

Angela De Sanctis Ricciardone

Immigrazione e principio costituzionale di eguaglianza

Parte prima: Premessa. 1.La natura giuridica dell'atto discriminatorio. 2.Atto discriminatorio e autonomia privata; fonti normative. 3.Il principio di eguaglianza. 4.Diritto all'abitazione; atti discriminatori. 5.Assegnazione di alloggi di edilizia residenziale pubblica. 6.La condanna ad un facere imposto alla Pubblica Amministrazione. 7. Il libero mercato della casa.

Parte seconda: 8.I lavoratori immigrati; fenomenologia di una discriminazione; fonti giuridiche nazionali ed internazionali. 9.L'impossibilità sopravvenuta della prestazione lavorativa dello straniero. 10.Assunzione del lavoratore privo di permesso di soggiorno e successiva regolarizzazione.

Parte terza: discriminazione nel servizio di accesso al credito e tutela processuale e sostanziale del soggetto discriminato.

Premessa.

I fenomeni immigratori che da alcuni decenni interessano il nostro Paese, già e soprattutto Paese di emigrazione, hanno sollevato una serie di problemi di carattere istituzionale, sociale e giuridico. Diviene pertanto rilevante una breve analisi delle fattispecie relative ai rapporti privati tra un cittadino straniero "extracomunitario" ed un cittadino italiano, o tra di esso e un ente pubblico o privato.

Si rivela presupposto fondamentale di qualunque analisi sul tema sopra indicato la nozione normativa di "atto discriminatorio" esplicitamente contenuta nell'art. 43 dlgt. 286 del 25 luglio 1998 (quindi modificato dalla legge 30 luglio 2002 n. 189, il "testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero").

Oltre alla definizione del comportamento discriminatorio il legislatore indica specificamente nell'art. 43 sopra cit. quali sono i comportamenti vietati dalla norma, con riferimento alle condizioni di svantaggio eventualmente imposte nella fornitura di beni o di servizi in ragione dell'appartenenza ad una razza, etnia, nazionalità o credo religioso; al rifiuto di accesso all'istruzione, all'alloggio, all'occupazione, ai servizi sociali; agli impedimenti all'esercizio di attività economiche; e agli atti pregiudizievoli nei confronti dei lavoratori.

Tali comportamenti, in quanto incidono su alcuni diritti fondamentali della persona riconosciuti nel nostro ordinamento a tutti gli uomini, sono considerati "atti illeciti" in contrasto con il principio di eguaglianza stabilito all'art. 3 della nostra Costituzione.

Occorre anzitutto precisare che per eguaglianza non può intendersi l'equiparazione in tutto di tutti i soggetti, secondo una nozione più confacente al c.d. egualitarismo.

Nel diritto privato, l'eguaglianza che caratterizza i principi fondamentali e coinvolge la ratio di tutta la prima parte della nostra Costituzione, è quella che giurisprudenza e dottrina costanti affermano debba essere intesa come un'esigenza di giustificazione di ogni differenza tra le

persone nell'accesso ai beni o nelle opportunità di costruire relazioni umane giuridicamente rilevanti, giustificazione ritenuta la sola compatibile con l'insieme degli altri principi e valori costituzionali.

Alla luce di tale nozione giusprivatistica di eguaglianza pertanto non tutte le discriminazioni e le disparità di trattamento possono considerarsi vietate e soggette a sanzioni.

Al fine di una corretta interpretazione della nozione costituzionale del principio di eguaglianza intesa come esigenza di giustificazione delle differenze è rilevante l'autonomia negoziale dei singoli nei rapporti giuridici che pure rappresenta un principio fondamentale costituzionale rivolto a regolare i rapporti aventi contenuto patrimoniale, e che può sovente creare situazioni di disuguaglianza di fatto.

E' opportuno riferire di seguito un esempio concreto in merito al quesito relativo alla sussistenza di una discriminazione vietata in contrasto con il principio costituzionale di eguaglianza, o se invece nella specie sussiste una legittima espressione dell'autonomia negoziale.

Si tratta nella specie del comportamento di un locatore che, in ragione della sua autonomia negoziale rifiuta di concludere un contratto di locazione con un cittadino extracomunitario, nel presupposto temuto della precarietà che potrebbe derivare al rapporto di locazione; e si tratta di una differenza giustificata dall'esigenza relativa alla stabilità del rapporto.

Un'analisi dell'art. 43 del T.U. sopra cit. suggerisce inoltre un breve esame della scarsa giurisprudenza che ne applica la norma in materia, che implica una breve analisi del successivo art. 44 con riferimento alla natura della tutela accordata al soggetto vittima di una discriminazione, e quindi alla natura del danno cagionato, ed agli strumenti giuridici di cui dispone un soggetto ingiustamente discriminato solo per la sua nazionalità o per il suo credo religioso, nell'accesso all'abitazione, o nella fruizione di altro bene o servizio.

1 - La natura giuridica dell'atto discriminatorio.

L'atto discriminatorio è fatto rientrare secondo un'opinione concorde in dottrina e giurisprudenza nella figura del "fatto illecito" previsto nel codice civile all'art. 2043, che provoca come tale un "danno ingiusto", e determina pertanto la tutela risarcitoria, oltre che inibitoria, ormai pacificamente accordata anche ai diritti non patrimoniali come i "diritti della personalità", a prescindere quindi che la risarcibilità del danno morale sia vincolata alla commissione di un reato (come hanno affermato di recente le due sentenze c.d. gemelle sul danno morale della Corte di Cassazione e l'ulteriore sentenza della Corte Costituzionale).

La natura giuridica del fatto illecito che rappresenta il fondamento dell'atto discriminatorio comporta che il giudice, oltre a ordinare la cessazione del comportamento pregiudizievole e ad adottare ogni altro provvedimento idoneo a rimuovere gli effetti della discriminazione, in risposta all'azione inibitoria, può condannare l'autore della discriminazione ad un risarcimento del danno anche non patrimoniale, in risposta all'azione di responsabilità fondata sull'art. 2043 c.c.. E' rilevante in merito un recente intervento del legislatore che ha attenuato l'onere della prova a carico del soggetto vittima dell'illecito civile, ove ha consentito il ricorso alle c.d. presunzioni probatorie, proprio in considerazione delle difficoltà della prova concreta dell'atto discriminatorio.

Resta comunque ancora difficile stabilire, almeno ai sensi della scarsa giurisprudenza in materia, quale sia effettivamente l'entità del danno da risarcire per l'illecita discriminazione.

E' opportuno tuttavia sottolineare la portata nel nostro ordinamento di una normativa speciale antidiscriminatoria, anche per le rilevanti implicazioni che essa comporta nei rapporti giuridici, sociali ed economici tra i soggetti privati. In questo senso il riferimento è rivolto al decreto legislativo 286/98, come modificato dalla legge n. 189/2002, per la quale tuttavia si è invece già rivelato necessario prospettare alcune eventuali ipotesi di incostituzionalità.

2 - Atto discriminatorio e autonomia privata. Fonti normative.

La legge 6 marzo 1998 n. 40 (oggi decreto legislativo 25 luglio 1998 n. 286, modificato dalla legge 30 luglio 2002 n. 189) che ha dettato una nuova disciplina dell'immigrazione e nuove norme sulla condizione dello straniero, prevede varie disposizioni in tema di diritti degli stranieri. Il riferimento soggettivo a tali diritti è spesso formulato in maniera astratta e rivolto alle persone in genere, cittadini e non cittadini; e tuttavia il contesto normativo ove tali diritti sono inquadrati suggerisce che il riferimento sia anzitutto rivolto alla condizione dello straniero. In particolare, con espresso riconoscimento di garanzie giurisdizionali si legge in tale contesto una nuova tutela dettata in materia di discriminazioni per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi.

All'art. 41 l. 40/98 (oggi art. 43 dlgs. 286) la discriminazione è definita come ...“ogni comportamento che direttamente o indirettamente comporti una distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica, le convinzioni e le pratiche religiose, e 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 umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e culturale e in ogni altro settore della vita pubblica”.

Le discriminazioni specificamente vietate dalla norma perché compiute da pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio, o esercente un servizio di pubblica necessità, o perché consistenti in determinati comportamenti si riferiscono a comportamenti assunti in ragione della razza, religione o etnia, o nazionalità della persona. Le discriminazioni vietate sono quelle che configurano condizioni svantaggiose nella fornitura di beni o nelle prestazioni di servizi; il rifiuto di accesso all'istruzione, all'alloggio, all'occupazione, e ai servizi sociali; gli impedimenti all'esercizio di attività economiche imprenditoriali e non; e tutti gli atti pregiudizievoli nei confronti di lavoratori autonomi o subordinati.

La norma non è rivolta letteralmente solo agli stranieri, ma riguarda le persone in genere, in quanto le discriminazioni come sopra intese sono vietate anche se compiute in danno di cittadini italiani, come puntualmente prevede il terzo comma dell'art. 43.

Il secondo comma dell'art. 43, nelle quattro formulazioni separate dell'atto illecito di discriminazione, il dettato delle lettere c e b è rivolto esplicitamente allo straniero in regolare soggiorno in Italia. Dottrina e giurisprudenza hanno tuttavia ritenuto che gli stessi comportamenti danno luogo all'applicazione dei rimedi previsti all'art. 44 dlgs. 286/98 in quanto configurano discriminazione vietata anche se riguardano gli stranieri irregolarmente presenti nel Paese, o ivi considerati clandestini. La nostra Costituzione consente infatti di comprendere nel principio di uguaglianza stabilito all'art. 3 anche gli stranieri “clandestini” quando rivolge a “tutti gli uomini” la tutela dei diritti fondamentali della persona.

Lo “sviluppo” della persona umana è infatti un principio di ordine pubblico nel nostro ordinamento, e deve essere pertanto rispettato sia dai soggetti privati che dal legislatore. In altri termini un atto di autonomia privata che lo violi è nullo, ed altresì una norma che si configuri in contrasto con esso è incostituzionale (in questo senso dottrina e giurisprudenza

secondo un indirizzo costante per il quale si rinvia comunque a PERLINGERI, La personalità umana nell'ordinamento giuridico, Napoli, 1972, ove sono esplicitamente espressi tali principi per la prima volta da un civilista in maniera organica con riferimento al dettato costituzionale ed alla giurisprudenza della Cassazione e della Suprema Corte). Non compie tuttavia un atto discriminatorio, ad esempio, l'ente locale che rifiuta l'alloggio di edilizia economica e popolare allo straniero non residente o non in regola con il permesso di soggiorno, e neppure il locatore che rifiuta di stipulare con esso un contratto di locazione, in ragione della obiettiva precarietà che deriverebbe al rapporto di locazione con riferimento alla sua durata ed al suo regolare adempimento. Configura invece con certezza un atto discriminatorio il comportamento del locatore che stabilisce un canone difforme e peggiore per lo straniero (regolare e non).

Ci si è domandati in merito se il legislatore avesse operato una sorta di "razzismo istituzionale", contemplando una "discriminazione lecita" (a tutta una letteratura sociale e politica in materia si aggiunge il rilievo giuridico che al tema assegna, con riferimento a numerosi casi che in merito riportava la cronaca di quei giorni, Bouchard, Discriminazione a Milano: il rifiuto di stipulare contratti di locazione con extracomunitari di colore, in *Questione Giustizia*, III, 2000).

E' opportuna una puntuale riflessione sul principio costituzionale di eguaglianza, sui rapporti dell'ordinamento costituzionale con i cittadini e sui rapporti politici ed economici con l'autonomia privata, pure tutelata dalla nostra Costituzione.

3 - Il principio di eguaglianza.

La nozione di eguaglianza cui occorre far riferimento corrisponde al contenuto di uno dei principi fondamentali di tutte le moderne costituzioni democratiche nel significato di eguaglianza dei cittadini davanti alla legge. Il principio è espresso al primo comma dell'art. 3 della nostra Costituzione, ove infatti si legge che "tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono uguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali". Accanto a tale eguaglianza, che è detta "formale", l'art. 3, al secondo comma sottolinea come obiettivo dell'ordinamento l'eguaglianza "sostanziale" dei cittadini da realizzare attraverso l'eliminazione o almeno l'attenuazione di eventuali "ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese".

Si verifica di frequente il contrasto tra l'eguaglianza formale davanti alla legge e le situazioni di sostanziale disuguaglianza in cui i cittadini di fatto si vengono a trovare, anche nell'ambito del diritto privato.

