio, al quale si rinuncia in corso di causa. L'UNAR, qualora non abbia seguìto la fase pregiudiziale della vicenda - circostanza allo stato possibile, non essendo normato un passaggio obbligatorio per il predetto Ufficio - qualora cioè non sia stato precedentemente coinvolto mediante una denuncia amministrativa e una richiesta di ausilio, non potrebbe conoscere, se non *de relato* ed *ex post*, le modalità di svolgimento dei fatti, sicché, con tutta probabilità - a parte le "osservazioni" rientranti nelle sue competenze specifiche - sarà difficilmente in grado di fornire le "informazioni" utili ai fini del decidere.

In quest'ottica, potrebbe ipotizzarsi una previsione normativa che imponga alle parti sociali che sottoscrivono accordi collettivi di sottoporre la fonte medesima all'Ufficio per un parere tecnico, laddove la stessa contenga previsioni in materia di prevenzione e tutela delle discriminazioni, oppure laddove talune clausole contrattuali possano avere, anche indirettamente, effetti discriminatori.

E' evidente come, in questo caso, la richiesta all'UNAR di rendere dichiarazioni nel corso di un giudizio in cui si controverta dell'interpretazione di una determinata clausola contrattuale con potenzialità discriminatoria, o al contrario, di tutela avverso comportamenti discriminatori, avrebbe ben altra valenza, avendo l'Ufficio contribuito a "formare" siffatta disposizione contrattuale ed avendo, pertanto, gli strumenti di conoscenza utili per collaborare con l'Autorità giudiziaria.

PARTE III - I PROFILI DI RIFORMA DEGLI ASPETTI SOSTANZIALI E PROCESSUALI

1. - L'effettività della tutela penale

La normativa penale italiana in materia di atti di discriminazione razziale ha la sua fonte di riferimento nella legge 13 ottobre 1975, n. 654 - di ratifica della Convenzione di New York, citata - nota anche come legge Reale, peraltro modificata con il D.L. 26 aprile 1993, n. 122, convertito nella legge 25 giugno 1993, n. 205, più nota come legge Mancino.

Tale disciplina, da sempre, ha avuto una scarsa applicazione, con conseguente inefficacia della tutela ivi prevista.

La legge Mancino prevede una serie di fattispecie incriminatici, sulla base della mera presunzione di pericolo, con anticipazione della c.d. soglia della punibilità. Sono sanzionate penalmente: *a)* la condotta di chi diffonde in qualsiasi modo idee fondate sulla superiorità oppure sull'odio razziale o etnico; *b)* la condotta di chi incita a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. Sono, altresì, vietate la costituzione, la partecipazione o l'assistenza ad ogni organizzazione, associazione, movimento o gruppo avente tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici o religiosi. È, infine, precluso l'accesso, ai luoghi dove si svolgono competizioni agonistiche, alle persone che vi si recano con emblemi o simboli delle richiamate organizzazioni.

Anche sotto l'avallo di una parte della giurisprudenza, diverse sono state le critiche mosse a questo impianto normativo, in particolare non solo per quanto concerne l'asserita genericità delle ipotesi penalmente rilevanti, ma anche per quanto riguarda la violazione del principio costituzionale *ex* articolo 21 Cost.: si è sostenuto, infatti, che la legge Mancino andrebbe modificata, se non addirittura abrogata, in quanto incostituzionale, poiché lesiva del diritto alla libera manifestazione del pensiero. È pur vero che le condotte incriminate riguardano il diritto alla libertà di opinione, ma sono punite solo le manifestazioni lesive della dignità e della personalità umana.

Limitare il diritto alla manifestazione del pensiero laddove lo stesso sia in contrasto con il rispetto della persona umana non comprime la libertà di espressione, ma è coerente con i fondamenti stessi della Costituzione. Non esiste un problema di contrasto tra norme poiché, nella regola del bilanciamento, il bene tutelato della dignità della persona deve prevalere rispetto alla libera manifestazione del pensiero, laddove potenzialmente lesiva di tale bene.

Accogliendosi la tesi, ormai prevalente, della legittimità costituzionale delle norme incriminatrici introdotte con la legge Mancino, il problema che permane è quello di una loro ridotta applicazione pratica e di un inadeguato impianto sanzionatorio.

Si può affermare, innanzitutto, che la mancanza di sanzioni penali con forte e sicuro effetto deterrente si riflette inevitabilmente in una diffusa ritrosia, da parte delle vittime di episodi di discriminazione penalmente rilevanti, nel presentare le denunce.

Peraltro, questo sistema penale "minimo" - suscettibile di essere rafforzato - non viene applicato sufficientemente; spesso, infatti, si registra, da parte di una certa giurisprudenza, sia di merito che di legittimità, la tendenza a qualificare taluni episodi non tanto come condotte inquadrabili sotto la previsione speciale della legge Mancino, quanto come ipotesi riconducibili alle generiche figure delittuose dell'ingiuria, della minaccia o talora della violenza privata.

Anche sul piano legislativo, vi è una tendenza a sottovalutare o comunque a non tenere nella giusta considerazione gli episodi di razzismo penalmente rilevanti; appare sintomatico l'atteggiamento dell'Italia riguardo al progetto di decisione-quadro 2001 dell'Unione europea sul razzismo e la xenofobia, decisione volta ad introdurre alcuni principi che amplierebbero la soglia della punibilità (si consideri il fatto che la decisione-quadro pone anche, tra i limiti, quello di non prevedere pene inferiori, nel massimo, ad anni due per questo tipo di reati). Tale decisione non è stata adottata anche in ragione del veto posto da alcuni Stati membri, fra cui l'Italia.

A fronte di tutto ciò, si pone la direttiva 2000/43/CE sulla parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza o origine etnica, che, all'articolo 6, comma 2, e al n. 25 dei *Considerando*, invita gli Stati membri a non abbassare il livello minimo di protezione contro le discriminazioni già previsto nei singoli ordinamenti. Un

arretramento della tutela penale implicherebbe, altresì, una grave violazione della Convenzione di New York, oltre che degli artt. 10 e 117 della nostra Costituzione che ci obbligano a rispettare gli impegni assunti a livello internazionale.

2. - L'effettività della tutela civile

Si è detto - vd., *supra* I, § 3. - della ridotta emersione dei casi di discriminazione razziale e della conseguente inidonea applicazione di una normativa che, se comparata con quella dei Paesi dell'Unione, pure sensibili alle tematiche in oggetto e che hanno inteso dare attuazione alla fonte comunitaria (direttiva 2000/43/CE), risulta essere, invece, complessivamente piuttosto avanzata e potenzialmente efficace.

L'analisi della parziale attuazione del progetto di tutela proposto dal legislatore nazionale consente di individuare una pluralità di cause, alcune delle quali riconducibili ad inadeguatezze del particolare strumento processuale predisposto (oltre a questioni più ampie e complesse connesse alla "carenza culturale" e alle difficoltà che il sistema nel suo insieme incontra nel fronteggiare le problematiche in oggetto, dettagliatamente affrontate *sub.* I, § 2.).

Con riguardo al sistema processuale, si rappresentano i seguenti rilievi: 1) necessità di un coordinamento della disciplina legislativa esistente in materia di discriminazione razziale ed etnica; 2) necessità di un più stringente adeguamento della normativa interna al dettato comunitario in materia di molestie.

2.1. - Necessario coordinamento della disciplina

La pluralità di fonti succedutesi nel tempo tutte con carattere di specialità, ma con il vincolo dell'osservanza dei principi della direttiva comunitaria sopravvenuta in materia, ed in particolare del divieto di abbassamento della soglia di tutela, pone alcune questioni applicative anche con riferimento ai profili di legittimazione processuale, particolarmente importanti per garantire l'efficacia dello strumento giurisdizionale.