L'obiettivo dell'eguaglianza sostanziale da perseguire giustifica infatti l'attribuzione di mezzi di tutela ad una sola parte del rapporto giuridico, proprio in ragione della disparità di fatto che in numerosi rapporti si viene a creare tra le parti. E' opportuno ricordare in merito la rilevanza di alcune fattispecie per le quali già compariva la tutela particolare di una sola parte sia nella Costituzione che nel codice civile del 1942.

Si ricorda anzitutto in merito che l'attribuzione del diritto di sciopero, ai sensi dell'art. 40 Cost. appartenente ai soli lavoratori, era fatta rientrare nella logica giuridica del principio sopra indicato di tutela del contraente "debole", essendo il lavoratore in una posizione subordinata rispetto al datore di lavoro, in quanto estraneo all'interesse economico tipico da questi

perseguito (per ogni riferimento in questo senso al diritto del lavoro vedi TREU, Voce atti e trattamenti discriminatori, in Enciclopedia giur. Treccani, Roma, 1988). Nello stesso senso, al di fuori del diritto del lavoro è giuridicamente predisposta la tutela del consumatore o dell'utente, soggetti economicamente più deboli e meno informati del produttore o di chi fornisce il servizio, tutela che nel nostro codice civile, assai prima della moderna normativa comunitaria in materia era prevista come fondamento della disciplina dei "contratti per adesione" agli artt. 1341 e 1342.

Si pensi inoltre nella stessa logica giuridica all'obbligo di contrattare imposto ai soggetti che agiscono in situazioni di monopolio ex artt. 1679 e 2597 del codice civile; od agli interventi pubblici e alle misure amministrative rivolte a limitare l'autonomia dei privati in conformità ai programmi ed ai piani economici anche industriali, ai sensi dell'art. 41 terzo comma della Costituzione, e dell'art. 1339 del codice civile ed ai numerosi altri obblighi o limiti all'attività privata che compaiono sullo sfondo della tutela anche comunitaria sempre più diffusa in difesa del consumatore proprio in quanto contraente più debole.

In generale pertanto di fronte all'autonomia privata l'eguaglianza deve essere intesa come espressione dell'esigenza di una giustificazione giuridica rivolta ad equilibrare ogni differenza tra i soggetti nell'accesso ai beni o ai servizi o nelle opportunità di costruire relazioni umane significative nel profilo economico o per un intrinseco valore esistenziale. Tale giustificazione deve essere valutata con l'insieme dei valori costituzionali previsti nell'ordinamento (si rinvia in termini da ultimo a FEMIA, Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile, Napoli, ESI).

Si configura invece una discriminazione intesa come violazione dell'art. 3 Cost. ove sussiste come elemento necessario e sufficiente un pregiudizio inteso come lesione di qualsiasi interesse specifico, economico e morale della persona.

In tale ambito l'autonomia privata rappresenta un potere che si esprime come potenziale fonte di disuguaglianza, e spetta allora al principio costituzionale di eguaglianza il compito di giustificare la legittimità di tale potere e di valutare le possibilità di vita dignitosa e libera offerte o consentite dall'autonomia privata ai soggetti che in particolare da essa sono i meno favoriti.

L'eguaglianza rivela allora anche nel nostro ordinamento, una funzione ordinante e regolatrice costruttiva quale precetto dell'ordinamento giuridico che si rivolge a tutti i soggetti dotati di potere giuridico o di fatto, e ad essi impone di trattare l'eguale come eguale sia nel definire la posizione giuridica dei destinatari del potere, sia nella distribuzione dei beni o dei servizi (si rinvia in termini a REISER, Il principio di eguaglianza nel diritto privato, ne Il compito del diritto privato, Traduzione italiana Grazia Dei, Milano, 1980).

L'autonomia privata si manifesta, al contrario dell'eguaglianza come potere di relazione, potere di libertà della persona nella costruzione di relazioni umane. Entrambi i profili, vale a dire l'esigenza di giustificazione in ogni disuguaglianza nelle relazioni umane da un lato, e il potere di costruirle lasciandosi guidare anche da motivazioni non economiche senza doverle giustificare dall'altro, sono destinati naturalmente ad entrare in conflitto senza un'adequata misura di composizione. Tale misura non è data una tantum, ma di volta in volta si traduce nell'operatività congiunta dei principi costituzionali, tra i quali è sempre fondamentale il principio di eguaglianza, principi idonei a costruire, a seconda del caso concreto, relazioni di preferenza o di compatibilità.

Non si tratta in pratica di togliere valore all'autonomia privata tutelata dall'art. 41 della nostra Costituzione applicando nel diritto privato un principio demagogico di eguaglianza inteso nel senso più ampio come eguaglianza di tutti in tutto. Se a tale principio dovessero uniformarsi i rapporti tra i privati sarebbero introdotti "limiti assurdi" alla libertà contrattuale, dai quali l'autonomia privata sarebbe "completamente distrutta" (si tratta in tal caso di "egualitarismo", come spiega l'analisi accurata in materia di BOBBIO, Eguaglianza e libertà, Torino, 1995, spec. a pag. 30 e seg.; ancora più puntuale nel profilo che interessa in questa sede è il rinvio a RESCIGNO, Il principio di eguaglianza nel diritto privato, in Persona e comunità, Padova, 1987, pagg. 351 ss., ove si legge, come indicato nel testo, che se si ponesse l'art. 3 della Costituzione a fondamento della parità di trattamento "sarebbe completamente distrutta l'autonomia privata, per i limiti assurdi che si finirebbe per porre alla libertà di contrarre, di testare, di disporre").

Si tratta invece di rafforzare la legittimità dell'autonomia negoziale in quanto potere giustificato proprio dal supremo principio costituzionale di eguaglianza.

All'eguaglianza come principio costitutivo di tutti i diritti fondamentali si affianca infatti la disuguaglianza che caratterizza le situazioni soggettive nel patrimonio di ogni singola persona. Si ritiene opportuno riferire di seguito un esempio in termini che tuttora indica una fattispecie che meglio chiarisce il significato di quanto sin qui affermato in materia di rapporto tra eguaglianza e autonomia negoziale, e si tratta di una pronuncia della Corte Costituzionale tedesca, di Bverfg, 9 febbraio 1994, in NJW, 1994, p. 1147 ss..

Con essa si decide un singolare conflitto tra il proprietario di una casa di abitazione e il conduttore, un cittadino turco che vi abitava con la propria famiglia. Secondo l'interpretazione del diritto comune vigente, il proprietario può opporsi alla installazione di un'antenna parabolica quando l'appartamento disponga di un collegamento per ricevere programmi via cavo.

Nel caso comune in tale modo si ritengono adeguatamente soddisfatti il diritto fondamentale all'informazione e quello di proprietà. Nel caso di specie tuttavia il cittadino turco lamentava l'impossibilità di essere adeguatamente informato sugli eventi del proprio paese d'origine, di mantenere i legami culturali e la propria identità nazionale. Era pertanto necessario installare l'antenna per ricevere via satellite programmi destinati ai turchi. La Corte riconosce il diritto di installare l'antenna perché valuta tale ipotesi come diversa da quella ordinaria: l'equilibrio dei principi fondamentali assegna nel caso maggiore rilevanza all'interesse all'informazione del cittadino turco, non altrimenti protetto. Non si tratta nella specie di una derivazione automatica di un diritto dallo stato civile, come una sorte di eccezione, bensì della soluzione conseguente all'applicazione del medesimo metodo ad una diversa fattispecie: "lo stato di cittadino non conduce necessariamente alla negazione, lo stato di straniero non necessariamente all'affermazione della pretesa all'installazione di un'antenna parabolica. Non si tratta di un privilegio generalizzato di un gruppo di persone in virtù della loro patria, ma della considerazione di tutti i fattori rilevanti per la decisione." Occorre quindi che non vi sia altra possibilità di essere informati. In tutto ciò – afferma la Corte – non vi è violazione, ma affermazione dell'eguaglianza.

In tale decisione della Corte tedesca (che dispone della medesima normativa costituzionale italiana in tema di principi e libertà fondamentali e che pure tutela la proprietà e l'autonomia privata nel BGB in maniera conforme al codice civile italiano) rileva la nazionalità o etnia per valutare la presenza e l'intensità di un "interesse all'informazione". Analogo interesse avrebbe potuto infatti vantare un cittadino tedesco studioso di letteratura turca. Il criterio che incide nella costruzione delle relazioni di preferenza e compatibilità tra principi non è la nazionalità,

ma il criterio dell'intensità della partecipazione personale a quell'interesse come valore privato, stabile e intersoggettivamente comunicabile, elemento di cultura essenziale. In tal modo si riesce infatti a distinguere tra esigenze protette da un diritto fondamentale e aspirazioni a semplici stati diffusi nel mondo, come quello, ad esempio, di vedere il maggior numero di canali possibile, che non è di per sé un interesse protetto da un diritto fondamentale. La Repubblica italiana si pone come compito primario quello di rimuovere gli ostacoli che di fatto impediscono il pieno sviluppo della personalità degli uomini, siano essi cittadini o stranieri, ai sensi dell'art. 3 Cost. Non è tuttavia possibile affermare in generale che tutti gli uomini sono uguali di fronte alla legge, secondo il principio formale di uguaglianza costituzionale fino a quando non si sono eliminati tutti i limiti che di fatto o di diritto impediscono effettivamente tale uguaglianza. Quando tali limiti non sono più giustificabili, nel senso che non tendono a realizzare il principio di eguaglianza, bensì valori di diversa natura allora essi possono o devono essere disattesi sia nel profilo sostanziale che metodologico.

L'eguaglianza è infatti relativa proprio nel senso che privilegi e limiti sono giustificabili per una sua effettiva realizzazione sostanziale; mentre quei limiti e privilegi che non sono rivolti all'attuazione dei principi assoluti come dignità, uguaglianza e parità di trattamento sono privi di giustificazione e di legittimità costituzionale. Anche se si tratta di una costante linea di tendenza e non di una situazione effettiva, in quanto appare ancora impossibile realizzare una società "paritaria" in cui vi sia eguaglianza sotto tutti i punti di vista, è necessario sottolineare che la nostra Costituzione esplicitamente prevede la rimozione di tutti i limiti che impediscono le realizzazioni della personalità.

La pari dignità dell'uomo, oltre che il principio di eguaglianza stabilito dall'ordinamento costituzionale rende infatti inaccettabile una prospettiva relativistica in senso tradizionale, mentre, al contrario, "questa prospettiva si spiega e si giustifica in base alla funzione dell'attuazione del principio assoluto e generalizzato (o generalizzante) costituito dalla pari dignità dell'uomo e dal principio di eguaglianza" (come afferma PERLINGERI, op. cit., a pag. 118, cui si rinvia per l'orientamento dominante in dottrina).

Alla luce della nostra Costituzione non può più infatti essere considerato legittimo o anche solo accettabile un principio di eguaglianza relativa, per definizione compatibile con la situazione concreta cui lo si intende riferire, in quanto situazioni economiche o diverse situazioni di fatto esigono una diseguaglianza degli uomini.

Si tratta di un valore che deve rappresentare la ratio costante dell'attività del giurista e del legislatore, e pertanto le norme derivate dagli artt. 2 e 3 della nostra Costituzione disegnano lo sfondo imprescindibile della legittimità di qualsiasi legge in materia di immigrazione, sia che preveda divieti, sia che limiti l'ingresso nel nostro Paese, o stabilisca il dovere di rientro nel Paese d'origine.

4.- Diritto all'abitazione. Atti discriminatori.

Il diritto all'abitazione ha una rilevanza giuridica fondamentale a prescindere dalla sua concreta realizzazione (e v., in materia, e per una prima costruzione giuridica del diritto alla casa come "diritto inviolabile" costituzionale, N. LIPARI (a cura di) *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*, in Biblioteca Cultura Moderna, Laterza, Roma, Bari, 1974, a pag. 392 ss.).

La giurisprudenza costituzionale ha infatti riconosciuto che l'abitazione costituisce, per la sua importanza fondamentale nella vita della persona, un bene primario che deve essere adeguatamente e concretamente tutelato dalla legge (Corte cost., 28 luglio 1983, n. 252, in

Foro it., 1983, I, pag.2628, con nota di PIOMBO); e che il diritto all'abitazione si colloca tra i diritti inviolabili dell'uomo previsti all'art. 2 Cost., e come tale è considerato dall'art. 25 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, e nell'art.11 del Patto internazionale dei diritti economici, sociali e culturali (Corte cost., 20 dicembre 1989, n.559, in Foro it., 1990, I, 1465).