Infatti, l'articolo 4 del D. Lgs. 215/2003, intitolato "*tutela giurisdizionale dei diritti*" rinvia, per la determinazione della procedura applicabile nell'azione civile contro la

discriminazione, alla normativa di cui al Testo Unico sull'immigrazione, ossia il D. Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, e, in particolare, all'articolo 44, commi da 1 a 6, 8 e 11.

Il rinvio recettizio non è, pertanto, operato con riferimento all'intera disciplina dell'azione civile contro la discriminazione, ma a specifici commi. La scelta è comprensibile riguardo ad una normazione successiva, con carattere di specialità - in quanto avente ad oggetto le sole discriminazioni per ragioni etniche e razziali - tuttavia non manca di porre alcuni problemi ermeneutici.

In particolare, il mancato richiamo al comma 10 dell'articolo 44, che riconosce la legittimazione ad agire per la tutela di interessi collettivi alle rappresentanze locali delle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative, potrebbe porre in dubbio la permanenza di siffatta legittimazione ad agire nello specifico ambito.

La *voluntas* legislativa troverebbe conferma nella previsione di una specifica disposizione, contenuta nell'articolo 5 ed avente ad oggetto proprio l'individuazione dei soli soggetti legittimati ad agire per la tutela di interessi individuali e collettivi. La predetta norma riconosce tale legittimazione esclusivamente ad enti od associazioni iscritte in apposito registro tenuto dall'UNAR presso il Ministero per le Pari Opportunità, ovvero in analogo registro istituito presso il Ministero del Lavoro ai sensi dell'articolo 52, comma 1, lett. *a)*, del D.P.R. 31 agosto 1999, n. 394.

Peraltro, il D.Lgs. 216/2003, coevo alla normazione in commento, espressamente richiama la legittimazione delle rappresentanze sindacali.

Una delle interpretazioni potrebbe essere nel senso che, intervenendo la norma speciale a regolamentare la medesima materia successivamente, sia stata implicitamente abrogata la disposizione pregressa. Tuttavia, questo ragionamento, rispondente ai basilari principi ermeneutici della successione delle leggi nel tempo, non tiene conto della portata vincolante dell'articolo 6 della direttiva comunitaria 2000/43/CE, che, al comma 2, stabilisce testualmente: "l'attuazione della presente direttiva non può in alcun caso costituire motivo di riduzione del livello di protezione contro la discriminazione già predisposto dagli Stati membri nei settori di applicazione della presente direttiva".

È evidente che, non riconoscere la legittimazione per la tutela di discriminazioni collettive in materia di razza ed etnia alle rappresentanze sindacali, abbasserebbe in

maniera inconfutabile la soglia minima di tutela già garantita dal diritto interno. Ne consegue che il giudice sarebbe chiamato a disapplicare la norma nazionale in contrasto con quella comunitaria, lasciando inalterata la legittimazione processuale degli organismi sindacali coinvolti. Non sarà, invece, ammissibile ipotizzare una legittimazione individuale delle rappresentanze sindacali, posto che la norma non prevede siffatta possibilità, né è consentita un'interpretazione estensiva che permetta di conseguire questo risultato.

Deve, pertanto, trovare accoglimento l'interpretazione per cui residua un ambito di operatività della precedente disciplina.

A fonti normative inalterate il magistrato, disapplicando la norma di cui al D.Lgs. 215/2003 nella parte in cui non prevede la legittimazione per la tutela di interessi collettivi delle rappresentanze sindacali, o comunque in applicazione degli articoli 43 e 44 D.Lgs. 286/1998, potrà riconoscere a queste ultime la possibilità di presentare il ricorso autonomamente. Quindi, sarebbe auspicabile, *de iure condendo*, proprio per l'idoneità delle organizzazioni sindacali a rappresentare meglio gli interessi delle potenziali vittime di discriminazione, in ambito lavoristico, attribuire ad esse gli stessi poteri che il legislatore ha inteso riconoscere alle associazioni e agli enti iscritti nell'elenco tenuto presso il Ministero per le Pari Opportunità.

Parimenti opportuno un intervento di coordinamento per quanto concerne la definizione del concetto unitario di discriminazione diretta e indiretta fra le due fonti normative (articolo 43 D. Lgs. 286/1998 e articolo 2 D. Lgs. 215/2003). La predisposizione di un Testo Unico potrebbe costituire lo strumento giuridico idoneo per la previsione di una disciplina organica, coerente ed unitaria della materia delle discriminazioni (per la "trasversalità" di un istituendo organismo che tratti ogni forma di discriminazione, si rimanda a quanto già delineato *sub.* II, § 1.).

2.2. - Attuazione delle norme comunitarie in materia di molestie

Benché la disciplina nazionale abbia in gran parte riportato fedelmente la formulazione delle norme comunitarie, la stessa potrebbe essere ulteriormente avvicinata al dettato comunitario.

Con particolare riferimento alla molestia, l'articolo 2 della direttiva comunitaria 2000/43/CE rappresentava che il concetto in oggetto avrebbe dovuto comprendere ogni comportamento indesiderato adottato per motivi di razza o di origine etnica, avente lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante od offensivo.

La trasposizione nell'articolo 2 D.Lgs. 215/2003, intitolato "definizione di discriminazione", non è stata perfetta poiché, con riferimento al clima presupposto dell'azione a tutela, la disposizione ha richiesto il ricorrere di entrambe le condizioni che il legislatore comunitario aveva posto come alternative: il carattere umiliante e l'offensività del clima determinato dall'atteggiamento molesto.

E' evidente che tale opzione riduce le possibilità di tutela, gravando la vittima della discriminazione dell'onere di provare, sia pure sulla base di presunzioni, la ricorrenza di entrambi i presupposti, non essendo sufficiente, ad esempio, il carattere meramente umiliante del clima creatosi in conseguenza del comportamento molesto, ma richiedendosi pure l'idoneità offensiva dello stesso. Un intervento normativo volto ad eliminare questa discrasia sarebbe, pertanto, estremamente opportuno (in ordine alla distribuzione dell'onere della prova, vd., più diffusamente, appresso *sub.* III, § 3.2.).

3. - Le proposte processuali

Considerato che il legislatore delegato del 2003, sul versante della tutela giurisdizionale, pur rifacendosi alla normativa precedente che già aveva contemplato un procedimento *ad hoc* per reprimere le discriminazioni, aveva introdotto alcune importanti novità, destinate ad offrire un netto impulso alla lotta intrapresa in tal senso, si propongono alcune modifiche legislative, sotto il profilo prettamente processuale, al fine di eliminare le incertezze, affinare gli strumenti esistenti, potenziare le tecniche operative, il tutto per rendere maggiormente effettiva l'applicazione del principio di parità di trattamento in materia razziale e/o etnica.

Il procedimento da cui prendere le mosse è - come sopra evidenziato - quello previsto dall'articolo 44 del T.U. sull'immigrazione (D. Lgs. 286/1998), che introduce nel

nostro ordinamento un'apposita "azione civile contro la discriminazione", procedimento richiamato, modificato ed integrato dall'articolo 4 D.Lgs. 215/2003.