In senso più specifico l'abitazione appare come uno strumento indispensabile al fine di consentire quella effettiva realizzazione dei diritti dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali dove si svolge la sua personalità come richiesto dall'art. 2 della nostra Costituzione; e spetta pertanto alla Repubblica porre in essere ogni forma di intervento rivolto ad eliminare la discriminazione fra chi potendo usufruire di un'abitazione "propria", è in grado di sviluppare la sua personalità, e chi invece, non trovandosi in tale condizione, è di fatto impedito o limitato nell'esercizio di alcuni diritti fondamentali. È compito della Repubblica rendere allora concreto anche il "diritto all'abitazione", al fine di realizzare quell'eguaglianza sostanziale prevista all'art. 3 della nostra Costituzione.

Con riguardo particolare agli stranieri sussiste inoltre in merito un dovere specifico per lo Stato all'art. 6 lett. a) della Convenzione O.I.L. n. 87 che obbliga a riconoscere agli stranieri regolarmente residenti, anche per l'alloggio, un trattamento non meno favorevole di quello previsto per i cittadini.

L'art. 8, 6° comma, della legge 30 dicembre 1986, n. 943 (recante "Norme in materia di collocamento e di trattamento dei lavoratori extracomunitari immigrati e contro le immigrazioni clandestine"), che ha configurato il primo testo organico in Italia in materia di immigrazione, con riferimento ai nuovi ingressi, prevede che gli enti locali di residenza debbano facilitare la preventiva disponibilità di nuovi alloggi, eventualmente predisponendo apposite consulte. La stessa legge prevedeva inoltre interventi più a lungo termine, specie a livello regionale, con tre tipi di agevolazioni: per la ristrutturazione di immobili da adibire ad alloggi per gli stranieri extracomunitari, agevolazioni per l'acquisto, il recupero, la costruzione o la locazione della prima casa, e per l'accesso agli alloggi di edilizia residenziale pubblica (v., per ogni riferimento sul tema, BONETTI, *La condizione giuridica del cittadino extracomunitario. Lineamenti e guida pratica*, Rimini, 1993).

Tali interventi furono poi contemplati nel successivo dlgs. 286/98, mentre la legge 189/02 li ha molto ridimensionati. È stata infatti anzitutto soppressa la possibilità per le regioni di erogare contributi per la ristrutturazione di alloggi da adibire ad abitazioni per gli stranieri (con l'abrogazione del 5° comma dell'art. 40 l. 943/86).

L'equiparazione tra straniero e cittadino ai fini dell'accesso agli alloggi di edilizia pubblica è stata inoltre limitata al caso di stranieri dotati di permesso almeno biennale che già esercitino un'attività lavorativa; e ne sono pertanto esclusi gli iscritti al collocamento e i titolari di permessi più brevi, come ad esempio i lavoratori a tempo determinato.

Se a tali limitazioni normative si aggiungono i casi di discriminazione in danno di stranieri extracomunitari ad opera di privati e di pubblici poteri in danno di stranieri extracomunitari, si avverte una limitazione illegittima del diritto all'abitazione riconosciuto come diritto fondamentale delle persone e come tale tutelato dall'art. 2 della nostra Cost. con riferimento a tutti gli uomini, cittadini e stranieri, ma come tale ancora certamente non avvertito nella coscienza collettiva.

5.- Assegnazione di alloggi di edilizia residenziale pubblica.

Il principio di non discriminazione stabilito all'art.43 T.U. dlgs. 286/98, in quanto conforme alla Direttiva 2000/43/CE (adottata dal Consiglio dell'Unione Europea, e che realizza il principio della parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica), è stato ritenuto applicabile all'occupazione e alle condizioni di lavoro, alla protezione sociale, alle prestazioni sociali, all'istruzione, e all'accesso a beni e servizi, alla loro fornitura, incluso l'alloggio.

È stato infatti ritenuto gravemente discriminatorio il comportamento dell'ente pubblico che, in un bando per l'assegnazione di alloggi di edilizia residenziale pubblica, svantaggi gli stranieri in quanto preveda un maggior punteggio a favore del richiedente con cittadinanza italiana (si ricorda, in termini, il caso deciso dal Trib. Milano, 20.3.2002, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2002, pag. 126). La fattispecie ha riguardato un ricorso ex art. 44 dlgs. 286/98 presentato dal CESIL - Centro Solidarietà internazionale lavoratori di Milano -, dal SICET - Sindacato inquilini casa e territorio Milano -, e dai signori El Houssein Attia, El Mouden Ahmed, Zerai Ethiopia nei confronti del Comune di Milano, convenuti in giudizio per violazione del principio di non discriminazione, in quanto nel bando per l'assegnazione di alloggi di edilizia residenziale pubblica era contenuta la previsione di maggior punteggio per i cittadini italiani. Il sistema di assegnazione di tali alloggi stabilito dal comune di Milano finisce in effetti per imporre agli stranieri, pur regolarmente in soggiorno in Italia, condizioni più svantaggiose di accesso in ragione della loro appartenenza allo status di cittadini stranieri. Il Tribunale ordina al Comune di Milano la cessazione del comportamento discriminatorio e la rimozione degli effetti; condanna il Comune al risarcimento del danno non patrimoniale subito dai ricorrenti stranieri (mentre esclude le associazioni CESIL e SICET dalla tutela risarcitoria in quanto non hanno subito una diretta lesione in seguito al comportamento contestato) che liquida in € 2500 per ciascuno dei ricorrenti e del danno patrimoniale subito da liquidare in un giudizio successivo. La controversia è stata affidata alla competenza del giudice ordinario e non del giudice amministrativo in quanto i ricorrenti hanno lamentato la violazione di un diritto soggettivo inviolabile della persona (la pari dignità sociale di fronte alla discriminazione), di rilievo costituzionale, e, come tale, incomprimibile davanti alla P.A..

In ragione infatti dell'art. 40 dlgs. 286/98 “gli stranieri titolari di carta di soggiorno e gli stranieri regolarmente soggiornanti in possesso di permesso di soggiorno almeno biennale e che esercitano una regolare attività di lavoro subordinato o di lavoro autonomo hanno diritto di accedere, in condizioni di parità con i cittadini italiani, agli alloggi di edilizia residenziale pubblica e ai servizi di intermediazione delle agenzie sociali”.

6.- La condanna ad un facere imposto alla Pubblica Amministrazione.

La rilevanza della decisione del Tribunale di Milano sopra ricordata si fonda sulla legittimità di una condanna della P.A. ad un facere in controtendenza rispetto ad un orientamento giurisprudenziale contrario e ad un indirizzo ad esso conforme di larga parte della dottrina.

L'esperienza giuridica degli anni '70 già mostrava, specie nella giurisprudenza di merito, motivazioni conformi a quelle del Trib. Milano citato, e tuttavia non ancora consolidate in un vero indirizzo. La tendenza, che appare invece da allora confermata, mostra ora esplicitamente l'intenzione di delimitare le zone di privilegio e la discrezionalità della Pubblica Amministrazione con l'applicazione di normative sempre più estese del diritto comune ai rapporti dei quali la P.A. risulta parte.

Si è infatti ritenuta legittima con significativa inversione di tendenza la condanna della P.A. ad un facere con la motivazione che l'ente pubblico può essere condannato in via esecutiva in tutti i casi in cui pone in essere illegittimamente comportamenti legati alla sfera dei suoi poteri d'imperio.

Si era infatti di fronte ad un indirizzo giurisprudenziale che via via si andava consolidando ove veniva stabilita superiorità della P.A. in rapporti in cui la controparte era un soggetto economicamente debole e come tale, configurava il beneficiario di un pubblico servizio.

Uno degli ambiti in cui con maggiore frequenza veniva affermata la superiorità della P.A. era quello dell'edilizia economica e popolare; e in tale ambito, di fronte alla richiesta dell'assegnatario di rimuovere che rendevano l'alloggio inidoneo all'uso abitativo, nonostante la teorica affermazione relativa alla natura privatistica dei rapporti tra ente pubblico e assegnatario, nella pratica la giurisprudenza sosteneva l'impossibilità di condannare l'ente pubblico alla rimozione dei vizi dell'alloggio lesivi dell'integrità fisica degli assegnatari, poiché i lavori richiesti avrebbero dovuto essere precisati nella loro quantità, qualità, natura e prezzo per poter essere imposti coattivamente all'ente pubblico.

In quanto tale valutazione si rivelava impraticabile per gli assegnatari il solo strumento di tutela che ad essi è sembrato talvolta disponibile era lo scioglimento del contratto per inadempimento mediante la "risoluzione" ed il conseguente obbligo dell'ente a risarcire i danni; tutela di "breve periodo", ai sensi di una Cassazione, 19 febbraio 1972, n. 492, in Giurisprudenza italiana, 1972, I, 1, c. 1424, cui si rinvia per sottolineare il totale oblio sulla natura della erogazione del servizio di alloggio come pubblico servizio, ove si afferma che i vizi della cosa locata non possono essere posti a fondamento della domanda di risoluzione del contratto e di risarcimento dei danni quando si dimostri che essi erano noti al conduttore nel momento della rinnovazione del contratto.

Secondo la Corte il comportamento dell'assegnatario che continua ad utilizzare l'alloggio è la causa esclusiva del danno che egli ha subito ai suoi beni, danno provocato dai vizi della casa assegnatagli; è quindi esclusa la responsabilità per danni dell'ente pubblico; e l'assegnatario continua a vivere in un ambiente inabitabile e non ottiene il risarcimento proprio in quanto assegnatario (così, sul punto, e per ogni riferimento alla dottrina e alla giurisprudenza, PIEPOLI-RESTO e TUCCI, Tendenze giurisprudenziali e tutela degli assegnatari di alloggi economici e popolari, in (a cura di N.LIPARI) Tecniche giuridiche e sviluppo della persona, Bibl. Cult. Mod. Laterza, pag. 423 ss.). La decisione del Tribunale Milano sopra citata, anche se riferisce alla fase dell'assegnazione in cui l'ente pubblico procede unilateralmente all'accertamento dei presupposti necessari, è rilevante in quanto esplicitamente limata la discrezionalità della P.A. nel momento in cui la condanna alla cessazione del comportamento discriminatorio, alla rimozione degli effetti ed al risarcimento dei danni.

Un diverso profilo (comunque nel quadro del divieto degli atti discriminatori in materia di assegnazione di alloggi) è quello colto dal Tar Piemonte, sez. 1, 13.2.2002, n. 323, che respinge il ricorso presentato da alcuni cittadini extracomunitari (tutti stranieri cui era stato concesso asilo politico). Il ricorso era rivolto al bando pubblicato dal Comune di Torino il 29.10.2001 per l'assegnazione in locazione di alloggi di edilizia residenziale pubblica, ed in particolare ne impugnava la parte in cui venivano ammessi a partecipare al concorso gli extracomunitari, a condizione che fossero legalmente soggiornanti in Italia, e svolgessero una regolare attività di lavoro subordinato o autonomo da almeno tre anni dalla data di presentazione della domanda.

La clausola del bando impugnata (per altro applicativa della legge regionale Piemonte 28.3.1995, poi modificata dalla l.r. 3.9.2001, n.22), sembra configurare nella fattispecie un atto discriminatorio ed in riferimento ai principi sin qui sottolineati appare in contrasto con fonti giuridiche di rango superiore, e quindi immediatamente precettive, quali gli artt.3, 10 e 117 della Costituzione, l'art. 21 della Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati, e gli artt. 2 e 40 dlgs. 286/1998. L'art. 40 come sopra ricordato al 6° comma della legge ordinaria in merito, afferma infatti che “gli stranieri titolari di carta di soggiorno e gli stranieri regolarmente soggiornanti che siano iscritti nelle liste di collocamento o che esercitino una regolare attività di lavoro subordinato o di lavoro autonomo hanno diritto di accedere, in condizioni di parità con i cittadini italiani, agli alloggi di edilizia residenziale pubblica”.

La norma è stata modificata dalla l. 189/2002 e, con riferimento ai cittadini stranieri regolarmente soggiornanti, si chiede che siano in possesso di permesso di soggiorno almeno biennale, e non più che siano iscritti nelle liste di collocamento. La modifica non influisce pertanto sull'interpretazione del bando impugnato e della legge regionale di riferimento.

Di fronte quindi: 1°- alla chiara norma del Testo Unico sull'immigrazione e condizione dello straniero; 2°- alla riserva di legge statale sulla condizione giuridica dello straniero che risulta dal combinato disposto degli artt. 10 2° comma, 117 2° comma lettera a) della Costituzione; 3°- al principio di non discriminazione affermato in via generale dall'art. 3 Cost., e, in particolare, per il tema che interessa in questa sede dagli artt. 43 ss. dlgs. 286/98 e appare fondata e credibile la questione di legittimità costituzionale della legge regione Piemonte 28.3.1995, poi modificata dalla l.r. 3.9.2001, n. 22.

L'art. 10, 2° comma della Costituzione configura inoltre un'ipotesi di “riserva di legge rinforzata”, a favore del legislatore statale, e pertanto il legislatore regionale non avrebbe avuto il potere di derogare a quanto previsto dall'art. 40, 6° comma, dlgs. 286/98. La condizione giuridica dello straniero resta infatti ancora materia di legislazione esclusiva dello stato, e non può comunque essere definita (come invece sostenuto dal Tar Piemonte nel caso ricordato) come “...per condizione giuridica dello straniero deve intendersi soltanto la disciplina della capacità giuridica generale, ossia della titolarità ad essere parte di rapporti giuridici nel territorio della Repubblica, mentre le limitazioni all'accesso degli alloggi ERP (...), come quelle previste per gli stranieri, (...) attengono soltanto a condizioni personali analoghe ai limiti di reddito (...)”.

Tale motivazione non può ritenersi corretta in particolare sul punto ove identifica la condizione dello straniero con la capacità giuridica generale nel presupposto – davvero sconcertante- che nel nostro ordinamento possono esistere diverse figure di capacità giuridica generale (in questo caso con discriminare la cittadinanza), graduabili o diversamente specificabili. L'oblio riguarda l'art.1, 1° comma, del codice civile italiano, cui spetta la disciplina in materia, che assegna ad ogni persona la capacità giuridica generale al momento della nascita, e che tale capacità è definita da giurisprudenza e dottrina, di diritto privato e di diritto pubblico, secondo un orientamento uniforme costante nel tempo come l'”attitudine ad essere titolare di diritti e di doveri”, nel senso di una capacità potenziale di tutti i soggetti, a divenire titolari di tutti i diritti e i doveri, e riconosciuto come la prima espressione normativa concreta del principio di uguaglianza.

Esistono poi capacità giuridiche speciali costruite con riferimento ad ambiti di diritti e doveri limitati, come la capacità di succedere mortis causa o la capacità a divenire tutore; ma neppure in tale ambito può essere collocata la “condizione giuridica” dello straniero, in quanto si tratta appunto di una situazione giuridica configurabile soltanto in maniera particolare con

riferimento ad ogni singola vicenda (locazione di alloggi pubblici ove si richiede il permesso di soggiorno –altro...), ma certamente non in quanto privo della cittadinanza italiana.

Può allora soltanto affermarsi che una capacità giuridica speciale dello straniero mostra alcuni caratteri particolari, con riferimento ciascuno alle diverse situazioni in cui esso può venire a trovarsi. Non è invece certamente ammissibile configurare per lo straniero una diversa capacità giuridica generale, fondata sulla diversa cittadinanza e tale da poter limitare l'ambito della titolarità dei diritti e dei doveri che lo straniero acquista, come il cittadino italiano al momento della nascita ai sensi dell'art. 1 del codice civile.

La "condizione giuridica" deve essere intesa pertanto come la situazione giuridica che allo straniero deriva da quanto lo Stato gli chiede e ad esso riconosce; la capacità giuridica dello straniero ha invece portata generale e non ha bisogno di essere definita nel nostro ordinamento in quanto appartiene "naturalmente" ad ogni persona come attitudine alla titolarità di tutti i diritti e di tutti i doveri. Appare quindi contraddittoria l'affermazione secondo cui allo Stato spetta soltanto di specificare la capacità giuridica generale dello straniero, mentre alle Regioni può spettare il compito di definire i requisiti che nel caso di specie configurano la condizione giuridica dello straniero idonea ad esempio all'esercizio del diritto sociale a fruire dell'edilizia residenziale pubblica, anche se poi la definizione di quei requisiti può discriminare come si è visto lo straniero solo in quanto è tale. Appare opportuno domandarsi inoltre come possa una normativa regionale (come quella in questione) essere compatibile con il principio di non discriminazione e con la sua tutela, considerata la sussistenza degli artt. 43 e ss. dlgs 286/98, ed in particolare alla luce dell'impegno dell'Italia di attuare, con la legge comunitaria 2001, la direttiva 2000/43/CE che esplicitamente afferma il principio della parità di trattamento delle persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica (le riflessioni sulla sentenza sono conformi all'opinione prevalente per la quale si rinvia a GILI, Una singolare pronuncia giurisdizionale in materia di diritto all'accesso agli alloggi pubblici da parte degli stranieri, in Diritto Immigrazione e Cittadinanza, 2°, 2000).

7. – Il libero mercato della casa.

Il rifiuto di stipulare contratti di locazione con extracomunitari può configurare un atto discriminatorio vietato dall'art. 43 dlgs. 286/98 (che ripete sostanzialmente l'art. 1 della Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, ratificata in Italia con la legge n. 654 del 1975) anche quando il cittadino extracomunitario si rivolge al libero mercato della casa e quindi alla contrattazione privata.

Una prima applicazione estensiva in tal senso dell'art. 43 supra cit. ha riguardato la condanna di una agenzia immobiliare che aveva ingiustificatamente rifiutato di concludere un contratto di locazione con un cittadino straniero in regolare soggiorno in Italia (si tratta del Tribunale Milano, 30 marzo 2000, con nota di BOUCHARD, Discriminazione a Milano: il rifiuto di stipulare contratti di locazione con extracomunitari di colore, in *Questione giustizia*, 3°, 2000). Quest'ultimo ha ottenuto la cessazione della discriminazione ed il risarcimento del danno in base all'applicazione del 2° comma lett. b) dell'art. 43 che vieta ogni atto discriminatorio compiuto da "...chiunque si rifiuti di fornire beni e servizi offerti al pubblico", e quindi facendo rientrare la locazione degli immobili nella categoria generale dei beni e servizi offerti al pubblico.

Tale norma inoltre non richiede come requisito necessario per la tutela antidiscriminatoria la condizione del regolare soggiorno dello straniero extracomunitario, ed è pertanto illegittimo in ogni caso il rifiuto di locazione della casa in danno dello straniero (regolare o non) nel libero mercato.

Suscita tuttavia numerose perplessità interpretative, e costringe a sottolineare, anche nel profilo costituzionale, il contrasto della dizione contenuta nella lettera b) da ultimo citata con la lettera c) della stessa norma ove invece si legge che l'atto discriminatorio lo compie "chiunque illegittimamente si rifiuti di fornire accesso all'alloggio allo straniero <<regolarmente soggiornante>> in Italia in ragione della sua condizione di straniero o di appartenente ad una determinata razza, religione, etnia o nazionalità".

Non può essere invece considerato illegittimo il requisito della regolare permanenza dello straniero sul nostro territorio nell'ambito delle politiche pubbliche di accesso alla casa cui sopra si è fatto riferimento riguardo al bando di edilizia residenziale pubblica.

8. – I lavoratori immigrati. Fenomenologia di una discriminazione. Fonti giuridiche nazionali ed internazionali.

Nel contesto dell'approccio economico ai fenomeni migratori si sente spesso affermare, un po' in tutti i Paesi dell'Unione Europea, con espressioni sovente imbarazzanti, che la funzione economica dell'immigrazione consiste anzitutto nell'occupare i mercati del lavoro contrassegnati dai tre DJOBS: Dirty, Difficult and Dangerous (per il primo lavoro puntuale e informato in materia si rinvia all'indagine di N. HARRIS, *The new Untouchables. Immigration and The New Word Workers*, tauris, London-New York, 1995; e P. BATAILLE, *Le racisme dans le monde du travail*, in *Esprit*, 1997, n. 232, spec. alle pp. 108 ss.; e in particolare con riferimento alla normativa comparata per l'Italia, E. REYNERI, *Le politiche per l'inserimento degli immigrati*, DLRI, 1992, p. 243). L'espressione corrisponde purtroppo ad una realtà che configura una sorta di ghettizzazione su basi etniche delle mansioni meno qualificate e tutelate, e pertanto ad una discriminazione quasi strutturale, tanto che per i lavoratori soggetti deboli dedicati a tali mansioni sovente i più elementari diritti sul lavoro non trovano attuazione.

La rilevanza giuridica del fenomeno è fondata su discipline diverse, e non solo di natura speciale giuslavoristica, ma anche ordinaria e costituzionale, nazionale ed internazionale. Si tratta della tutela giuridica dei lavoratori immigrati, realizzata attraverso disposizioni che esplicitamente considerano l'origine nazionale, la razza, la lingua, la religione e il colore alla stregua di fattori di discriminazione vietati dall'ordinamento.

Le prime fonti in materia di discriminazione nel diritto del lavoro sono di natura internazionale. Si tratta della Convenzione n. 97 del 1949, resa esecutiva in Italia dalla legge n. 1035 del 1952, della Convenzione dell'OIL (Organizzazione Internazionale del Lavoro) n. 143 del 1975, resa esecutiva in Italia con la legge n. 654 del 1975, e della Direttiva/43/CE del giugno 2000.

Per il diritto interno si ricordano infine i più volte citati dlgs. 286/98, gli artt. 2 e 3 della nostra Costituzione, l'art. 15 dello Statuto dei lavoratori che, novellato dalla legge n. 903 del 1977, dichiara nulli i "patti o atti diretti a fini di discriminazione politica, religiosa, razziale, di lingua o di sesso"; e l'art. 3 della legge n. 108 del 1990 in materia di licenziamento discriminatorio.

In particolare si segnala l'art. 3 al terzo comma dlgs. 286/98 ove si legge che "la Repubblica italiana in attuazione della Convenzione dell'OIL n. 143 del 24 giugno 1975, ratificata in Italia con legge 10 aprile 1981, n. 158, garantisce a tutti i lavoratori stranieri regolarmente soggiornanti nel suo territorio e alle loro famiglie parità di trattamento e piena uguaglianza di diritti rispetto ai lavoratori italiani". La norma garantisce pertanto esplicitamente piena parità di trattamento ai lavoratori extracomunitari autorizzati al lavoro subordinato stabile in Italia

ove fruiscono di idoneo permesso di soggiorno (in questo senso vedi Corte Cost., 30 dicembre 1998, n. 454, in Riv. dir. internaz. privato e processuale, 1999, n. 55).

Anche a prescindere dalla natura inderogabile e dal principio di territorialità che generalmente caratterizza le norme in materia di lavoro e di assicurazione obbligatoria, la giurisprudenza della Cassazione (cfr. Cass., sez. lav., 11 luglio 2001, n. 9407, in Diritto immigrazione e cittadinanza, n. 3, 2001, ove si rigetta il ricorso di un datore di lavoro e si dichiara l'illegittimità di un licenziamento senza preavviso motivato da intervenuta scadenza del permesso di soggiorno per lavoro) ritiene applicabile ai rapporti di lavoro instaurati con lavoratori extracomunitari, tra le altre, le norme di disciplina del contratto a tempo determinato, e dei relativi requisiti formali e sostanziali, senza alcuna diretta influenza sullo stesso dei termini di scadenza del permesso di soggiorno, in quanto – come ripetutamente motiva la giurisprudenza lavoristica – occorre considerare la particolare tutela costituzionale prevista per il principio della parità di trattamento e della piena uguaglianza dei diritti di cui godono i cittadini extracomunitari rispetto ai lavoratori nazionali. La Cassazione afferma inoltre esplicitamente la infondatezza della pretesa “automaticità”.

9. – L'impossibilità sopravvenuta della prestazione lavorativa dello straniero.

In ragione della temporaneità del permesso di soggiorno concesso ai lavoratori stranieri, il rapporto di lavoro con cittadini extracomunitari potrebbe, in via di principio, soffrire di precarietà insostenibile, ove non si tenesse conto di un futuro possibile rinnovo del permesso di soggiorno (il problema è stato affrontato dalla Cass. 2 novembre 2001, n. 9407, cit., ma per quanto ancora qui interessa si ricorda il procedimento che ha dato luogo al ricorso. Si trattava del licenziamento in tronco di una cameriera da parte della S.r.l. T. La società si era costituita nel giudizio di impugnazione del licenziamento deducendo che il rapporto di lavoro si era concluso in considerazione della scadenza del visto d'ingresso della lavoratrice straniera, e successivamente era iniziato un nuovo rapporto di lavoro, dopo la sottoscrizione da parte della dipendente di una quietanza relativa al periodo pregresso. Il licenziamento fu riconosciuto illegittimo dal pretore e la sentenza fu confermata in appello dal tribunale, con l'esplicita motivazione che il contratto di lavoro non poteva essere considerato a termine in difetto di una specifica pattuizione in tal senso).