3.1. - Individuazione del giudice competente

L'articolo 44 citato individua nel pretore il giudice competente a conoscere l'azione civile contro la discriminazione, figura questa che va automaticamente sostituita con il tribunale, a seguito dell'entrata in vigore del D.Lgs. 51/1998, istitutivo del giudice unico di primo grado a far data dal 2 giugno 1999. Il richiamo della figura di un giudice monocratico - già avvenuta nel rito delle controversie individuali di lavoro e, ancor prima, nei procedimenti cautelari, possessori e nunciatori - indicava la scelta del legislatore di far riferimento comunque ad un procedimento snello e agile, tuttavia appare utile specificare che, qualora la condotta, il comportamento o l'atto attenga ad uno dei rapporti (in essere o *in fieri*) indicati negli artt. 409 e 442 c.p.c., debba considerarsi competente il tribunale (sempre in composizione monocratica) ma in funzione di giudice del lavoro, se non altro per la *vis attractiva* attribuita in generale alla giurisdizione specializzata del lavoro (vd. articolo 40, comma 3, c.p.c.).

Risulta coerente, invece, la precisazione contenuta nell'ultimo comma dell'articolo 4 D.Lgs. 215/2003, secondo cui "resta salva la giurisdizione del giudice amministrativo per il personale di cui all'articolo 3, comma 1, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165", in quanto il legislatore italiano ha mantenuto la giurisdizione del giudice amministrativo - T.A.R. e Consiglio di Stato - per quel che riguarda i magistrati ordinari amministrativi e contabili, gli avvocati e procuratori dello Stato, il personale militare e le forze di polizia di Stato, il personale della carriera diplomatica e della carriera prefettizia, i dipendenti degli enti che svolgono la loro attività nelle materie contemplate nell'articolo 1 D.Lgs.Cps. 691/1947, e dalle leggi 281/1985 (e successive modifiche ed integrazioni) e 287/1990, nonché, da ultimo, gli appartenenti al corpo dei vigili del fuoco (vd. articolo 3-*bis*, come inserito dalla legge 252/2004). Pertanto, se uno dei soggetti appartenenti alle categorie di cui all'articolo 3 D.Lgs. 165/2001 debba agire per l'eliminazione di una condotta discriminatoria posta in essere a suo danno, avrebbe a propria disposizione l'azione *ex*

articolo 44 del T.U. sull'immigrazione del 1998, da esercitare, però, dinanzi al giudice amministrativo territorialmente competente.

3.2. - Modello processuale di riferimento

L'articolo 44 di cui sopra delinea un procedimento snello, rapido ed incisivo per combattere ogni tipo di discriminazione, sulla falsariga del provvedimento d'urgenza *ex* articolo 700 c.p.c. - in realtà, azionabile anche in precedenza in relazione all'immediata operatività del principio di non discriminazione sancito dall'articolo 3 Cost. - modellato a sua volta sul procedimento cautelare uniforme di cui agli artt. 669-*bis* ss. c.p.c. (introdotto dalla legge 353/1990, operativa in *parte de qua* dal 1° gennaio 1993) - ma senza la necessità di essere condizionato alla dimostrazione di un danno imminente ed irreparabile (l'aggancio costituzionale induce a ritenere la sussistenza di un pregiudizio *in re ipsa*).

Il modello rituale originario (versione 1998) lasciava, però, dubbi in ordine alla permanenza o meno dell'obbligo di verifica del nesso di strumentalità oltre la fase cautelare: invero, da un lato, la previsione in oggetto sembrava dare ingresso alla tutela giurisdizionale per il rispetto del principio di parità di trattamento, (immediatamente funzionale alla realizzazione di diritti fondamentali della persona), senza condizionare il permanere della tutela in questione alla fase del giudizio di merito, dall'altro, il richiamo contenuto nel comma 7 alla "sentenza che definisce il giudizio", con la quale il giudice poteva anche emettere una pronuncia risarcitoria, induceva a negare la configurazione di un procedimento speciale calibrato in un'unica fase di cognizione.

Sul punto, è significativo che l'articolo 4 D.Lgs. 215/2003, al comma 1, prevede che "la tutela giurisdizionale avverso gli atti e i comportamenti di cui all'articolo 2 si svolge nelle forme previste dall'articolo 44, commi da 1 a 6, 8 e 11, del testo unico" sull'immigrazione, e, quindi, saltando volutamente il comma 7 che si riferisce alla "decisione che definisce il giudizio" e permettendo alla stessa ordinanza con la quale si accoglie il ricorso di procedere alla pronuncia risarcitoria (oltre a quella inibitoria e di cessazione degli effetti della discriminazione); laddove, poi, il comma 6 dell'articolo 4 citato continuava a prevedere che il giudice potesse ordinare "la pubblicazione della

sentenza", il predetto disposto è stato prontamente emendato mediante il D.Lgs. 2 agosto 2004, n. 256, che, mediante la procedura di correzione di errori materiali, ha sostituito la parola "provvedimento" a quella di "sentenza".

Restano, peraltro, i dubbi circa la natura dell'ordinanza conclusiva, il regime impugnatorio applicabile, il regime delle spese, sicché appare opportuno mutuare, sotto il profilo rituale, i recenti risultati acquisiti nel procedimento cautelare uniforme a seguito della legge 80/2005, di conversione, con modificazioni del c.d. decreto competitività - vd., in particolare, gli artt. 669-*septies*, 669-*octies* e 669-*novies* c.p.c., così come novellati a decorrere dal 1° marzo 2006 - sulla scia del nuovo rito societario introdotto con il D.Lgs 5/2003.

In tal modo, si chiariscono i contorni del modello processuale di riferimento, sulla falsariga dello schema del *rèferè* francese, nel senso della non necessaria correlazione tra fase sommaria e giudizio di merito, con un provvedimento conclusivo idoneo ad assumere le caratteristiche del giudicato, se non reclamato nei termini, quantomeno sotto il profilo dell'immodificabilità degli effetti destinati a permanere nel tempo.

A ciò si potrebbe aggiungere un "filtro" processuale, sul modello delle controversie di lavoro del comparto sia privato che pubblico - vd., rispettivamente, gli artt. 410 e 412-*bis* c.p.c., e l'articolo 69-*bis* D.Lgs. 29/1993, aggiunto dall'articolo 31 D.Lgs. 80/1998, e successivamente modificato dall'articolo 19, comma 6, D.Lgs. 387/1998 - subordinando la procedibilità della domanda giudiziale ad un tentativo obbligatorio di conciliazione, da tenersi presso un'apposita commissione istituita presso l'UNAR: tutto ciò sia per raggiungere finalità deflattive dell'eventuale contenzioso, sia per operare una verifica diretta del fenomeno discriminatorio ed un contatto con i soggetti operanti nel settore sociale e del lavoro.

3.3. - Onere della prova

L'articolo 4, comma 3, D. Lgs. 215/2003, non richiama il comma 9 dell'articolo 44 citato, ma conferma espressamente l'attenuazione del principio dell'onere probatorio a carico del ricorrente (parte processuale debole), che può continuare ad avvalersi della prova presuntiva di cui all'articolo 2729, comma 1, c.c., con l'ausilio aggiuntivo dei dati

statistici - che, come è stato ripetutamente affermato dalla Corte di Giustizia delle Comunità europee, rappresentano un importante meccanismo nell'accertamento della sussistenza di discriminazioni indirette - nel quadro di un corretto bilanciamento con le esigenze del resistente (asserito soggetto discriminante).

La finalità di realizzare il *favor* probatorio verso il soggetto discriminato è stata, quindi, raggiunta, come espressamente richiesto dalla direttiva comunitaria, "conformemente ai sistemi giudiziari nazionali", come vengono ribaditi implicitamente i penetranti poteri istruttori e decisori in capo al decidente, correlati, rispettivamente, all'assunzione della prova d'ufficio e all'emanazione dei provvedimenti "antidiscriminazione" più idonei.