L'ipotesi implica in particolare la valutazione se un contratto di lavoro concluso con un cittadino extracomunitario possa subire una risoluzione per impossibilità sopravvenuta della prestazione nel caso in cui si verifichi la scadenza del permesso di soggiorno o di qualsiasi altro titolo idoneo a legittimare la permanenza del lavoratore nel territorio italiano.

Una soluzione positiva al quesito comporta anzitutto il rilievo che, per i lavoratori stranieri soggetti alla disciplina sui permessi di soggiorno e di lavoro (con riferimento alle novità introdotte alla disciplina del dlgs. 286/98 dalla legge 189/2002 si rinvia, per una interpretazione organica in materia alla disciplina generale sul lavoro subordinato a tempo determinato e indeterminato, ed alla disciplina speciale sulle nuove procedure d'ingresso per lavoro, (tra cui l'introduzione del contratto di soggiorno per lavoro) ai sensi degli artt. 22 e ss. del dlgs. sopra citato) in Italia non trovano applicazione le regole della legge 18 aprile 1962, n. 230 su i requisiti formali e sostanziali per una valida apposizione del termine ai contratti di lavoro, e che il contratto di lavoro deve necessariamente ritenersi limitato nel tempo a causa della rilevanza, nella conclusione del contratto, dell'intervento della pubblica autorità relativo alla predeterminata scadenza dei permessi di lavoro e di soggiorno o del visto d'ingresso.

Dovrebbe pertanto ritenersi formalmente che, alla scadenza di tali permessi, il rapporto si risolva per impossibilità sopravvenuta della prestazione ai sensi degli artt. 1256 e 1463 del c.c..

Tale soluzione non può tuttavia essere accolta né condivisa nel nostro ordinamento. Il primo e principale ostacolo a tale soluzione è infatti rappresentato da quell'art. 1 della prima legge organica in materia di immigrazione già citata nella premessa di tali riflessioni. Si tratta della legge 30 dicembre 1986, n. 943, che all'art. 1 garantisce esplicitamente ai lavoratori extracomunitari legalmente residenti in Italia parità di trattamento e piena uguaglianza di diritti rispetto ai lavoratori italiani, in attuazione della Convenzione OIL n. 143/1975.

Un ulteriore motivo di contrasto con la soluzione meramente "formale" sopra indicata può essere inoltre fondato sulla normativa attualmente vigente in materia, ove è previsto, nonostante la normale temporaneità dei permessi di soggiorno, peraltro rinnovabili, il rilascio di autorizzazioni al lavoro indifferentemente per la stipulazione di contratti di lavoro a tempo determinato o indeterminato. Tale normativa non presuppone pertanto un'applicazione generalizzata della disciplina del contratto a termine.

Nonostante tali considerazioni, occorre tuttavia sottolineare il divieto, penalmente sanzionato ai sensi dell'art. 22 comma 12 di dlgs. 286/98 a carico del datore di lavoro di avere alle proprie dipendenze cittadini extracomunitari non in regola con il permesso di soggiorno. Considerato tale divieto non può pertanto ritenersi inammissibile la valutazione di una impossibilità sopravvenuta della prestazione in seguito alla scadenza del permesso.

La giurisprudenza in materia riconosce infatti che nel rapporto di lavoro subordinato, l'impossibilità sopravvenuta della prestazione (totale e definitiva, o parziale e temporanea) non produce effetti automaticamente, mentre può costituire un giustificato motivo oggettivo di licenziamento con adeguato preavviso, ai sensi dell'art. 3 della legge 15 luglio 1966, n. 604 (il riferimento va alle "esigenze oggettive" dell'impresa, da valutare con un giudizio ex ante in relazione alle dimensioni della stessa, al tipo di organizzazione tecnico-produttiva realizzata, alle caratteristiche ed alla rilevanza del lavoratore, alla possibilità di sostituirlo temporaneamente con altro lavoratore, e ad ogni altra circostanza utile al fine di valutare la misura della tollerabilità dell'assenza. Sul punto vedi Cass., 13 marzo 1999, n. 2267, in Not. Giur. lav., 1999, p. 343, ove esplicitamente si afferma la giustificazione dell'immediato recesso "qualora un qualsiasi ritardo nella sostituzione del personale, le cui prestazioni siano divenute oggettivamente impossibili, finisca per tradursi in un fermo dell'attività produttiva, o per cagionare pregiudizi gravi e definitivi all'impresa").

Il principio può altresì essere applicato nel caso di sopravvenuta scadenza o revoca del permesso di lavoro o di soggiorno in quanto la prestazione di lavoro, e quindi l'esecuzione del contratto può essere ripristinata a seguito del rinnovo del permesso o della sospensione della revoca.

Il carattere personale del rapporto di lavoro, come ogni esigenza di certezza relativa alla permanenza della prestazione, ed ogni altro caso di impossibilità della stessa, richiedono comunque un negozio risolutivo per lo scioglimento del rapporto, mentre non ammettono la risoluzione automatica dello stesso.

Si può quindi affermare che il venir meno dell'efficacia o della validità del permesso di lavoro o di soggiorno non determina la risoluzione del rapporto, ma la sua sospensione totale, con riguardo ad ogni effetto economico e giuridico, ivi inclusa l'esclusione della maturazione delle quote di mensilità differite, del trattamento di fine rapporto, dell'anzianità, degli obblighi di contribuzione, ecc..

Se poi si osserva che il contratto di lavoro de quo è sottoposto alla sola condizione del rilascio del permesso di soggiorno, si conferma che il permesso di lavoro è richiesto ai soli fini della

validità del contratto e non della sua efficacia. Se inoltre il contratto riceve esecuzione anche durante il periodo di carenza del permesso si applica in via estensiva l'art. 2126 del c.c. (ove si legge che ... "la nullità o l'annullamento del contratto di lavoro non produce effetto ... per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione..., salvo che la nullità derivi dall'illiceità dell'oggetto o della causa. Se il lavoro è stato prestato con violazione di norme a tutela del prestatore di lavoro, questi ha in ogni caso diritto alla retribuzione").

In virtù della prevalenza del principio della parità di trattamento e della piena uguaglianza dei diritti con i lavoratori italiani si applicano alla fattispecie della scadenza del permesso di soggiorno gli stessi principi e criteri che in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione la giurisprudenza applica con riferimento ai fatti oggettivi collegati alla persona del lavoratore che determinano la sopravvenuta impossibilità parziale o temporanea della prestazione lavorativa, e che giustificano la risoluzione del rapporto, e comunque con congruo preavviso e nella sola ipotesi in cui il datore di lavoro non abbia più un interesse apprezzabile alle future prestazioni in quanto esse risultino astrattamente ed in generale possibili.

Si può affermare pertanto in conclusione che il datore di lavoro, se scade il permesso di soggiorno di un suo dipendente extracomunitario può applicare: il licenziamento con preavviso per giustificato motivo oggettivo ai sensi dell'art. 3 legge n. 604/1966 previsto per ragioni inerenti l'attività produttiva, l'organizzazione del lavoro, e il regolare funzionamento della stessa come, ad esempio, la soppressione di un reparto o di una lavorazione; oppure una sospensione totale del rapporto di lavoro e di ogni obbligazione ad esso connessa, e confidando in un possibile ripristino dei presupposti necessari a legittimarne la prosecuzione, vale a dire di un rinnovato idoneo permesso di soggiorno; o infine l'esecuzione di fatto del rapporto con la conseguente applicabilità dell'art. 2126 c.c., soluzione quest'ultima cui non sembra di ostacolo la caratterizzazione penalmente illecita dell'occupazione del lavoratore, in quanto la carenza di un mero requisito legittimante non pare assimilabile alla illiceità della causa o dell'oggetto del rapporto.

10. – Assunzione di lavoratore privo di permesso di soggiorno e successiva regolarizzazione.

La giurisprudenza di merito ha esaminato il caso emblematico di un lavoratore che aveva iniziato a lavorare privo del permesso di soggiorno, ma poco dopo aveva chiesto la regolarizzazione ed ottenuto un permesso di soggiorno per lavoro autonomo (v. Trib. Parma, 28.09.2000, in Riv. critica dir.lav., 2000, p. 222 e ss., con nota di NERI, La resurrezione del libero licenziamento per il lavoratore extracomunitario non regolarmente soggiornante). Nelle more era stato licenziato. Il giudice ha ritenuto applicabile la disciplina dell'art. 2126 del c.c., senza tuttavia riconoscere il diritto del lavoratore ad una stabile assunzione per il periodo successivo alla cessazione della prestazione. Ha rigettato la domanda di declaratoria d'illegittimità del licenziamento e quindi la conseguente domanda di reintegrazione nel posto di lavoro.

Nel profilo della vicenda si coglie la dichiarata insufficienza probatoria del rilascio immediato di un foglio di prenotazione anteriore alla formale istanza di regolarizzazione, e del cedolino comprovante la richiesta di rilascio del permesso (nonostante il carattere di una specie di permesso di soggiorno temporaneo ormai assunto da tale documento). Nessuna efficacia probatoria è stata nella prassi riconosciuta ad un permesso appartenente alla diversa tipologia del lavoro autonomo conseguito nel corso del rapporto di lavoro. Nel merito si è inoltre trascurata la stessa lettera dell'art. 6, 1° co dlgs. 286/98 ove si legge che "il permesso di soggiorno rilasciato per motivi di lavoro subordinato o di lavoro autonomo può essere utilizzato anche per le altre attività consentite.", ed in particolare che ... " il permesso di lavoro autonomo consente l'esercizio di lavoro subordinato per il periodo di validità dello stesso,

previa iscrizione nelle liste di collocamento e, se il rapporto di lavoro è in corso, previa comunicazione del datore di lavoro alla Direzione provinciale del lavoro".

Ove si applichi la regola della legittima prorogabilità, o della conservazione del rapporto sino all'esito del procedimento amministrativo o giudiziario relativo al "titolo" che autorizza il soggiorno, regola già diffusa in larga parte del nostro territorio nazionale, il licenziamento appare quanto meno discutibile, in particolare se interviene dopo l'acquisto, in costanza di rapporto, di un permesso di soggiorno comunque idoneo allo svolgimento dell'attività lavorativa.

11.- La tutela previdenziale.

L'art. 3, 13° comma della legge 8.9.1995, n. 335, aveva aggiunto alla conservazione dei diritti previdenziali e di sicurezza sociale maturati (già prevista dall'art. 8, 5° comma della legge 943/1986) la facoltà - in capo ai lavoratori extracomunitari che avessero cessato l'attività lavorativa in Italia e lasciato il territorio nazionale - di "richiedere (nei casi in cui la materia non fosse stata regolata da convenzioni internazionali) la liquidazione dei contributi versati in loro favore presso forme di previdenza obbligatoria, maggiorati del 5% annuo".

Tale disposizione non ha avuto vita facile! Essa fu infatti abrogata dall'art. 47, 1° comma, lettera c) del T.U., e fu quindi sostanzialmente riprodotta dall'art. 22, 11° comma dello stesso T.U. ove letteralmente si leggeva "salvo quanto previsto per i lavoratori stagionali, dall'art. 25, 5° comma, in caso di rimpatrio il lavoratore extracomunitario conserva i diritti previdenziali e di sicurezza sociale maturati e può goderne indipendentemente dalla vigenza di un accordo di reciprocità.

I lavoratori extracomunitari che abbiano cessato l'attività lavorativa in Italia e lascino il territorio nazionale hanno facoltà di richiedere, nei casi in cui la materia non sia regolata da convenzioni internazionali, la liquidazione dei contributi che risultino versati in loro favore presso forme di previdenza obbligatoria maggiorati del 5% annuo".

Con la legge 189/2002, all'art. 22, 13° comma, la norma sopra riferita è stata modificata con l'inciso: "in caso di rimpatrio il lavoratore extracomunitario non stagionale conserva i diritti previdenziali e di sicurezza sociale maturati e può goderne indipendentemente dalla vigenza di un accordo di reciprocità al verificarsi della maturazione dei requisiti previsti dalla normativa vigente, al compimento del sessantacinquesimo anno di età, anche in deroga al requisito contributivo minimo previsto dall'art. 1, 20° comma, legge 8. agosto. 1995, n. 335", requisito indicato in cinque anni di contribuzione effettiva, ossia essenzialmente al raggiungimento del sessantacinquesimo anno di età, e tenuto conto inoltre che il suddetto requisito anagrafico già consente di prescindere dall'importo minimo di pensione non inferiore a 1, 2 volte quello dell'"assegno sociale".

L'art. 1, 20° comma, l. 335/1995 recita infatti che "il diritto alla pensione di cui al comma 19, previa risoluzione del rapporto di lavoro, si consegue al compimento del cinquantasettesimo anno di età, a condizione che risultino versati ed accreditati in favore dell'assicurato almeno cinque anni di contribuzione effettiva e che l'importo della pensione risulti essere non inferiore a 1, 2 volte l'importo dell'assegno sociale di cui all'art. 3, 6° e 7° comma". Si prescinde dal predetto requisito anagrafico "al raggiungimento dell'anzianità contributiva non inferiore a quarant'anni, determinata ai sensi del comma 7, secondo periodo, nonché dal predetto importo dal settantacinquesimo anno di età".

Con la legge successiva è stata quindi esclusa la possibilità, per il lavoratore straniero, di

recuperare i contributi versati al momento del rientro in patria, ed è stato subordinato l'esercizio dei diritti previdenziali al compimento dei sessantacinque anni di età e probabilmente comprimendo, in tal modo la relativa tutela, in quanto è mediamente improbabile la maturazione di un requisito anagrafico così elevato a fronte di un lavoro che tuttora si rivela assai precario (in questo senso v. LUDOVICO, *La disciplina del lavoro immigrato extracomunitario dopo le modifiche dalla l. 189/2002*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2002, p. 1027, cui si rinvia).

Problemi e soluzioni tutti come quelli sopraindicati che rendono comunque sempre più lontana dalla disciplina speciale in materia quella consonanza auspicata dall'art. 10, 2° comma della nostra Costituzione, ove si legge che la condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali, ed in particolare con riferimento al principio della parità di trattamento in materia di sicurezza sociale stabilito nell'art. 10 della Convenzione dell'O.I.L. n. 143, 24.6.1975 (ratificata in Italia con la l. 10.4.1981, n. 158).

12. - Il credito e i cittadini extracomunitari. Modalità di accesso.

La prima indagine organica in materia di accesso al credito per i cittadini extracomunitari è stata realizzata in Italia e in altri quattro Paesi dell'U.E. (Belgio, Finlandia, Inghilterra e Spagna), nel tentativo di analizzare i rapporti esistenti tra popolazioni immigrate e sistema bancario nei singoli Paesi. I primi risultati completi di tale indagine sono emersi nel Rapporto finale Italia ("2000 Migranti e Banche - facilitare l'accesso dei migranti ai servizi bancari", Roma, settembre 2000, a cura dell'Associazione Lunaria). Oggi esiste in quasi tutte le banche di una certa rilevanza un vero e proprio "sportello" dedicato ai migranti per l'accesso al credito, che informa sulle modalità per ogni tipo di accesso e ne realizza il contenuto con ogni eventuale garanzia necessaria. In Italia uno degli obiettivi principali delle prime indagini fu quello di verificare l'esistenza o meno di barriere all'accesso ai servizi bancari per gli immigrati, oppure di condizioni più svantaggiose per essi rispetto ai cittadini italiani.

La giurisprudenza in merito era, e rimane, assai scarsa, e pertanto fu tenuta in rilevante considerazione quella prima ricerca diffusa su tutto il territorio nazionale, con i suoi primi importanti e convincenti risultati pratici. Da essi emergeva che gli istituti bancari consideravano la popolazione immigrata un segmento di clientela poco interessante anzitutto per motivi economici legati alla precarietà spesso intrinseca a situazioni di lavoro instabili, e quindi per frequenti motivazioni di tipo culturale ritenute sovente idonee a richiedere condizioni di accesso al credito per i cittadini immigrati tali da configurare vere e proprie discriminazioni rispetto ai cittadini italiani.

Il contesto legislativo in materia esclude comunque qualsiasi impedimento normativo all'accesso degli immigrati ai servizi bancari (e v. in materia la dettagliata e puntuale relazione di ZINCONE, (a cura di), *Secondo rapporto sull'immigrazione degli immigrati in Italia*, 2001, Il Mulino, Bologna, alle pp. 425 ss). I rapporti tra banche e clienti, immigrati inclusi, sono stati regolati in Italia, per la prima volta in maniera organica, dalle norme sulla "trasparenza bancaria" contenute nel T.U. in materia bancaria e creditizia del 1994 (il T.U.B.), ove si leggono disposizioni norme specificamente rivolte alla tutela della clientela. Fra le regole più rilevanti in tema di tutela e trasparenza tuttora efficaci in Italia si ricordano quella dell'obbligo di esporre nei locali aperti al pubblico le informazioni sui tassi di interesse, le spese per le comunicazioni alla clientela e ogni altra condizione economica relativa alle operazioni e ai servizi forniti, compresi gli interessi di mora, e, per le monete quelle che ancora sono diverse dall'euro, le valute necessarie per il calcolo degli interessi.

Il T.U.B. impone inoltre a tutela del cliente la forma scritta dei contratti bancari che realizzano l'accesso al credito, a pena della nullità del contratto; e l'obbligo di consegnare al cliente una

copia del contratto e di comunicare ad esso in congruo termine ogni variazione delle condizioni contrattuali, a pena di nullità delle stesse variazioni.

Dalla indicata ricerca Lunaria 2000 è risultato che solo una banca tra quelle interpellate aveva predisposto un modello di contratto fra i più richiesti anche in lingua inglese, e pochissime altre fornivano ai clienti soltanto alcune informazioni in lingue straniere.

Per aprire un libretto di risparmio, operazione tra l'altro ritenuta senza alcun rischio per la banca, viene richiesto al cliente italiano il solo documento d'identità, mentre da parte di alcune banche al cliente immigrato è richiesta anche la "busta-paga", il certificato di residenza o il codice fiscale e il permesso di soggiorno.

Per l'apertura di un conto corrente bancario ad un immigrato, oltre ai documenti supplementari sopra indicati, ne sono spesso richiesti degli altri, come la garanzia di un altro cliente immigrato noto alla banca, la dichiarazione del reddito del garante ed un versamento iniziale. La carta di credito non risulta concessa da alcune banche, mentre altre chiedono una fideiussione, altre un garante o una certa anzianità nel rapporto di lavoro e il versamento automatico dello stipendio sul conto corrente.

La preoccupazione maggiore delle banche è ragionevolmente ed in ogni caso quella della solvibilità del cliente. Tale comprensibile esigenza tuttavia non comporta una formale esclusione dall'accesso ai servizi bancari, e conduce invece ad una sostanziale disparità di trattamento realizzata attraverso l'adozione di criteri o regolamenti con l'effetto di limitare la fruizione di numerosi servizi da parte dell'utenza immigrata a causa delle condizioni meno favorevoli imposte per essa.

Occorre comunque sottolineare che alcune banche, com'è risultato sin dalla prima indagine del 2000 già offrivano - come ora è prassi diffusa - pacchetti di servizi agevolati ai clienti immigrati, come ad esempio l'apertura di un libretto di risparmio, di un conto corrente con bassa spesa fissa annua, o di concessione di finanziamenti a sostegno dell'attività commerciale, o anche conti correnti agevolati per associazioni che rappresentano o svolgono servizi a favore degli immigrati.

13.- Modalità di accesso al credito. Trattamento differenziato. Un caso di specie.

Merita una breve riflessione la diversa documentazione richiesta allo straniero extracomunitario e la sua eventuale configurazione come comportamento discriminatorio per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi che il nostro legislatore, come si è già rilevato, considera tutelabile con l'azione civile ai sensi dell'art. 44 dlgs. 286/98, o se invece non rientri piuttosto nella discrezionalità e libertà d'imporre le condizioni contrattuali proprie di un esercizio commerciale o di una società bancaria nel rispetto del principio generale dell'autonomia negoziale in tali ambiti operativi.

In un caso particolare ci si è domandati se potesse costituire discriminazione il rifiuto di concedere una formula di pagamento posticipato a rate mensili ad uno straniero che si asteneva dal fornire una documentazione aggiuntiva rispetto a quella richiesta ai cittadini italiani (si è trattato dell'ordinanza 4.7.2002 e del decreto 23.9.2002 del Tribunale di Trento, in Diritto immigrazione cittadinanza, n. 4, 2002, alle pp. 133 ss).

Nella fattispecie che nel merito interessa in questa sede un cittadino straniero extracomunitario N.S. proponeva azione civile contro la discriminazione nei confronti dell'Elettrocasa S.r.l. di Trento facente parte di un gruppo di acquisto di rilevanza nazionale denominato Trony

convenzionato con la società Banca Findomestic S.p.a., che si era rifiutata di vendergli un computer con la formula propagandata della "carta aura trony gold visa", una sorta di carta di credito che ne consentiva il pagamento posticipato a rate mensili in ragione del fatto che era un cittadino straniero.

La Findomestic richiedeva per i cittadini non appartenenti all'U.E. documento d'identità italiano, ultima busta paga dalla quale risultasse che il rapporto di lavoro fosse in corso da almeno un anno presso lo stesso datore di lavoro, permesso di soggiorno con scadenza successiva all'ultima rata della richiesta di finanziamento, una bolletta Enel, e Telecom, o gas.

Lo straniero si era rifiutato di esibire la documentazione completa necessaria ed allora gli era stata proposta una diversa e meno vantaggiosa forma di pagamento. Il Tribunale, cui N.S. si era rivolto con l'azione civile ex art. 44 dlgs 286/98, riteneva il comportamento della E s.r.l. discriminatorio nei confronti di N.S., ne ordinava la cessazione con l'ordine (ordinanza 4.7.2002) per la società - qualora fosse ancora operante il sistema di pagamento "carta aura trony gold visa" - di eliminare, per i cittadini extracomunitari, ogni documentazione diversa da quella richiesta per i cittadini italiani o stranieri appartenenti all'U.E..

Nel primo grado l'ordinanza è stata poi revocata nel merito e il Tribunale ha ordinato ad E s.r.l. di dare adeguata informazione ai cittadini extracomunitari in ordine alle modalità ed ai documenti richiesti per accedere ai finanziamenti concessi da F s.p.a. tramite il rilascio della "carta aura trony gold visa".

L'art. 43 del citato dlgs afferma, come già esposto in principio, che compie in ogni caso atto di discriminazione "chiunque imponga condizioni più svantaggiose o si rifiuti di fornire beni e servizi offerti al pubblico ad uno straniero soltanto a causa della sua condizione di straniero". Non si può pertanto subordinare per lo straniero la modalità vantaggiosa di pagamento al ricorrere di presupposti diversi ed ulteriori che comunque peggiorano le condizioni d'acquisto. Non si giustifica infatti, ad esempio, che, mentre dal cittadino italiano, come nel caso di specie, si pretende l'ultima busta paga, per lo straniero la busta paga deve essere collegata alla prova ulteriore del fatto che egli lavori da almeno un anno presso lo stesso datore di lavoro; come pure deve ritenersi discriminatoria la pretesa rivolta soltanto allo straniero che l'ultima rata della richiesta di finanziamento scada prima della scadenza del permesso di soggiorno.

Lo scopo della disciplina antidiscriminatoria è proprio quello di rimuovere comportamenti che vadano a trattare diversamente situazioni simili. Secondo il disposto del 1° comma dell'art. 44 dlgs 286/98, il giudice può infatti "ordinare la cessazione del comportamento pregiudizievole ed adottare ogni altro provvedimento idoneo, secondo le circostanze, a rimuovere gli effetti della discriminazione". La dizione ricalca quella adoperata dal legislatore all'art. 28 dello Statuto dei lavoratori (la l. n. 300/1970) ove è consentito al giudice che abbia ravvisata una condotta antisindacale di ordinare al datore di lavoro la "cessazione del comportamento illegittimo, e la rimozione degli effetti".