Invero, in quest'ottica di salvaguardia dei principi basilari in materia probatoria, il legislatore delegato ha inteso mantenere il principio dell'onere della prova sancito dall'articolo 2697 c.c. e quello del libero convincimento del giudice (salvi i casi di c.d. prova legale espressamente previsti), ma ha al contempo alleviato il relativo onere a carico del ricorrente, da un lato, legittimando quest'ultimo a prospettare dati statistici che rivelino la fondatezza della propria censura e, dall'altro, considerando assolto il predetto onere sulla base del più agevole regime delle presunzioni.

Ne consegue l'importanza riservata al prudente apprezzamento del giudice nel procedimento *de quo*, senza che venga, peraltro, mai perduta di vista la sua funzione di organo imparziale, o, come si suol dire, *super partes*; peraltro, l'esistenza di un procedimento per la repressione dei comportamenti antidiscriminatori - come quello delineato dall'articolo 44 T.U. sull'immigrazione - caratterizzato da ampi poteri ufficiosi del giudice in sede di raccolta della prova, esimeva il legislatore italiano dall'inserire nel nostro ordinamento apposite disposizioni processuali comportanti l'inversione dell'onere della prova; invero, l'articolo 8, comma 5, della direttiva comunitaria 2000/43/CE prescrive espressamente che gli Stati membri non sono tenuti ad applicare il principio secondo cui, a fronte di una denuncia di fatti o atti discriminatori, incomba alla parte convenuta provare che non vi è stata violazione del principio della parità di trattamento, nei "procedimenti in cui spetta al giudice indagare sui fatti".

Va, peraltro, riconosciuto che la suddetta direttiva prevedeva, al contempo, come spettante al resistente l'onere della prova dell'insussistenza della discriminazione, qualora la persona lesa da quest'ultima fornisse al giudice fatti da cui potesse presumersi l'indizio dell'esistenza della medesima discriminazione; se, quindi, si intendesse rafforzare vieppiù la posizione processuale del ricorrente, si potrebbe introdurre una radicale inversione dell'onere della prova, ponendo a carico dell'asserito discriminante la prova contraria, ossia la prova di non aver discriminato.

Ciò non sembra in contrasto con i principi del nostro ordinamento, che registrano, accanto alla regola generale in materia sancita dall'articolo 2697 c.c. - secondo cui chi agisce in giudizio deve provare i fatti che costituiscono fondamento della sua domanda - espresse ipotesi di deroga: ad esempio, in tema di promessa di pagamento o di ricognizione di un debito (vd. articolo 1988 c.c.), o in ambito giuslavoristico nella disciplina della giusta causa di licenziamento (vd. articolo 5 legge 604/1966) o in quella dei licenziamenti collettivi per riduzione di personale, oppure, per una fattispecie analoga a quella in oggetto, nelle azioni positive per la realizzazione per la parità di lavoro sotto il profilo del genere uomo/donna (vd. articolo 4, comma 6, legge 125/1991).

3.4. - Efficacia del provvedimento giudiziario

A. Per quel che concerne la tipologia del provvedimento finale del procedimento *de quo*, oltre all'inibitoria prevista dall'articolo 44 citato, si contempla, altresì, la sanzione del risarcimento del danno, anche non di carattere patrimoniale; non essendo, quindi, necessaria la configurazione, o comunque l'astratta configurabilità come reato della condotta discriminatoria ai sensi dell'articolo 2059 c.c., e quindi non operando il limite di cui all'articolo 185 c.p., il soggetto leso dalla condotta discriminatoria può vedersi ristorati, ad esempio, anche i patemi d'animo, le angosce, i mutamenti di abitudini e di ritmi di vita a cui è stato costretto a seguito dell'illecita violazione del principio della parità di trattamento (c.d. danno esistenziale); la liquidazione del danno viene effettuata in via equitativa, tenendo conto della gravità del fatto, del pregiudizio causato al discriminato, nonché dell'intenzionalità o meno della condotta o, comunque, dell'elemento psicologico che ha sorretto l'agire del discriminante.