In entrambi i casi l'azione prevista dal dettato normativo consente al giudice il provvedimento inibitorio come provvedimento d'urgenza ai sensi dell'art. 700 c.p.c.. La giurisprudenza di merito prevalente ritiene inoltre che esplicitamente con riferimento al rapporto di lavoro non sia necessaria l'attualità della condotta antisindacale con i suoi effetti per l'ammissibilità del procedimento ex art. 28, e che pertanto l'inibitoria sia ammissibile a prescindere dall'irreparabilità del pregiudizio subito, ossia del periculum in mora per l'esperibilità del procedimento, secondo la medesima ratio insita nell'art. 44 supra cit., applicabile quindi alla fattispecie in esame ove il giudice ordina la rimozione del comportamento discriminatorio anche se questo, alla luce di una valutazione complessiva delle circostanze di fatto, sia

concretamente suscettibile di ripetizione in futuro, e quindi non ancora esaurito, purchè sempre attuale (Pret. Roma, 26.4.83, in Foro it., 1983, I, p. 240).

14.- Il diritto all'immagine e all'identità personale. Atti discriminatori e tutela civile.

Si può altresì configurare una discriminazione vietata con riferimento alle lesioni dei "diritti inviolabili dell'uomo" previsti dall'art. 2 della nostra Costituzione. La tutela civile e costituzionale si rivolge al cittadino extracomunitario nei confronti del quale opera sul fondamento giuridico del principio di uguaglianza, in quanto ogni lesione dei diritti inviolabili configura per il cittadino extracomunitario anche un atto discriminatorio vietato ai sensi delle norme sopra indicate del dlgs 286/98.

Il diritto all'immagine e il diritto all'identità personale oggi configurabili nel quadro più ampio del diritto alla riservatezza ed alla tutela dei dati personali hanno subito negli anni recenti le lesioni più numerose e più note (per ogni utile riferimento bibliografico si rinvia in materia a SCALISI, Il diritto alla riservatezza. Il diritto all'immagine. Il diritto al segreto, la tutela dei dati personali. Il diritto alle vicende della vita privata, gli strumenti di tutela, ne Il diritto privato oggi (a cura di Cendon), Milano, 2002).

La divulgazione dell'immagine senza autorizzazione, e il diritto a non vedersi attribuiti comportamenti o dichiarazioni non veritiere, o comunque tali da alterare la propria identità personale ricevono tutela civile e costituzionale ai sensi dell'art. 10 del codice civile e dell'art. 2 Cost al pari di ogni altro "diritto della personalità" con riferimento ai cittadini italiani, stranieri dell'U.E. ed extracomunitari. È stato infatti ritenuto lesivo, non solo del diritto a non essere discriminati, ma esplicitamente anche del diritto all'immagine ed all'identità personale il comportamento di chi aveva pubblicato una fotografia di una coppia mista non autorizzata su di un periodico (il riferimento è al periodico La Tribuna, ove era stata pubblicata la foto della coppia mista Pasqualina Scicchitano e Vincent Togo di cittadinanza italiana ma di pelle nera, insieme all'associazione BANBARAN ricorrenti al Tribunale di Bologna (e v. l'ordinanza 6/17.10.2000, in Diritto, immigrazione, cittadinanza, n. 4, 2000) con un commento dal titolo "Boom di matrimoni di interesse.

L'extracomunitaria sposa l'anziano e si ritrova con una pensione a vita"), ove soltanto l'immagine della donna bianca era stata mascherata in modo da renderla irrecognoscibile, ed inoltre era stato ad entrambi attribuito un comportamento ed una volontà lesivi dell'identità personale di ciascuno. La lesione del diritto all'immagine è stata configurata per la sola pubblicazione abusiva al di fuori dei casi previsti dalla legge ed a prescindere dalla sussistenza o meno di una eventuale offesa per il decoro o la reputazione, configurazione del tutto conforme a quella che giurisprudenza e dottrina concordemente assegnano alla lesione all'immagine nel diritto italiano e per il cittadino italiano, e pertanto del tutto a prescindere dal rilievo che lo stesso comportamento nella specie costituisse pure una discriminazione vietata. Per gli stessi ricorrenti inoltre è stato del tutto irrilevante, come per i cittadini italiani, che il comportamento lesivo configurasse nella specie un effettivo pregiudizio al loro onore e alla loro reputazione, essendo sufficiente per ricevere la piena tutela civile in merito che la pubblicazione fosse meramente abusiva.

Con riferimento alla lesione all'identità personale dei ricorrenti la motivazione è altrettanto conforme all'orientamento della giurisprudenza e della dottrina ove esplicitamente si afferma che "attribuire ad un soggetto, sia esso straniero o cittadino, elementi o fatti a lui estranei o travisare caratteri, tendenze o azioni del soggetto - associando la sua immagine ad un comportamento che non riflette la sua identità e che può creargli pregiudizio nell'ambito del contesto sociale in cui vive e in cui svolge la sua attività lavorativa - costituisce una lesione del

diritto all'identità personale che discende appunto dalla utilizzazione della foto che lo rappresenta, a commento visivo di un articolo che richiama attività illecite o comunque riprovevoli a lui estranee" (per una delle decisioni che ancora oggi meglio ricostruiscono il diritto all'identità personale, e per ogni riferimento alla dottrina e giurisprudenza in materia, v. Cass., 22.6.1985, n. 3769, in Foro it., 1985, 1, 2211, e in Giur. Cost., 1985, 1, p. 3055). La lesione del diritto alla non discriminazione non deriva invece dall'associazione della foto all'articolo che denuncia attività illecite di extracomunitari, in quanto nella specie si fa comunque riferimento ad un fatto notorio, mentre è sufficiente la maschera alla sola donna bianca a configurare il comportamento lesivo discriminatorio e la pubblicazione abusiva è idonea a configurare la lesione del diritto all'immagine, come si è visto a prescindere dal fatto che il comportamento costituisca un fatto illecito lesivo dell'onore.

15.- La libertà personale e i centri di permanenza temporanea (C.P.T.).

I diritti fondamentali della persona sono riconosciuti dalla nostra Costituzione anche agli stranieri, com'è noto e bello ancora una volta ricordare insieme a tutta la dottrina ed alla giurisprudenza della Corte Costituzionale. Con riferimento alla libertà della persona rileggiamo l'art. 13 che afferma: "la libertà personale è inviolabile. Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dall'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge.

In casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge, l'autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria e, se questa non li convalida entro le successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto. È punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà. La legge stabilisce i limiti massimi di carcerazione preventiva".

I principi generali di ordine pubblico contenuti nella norma hanno tuttavia consentito di considerare legittime costituzionalmente alcune normative differenziate tra cittadini e stranieri in tema di diritti fondamentali (e si pensi, ad esempio, alla "libertà di circolazione") a condizione che la disparità di trattamento sia ragionevole in relazione alle diverse posizioni effettivamente derivate per gli uni e per gli altri non solo da diverse situazioni di fatto, ma anche da diverse valutazioni giuridiche operate dall'ordinamento (cfr. sul punto, in termini già Corte cost., 1969, n. 104, in Giur. Cost. 1969, p. 1565; e per ogni ulteriore riferimento sul tema, Cost. 1967, n. 120; in dottrina si rinvia a LUCIANI, Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali. L'esperienza italiana, in Rivista critica dir. priv., p. 214; e a CAPUTO, Espulsione e detenzione amministrativa degli stranieri, in Questione Giustizia, 1999, n. 3). La nostra Corte Costituzionale ritiene che tale differenza delle situazioni di fatto e delle valutazioni giuridiche connesse sia rilevabile in ogni ordinamento, e sia fondata sulle difformità basilari tra il cittadino e lo straniero "consistente anzitutto nella circostanza che, mentre il primo ha con lo Stato un rapporto di solito originario e comunque permanente, il secondo ne ha uno acquisito e generalmente temporaneo" (così Corte Cost. 1969, n. 104, supra cit.).

Una legge (già citata come la l. n. 40, 6 marzo 1998, ora T.U. approvato con dlgs 286/98 e successive modifiche con la l. 189/2002, più nota come la l. Turco-Napolitano) ha introdotto una misura fino ad allora sconosciuta nel nostro ordinamento, ove al 1° comma dell'art. 14 ha previsto il trattenimento dello straniero destinatario di un provvedimento di espulsione "per il tempo strettamente necessario presso il centro di permanenza temporanea e assistenza più vicino".

La Relazione di accompagnamento al d.d.l. governativo ha sottolineato l'estraneità dei centri di permanenza e di assistenza temporanea al circuito penitenziario, la conformità del trattenimento alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, e la sua omogeneità alle normative previste in numerosi ordinamenti europei. Il 2° comma dell'articolo 14 dlgs citato impone inoltre che lo straniero sia trattenuto nel centro in modo da assicurargli la necessaria assistenza ed il pieno rispetto della sua dignità nonché la libertà di corrispondenza anche telefonica con l'esterno.

Il 7° comma dello stesso articolo autorizza tuttavia il questore, con l'aiuto della forza pubblica, ad adottare "efficaci misure di vigilanza affinché lo straniero non si allontani indebitamente dal centro" e a "ripristinare senza ritardo la misura nel caso in cui questa venga violata". Al fine di inquadrare correttamente la natura giuridica di tale misura diviene pertanto necessario, alla luce del combinato disposto delle norme sopra indicate, un rinvio all'ambito di operatività del diritto alla libertà personale previsto dall'art. 13 della Costituzione e garantito anche agli stranieri (per un inquadramento generale delle questioni interpretative poste dall'art.13 della Cost., e per un'utilizzazione riferita anche alle normative più recenti si rinvia alle riflessioni di AMATO, nel Commentario alla Costituzione, a cura di Branca, sub art. 13, Bologna-Roma, 1997; e, per un'approfondita analisi della giurisprudenza costituzionale in merito, D'ORAZIO, Lo straniero nella Costituzione, Padova, 1992).

La domanda emergente è stata soprattutto quella relativa alla valutazione della compatibilità di tali differenze di trattamento tra cittadini e stranieri in materia di libertà personale con il principio personalistico e solidaristico posto alla base della nostra Costituzione ed in particolare, ma anzitutto se il trattenimento nei centri di permanenza comporti effettivamente una coercizione personale. Tale ultima domanda ha ricevuto una formale risposta dal legislatore anche dal punto di vista terminologico, ove al fine di evitare l'identificazione del trattenimento con istituti tipici del diritto penale la norma assegna al trattenimento anche finalità di assistenza e prevede per esso un regime diverso da quello penitenziario. Se tuttavia si ha riguardo al contenuto del "trattenimento nel C.P.T.", questo appare almeno riconducibile alle "altre restrizioni della libertà personale" previste dall'art. 13 della Costituzione. Tale interpretazione riceve conferma nel 7° comma dell'art. 14 dlgs 286/98 ove infatti si afferma che il questore, avvalendosi della forza pubblica, adotta efficaci misure di vigilanza affinché lo straniero non si allontani indebitamente dal centro e provvede a ripristinare senza ritardo la misura, ove questa venga violata.

Con il trattenimento, anche se congiunto a finalità di assistenza, si determina pertanto quella mortificazione della dignità dell'uomo che si verifica nei casi di assoggettamento fisico al potere altrui e che rivela come tale l'attinenza della misura alla sfera della libertà personale dell'uomo. Tale natura giuridica del provvedimento, ed in ulteriore considerazione della riserva di giurisdizione contenuta nell'art. 13 della Costituzione, l'art. 14 del dlgs 286 prevede infatti che il provvedimento di trattenimento dell'autorità di pubblica sicurezza debba essere comunicato entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria, e che perda ogni effetto se questa non lo convalida nel tempo previsto.

Una questione di legittimità costituzionale sollevata dal Trib. Milano (il Trib. Milano con le ordinanze del 6 e del 9 novembre 2000, in *Questione Giustizia*, n. 6, 2000, alle pp. 1182 ss. ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dei commi 4, 5 e 6 dell'art. 13, e dei commi 4 e 5 dell'art.14 in relazione all'art. 13, commi 2 e 3. Il dubbio era fondato anzitutto sulla compatibilità del procedimento che consentiva di accompagnare il soggetto trattenuto alla frontiera a mezzo della forza pubblica a prescindere da una valutazione giudiziaria, con l'art. 13 Cost. e con la riserva di giurisdizione ivi contenuta). Con riferimento agli articoli 13 e 14

del dlgs 286 la questione di legittimità costituzionale è stata respinta dalla Corte Cost. 22 marzo-10 aprile 2001 n. 105 (in *Questione Giustizia*, 2001, alle pp. 588 ss.), che ha ritenuto infondata la questione in quanto basata su di una lettura restrittiva dei poteri del giudice in sede di convalida, e sul rilievo che oggetto della convalida di cui al 4° comma dell'art. 14 sarebbe soltanto il provvedimento che dispone il trattenimento, e che quindi sfuggirebbe al giudice della convalida la misura dell'accompagnamento alla frontiera mediante forza pubblica.

La Corte ha osservato in merito che lo stesso tenore letterale della norma contestata, ove si legge che il giudice convalida "ove ritenga sussistenti i presupposti di cui all'art. 13 ed al presente articolo" consente di desumere che il controllo del giudice investe non solo il trattenimento, ma anche l'espulsione amministrativa realizzata con l'accompagnamento coattivo alla frontiera mediante la forza pubblica, in quanto è proprio l'esistenza di un provvedimento di espulsione il presupposto per un eventuale trattenimento in un centro di permanenza. Per consentire tale verifica il questore deve infatti trasmettere "copia degli atti", e cioè di tutti gli elementi che possano garantire un controllo giurisdizionale pieno e non meramente formale sull'esistenza di un provvedimento di espulsione. Soltanto siffatta articolata verifica giurisdizionale consentirà infatti una convalida compatibile con il disposto costituzionale dell'art. 13 e quindi con l'adozione di un accompagnamento legittimo ai sensi della normativa speciale in questione.

16.- Controllo giurisdizionale ed esercizio del diritto alla difesa.

Di fronte ad una restrizione della libertà personale disposta con provvedimento dell'autorità amministrativa, il controllo giurisdizionale dovrebbe essere puntuale, sia nel profilo della legittimità che del merito, ed il corrispondente diritto alla difesa dello straniero dovrebbe esprimersi con particolare efficacia ed incisività (in questo senso, v. per tutte le opinioni conformi in dottrina, SAVIO, *Controllo giurisdizionale e diritto di difesa degli stranieri trattenuti presso i centri di permanenza temporanea*, in *Dir. imm. e citt.*, n. 1, 2000), in quanto la fattispecie base del trattenimento - sia ingresso, sia permanenza illegale nel territorio dello Stato - costituisce comunque un mero illecito amministrativo (sulle forme di coercizione personale svincolate dalla commissione di reati, e sull'ampio dibattito già svoltosi in dottrina sulla loro compatibilità con la Costituzione si rinvia a GREVI, voce "Libertà personale dell'imputato", in *Enc. dir.*, Milano 1974; e a PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, 1990).

E tuttavia, in concreto, se la legge conferisce al giudice della convalida del trattenimento il potere di valutare sia i presupposti dell'espulsione che quelli del trattenimento, la procedura di tale convalida si svolge ai sensi degli artt. 737 ss. del codice di procedura civile, ove è prevista un'attenuazione delle garanzie del contraddittorio.

La prima stesura della l. 40/98 non prevedeva neppure l'assistenza obbligatoria di un difensore all'udienza di convalida, ed era pertanto in contrasto sia con l'art. 24 della Costituzione, che al 2° comma prevede che "la difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento", sia con l'art. 2 della stessa legge ove si legge che "allo straniero comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato sono riconosciuti i diritti fondamentali delle persone umane previsti dalle norme del diritto interno"; ed il diritto alla difesa rientra certamente nel novero di tali diritti. Con il d.p.r. 349/99, e cioè con le norme di attuazione del T.U. sull'immigrazione, si è infine esplicitamente introdotto il diritto per lo straniero di essere assistito da un difensore d'ufficio e di fiducia nel procedimento di convalida del trattenimento.

17 - L'apolide e la tutela dei diritti fondamentali

L'apolide è definito come persona priva di cittadinanza. Si parla di "apolidia originaria" quando la persona è nata priva di cittadinanza, e di "apolidia derivata" quando l'ha persa senza averne riacquisita un'altra, di "apolidia di fatto" quando, pur senza avere perduto la cittadinanza, la persona non usufruisce della protezione che il proprio Stato garantisce a tutti gli altri cittadini, com'è, ad esempio, per i rifugiati.

La Convenzione relativa allo Statuto degli apolidi, firmata a New York il 28 settembre 1954 (e ratificata in Italia con la l. 10.2.1962, n. 306), all'articolo 1 assicura agli apolidi la protezione prevista dall'art. 15 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo del 1948, e garantisce pertanto anche ad esso la cittadinanza con esplicito divieto di toglierla.

Nel nostro ordinamento, in assenza di un collegamento diretto tra il soggetto e lo Stato di appartenenza, l'art. 29 delle Disposizioni Preliminari al codice civile prevedeva che: "se una persona non ha cittadinanza, si applica la legge del luogo dove risiede in tutti i casi nei quali dovrebbe applicarsi la legge nazionale". Tale norma è stata abrogata dall'art. 73 della "legge di Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato" (la l. 31 maggio 1995, n. 218), che stabilisce la legge dello Stato applicabile nel caso di rapporti privati ed a seconda del tipo di tali rapporti privati intercorrenti tra cittadini non appartenenti al medesimo Stato. Con riferimento ai rapporti stabiliti da un apolide resta pertanto aperto il problema della legge applicabile al rapporto specie se personale. Ove si pensi infatti ad un matrimonio tra un apolide e un cittadino italiano o straniero, in assenza di uno Stato e delle leggi cui fare riferimento si può soltanto ritenere che adesso si applichi il diritto vigente per i cittadini italiani e che pertanto, con favore per la stabilità dei rapporti di famiglia, a quel rapporto si possa applicare il diritto del luogo ove la famiglia intende trascorrere la maggior parte del proprio tempo, o dove abbia eventualmente stabilito la propria residenza.

Con riferimento ai diritti fondamentali della persona non sussiste invece alcun dubbio sulla loro appartenenza anche all'apolide, in virtù dell'art. 2 della nostra Costituzione che li riconosce e garantisce a tutti gli uomini, e dei principi di pari dignità sociale e di uguaglianza stabiliti all'art. 3.

Le disposizioni contenute nel citato dlgs 286/98, recante norme sulla condizione dello straniero, valgono inoltre anche per gli apolidi. L'art. 1 di tale decreto afferma esplicitamente infatti che: "il presente Testo Unico, in attuazione dell'art. 10, 2° comma, della Costituzione si applica, salvo che sia diversamente disposto, ai cittadini di Stati non appartenenti all'Unione Europea e agli apolidi, di seguito indicati come stranieri.

18.- Lo straniero irregolare e la condizione di reciprocità.

La condizione di reciprocità, come stabilito dall'art. 16 delle Disposizioni preliminari al codice civile (le "Preleggi"), significa che lo straniero, nelle materie in cui si applica la legge italiana, è sempre sottoposto agli obblighi da essa previsti, mentre è ammesso a fruire dei diritti civili riconosciuti dall'ordinamento italiano "a condizione di reciprocità", ossia soltanto se la sua legge nazionale prevede norme di diritto internazionale privato che consentono allo straniero di avere quei diritti civili da essa riconosciuti ai propri cittadini. Secondo tale norma pertanto, lo straniero potrebbe essere proprietario in Italia, e come tale protetto dal diritto italiano, soltanto se lo Stato al quale appartiene riconoscesse al cittadino italiano di essere proprietario sul suo territorio.

La condizione di reciprocità ha subito un ridimensionamento tale da essere praticamente esclusa per lo straniero regolarmente soggiornante in Italia, e ciò grazie anzitutto all'art. 2 Cost. che garantisce i diritti inviolabili a tutti gli uomini ed indipendentemente dalla sussistenza di una condizione di reciprocità, ma anche agli artt. 1 e 2 del T.U. sull'immigrazione. L'art. 1 afferma infatti che: "allo straniero comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti"; ed in particolare, per lo straniero regolarmente soggiornante, l'art. 2 del decreto afferma che: "lo straniero regolarmente soggiornante nello Stato gode dei diritti in materia civile attribuiti al cittadino italiano, salvo che le convenzioni internazionali in vigore per l'Italia e il presente Testo Unico dispongano diversamente. Nei casi in cui il presente testo unico o le convenzioni internazionali prevedano la condizione di reciprocità, essa è accertata secondo i criteri e le modalità previste dal regolamento di attuazione".

Tale condizione vale tuttora per gli stranieri non in regola con il permesso di soggiorno, ossia per gli irregolari, ma resta salva la tutela dei diritti fondamentali della persona umana. Altri diritti attribuiti anche agli stranieri irregolari sono il diritto alla tutela giurisdizionale nei modi previsti dalla legge, e il diritto, previsto esplicitamente dal 3° comma dell'art. 35, a ricevere dal servizio sanitario "le cure ambulatoriali ed ospedaliere urgenti o comunque essenziali", ed il diritto all'istruzione dei minori.

Alla luce del principio di eguaglianza appare comunque inopportuna la distinzione tra straniero regolare e irregolare ai fini dell'applicazione della condizione di reciprocità in materia civile. A tale distinzione legislativa non corrisponde infatti una diversità di situazioni rilevante ai fini della necessità o dell'opportunità di richiedere la prova di una reciprocità di trattamento: la regolarità di uno straniero non ha niente a che vedere con il trattamento che il suo Paese applica al cittadino italiano.

Non può infine ritenersi in contrasto con il principio di eguaglianza (da intendersi, non in senso assoluto, come si è detto in principio ma come un'esigenza di giustificazione delle disuguaglianze di trattamento nel quadro complessivo del sistema normativo costituzionale) la normativa sull'espulsione in quanto non prevista dalla Costituzione, e neppure la libertà di circolazione e soggiorno anche per lo straniero extracomunitario irregolare, secondo quanto previsto dall'art. 16 della Costituzione per i cittadini italiani.

19.- L'azione civile contro la discriminazione. Cenni conclusivi.

Nel quadro delle norme contenute nel T.U. sull'immigrazione acquista particolare risalto la tutela prevista per l'atto discriminatorio con l'azione prevista dall'art. 44 che si è già ricordato in premessa, ed ove si legge che il soggetto che ritiene di aver subito una discriminazione a suo danno può rivolgersi al giudice il quale esercita la tutela cautelare urgente prevista per l'inibitoria ai sensi dell'art. 700 c.p.c. ove può "ordinare la cessazione del comportamento pregiudizievole ed adottare ogni altro provvedimento idoneo, secondo le circostanze, e rimuovere gli effetti della discriminazione" (v. 1° comma); ed inoltre "con la decisione che definisce il giudizio il giudice può altresì condannare il convenuto al risarcimento del danno, anche non patrimoniale" (7° comma).

La rilevanza della tutela prevista dalla norma emerge anzitutto sulla tecnica di un tipo di difesa fondato sui diritti individuali che allo stesso tempo interagisce con una dimensione collettiva e di gruppo dell'azione. Ai commi 10 e 12 dell'art. 44 si legge infatti che l'azione può essere proposta sia in caso di discriminazione individuale che collettiva e che inoltre la legittimazione ad agire in difesa spetta sia ai soggetti lesi che agli enti rappresentativi degli interessi collettivi

del gruppo di appartenenza. Si tratta di una figura di quella class action che il nostro Senato della Repubblica ha approvato appena ieri, 15 ottobre 2007, contemporaneamente alla legge finanziaria 2008!!

Un altro rilevante elemento di novità della disciplina appare quello della generalizzazione della tutela cautelare che consente l'esercizio dell'azione di fronte a qualsiasi tipo di discriminazione, ed in qualunque contesto economico-sociale l'atto offensivo sia stato posto in essere. In precedenza infatti solo per alcune cause di discriminazione, era possibile la tutela inibitoria d'urgenza, considerata l'unica adeguata alla natura della situazione soggettiva da tutelare. Nel nostro ordinamento peraltro la stessa azione cautelare prevista dallo Statuto dei lavoratori e dalla legge n. 125/9 sulle "pari-opportunità" si applicava solo quando la discriminazione si verificava nell'ambito dei rapporti di lavoro, mentre era possibile agire in giudizio solo in via successiva per ottenere il risarcimento del danno, quando la lesione si era già verificata con conseguenze spesso irreparabili. Ma l'elemento ancora più nuovo e rilevante della disciplina è quello relativo al regime della prova reso assai meno gravoso proprio in virtù delle difficoltà gravanti sul ricorrente.

L'onere della prova a carico della vittima di un comportamento discriminatorio è stato attenuato al punto che il legislatore consente ad esso di fornire al giudice elementi relativi a fenomeni di carattere collettivo atti a fondare la presunzione dell'esistenza della discriminazione (per i rilievi condotti sul punto, e per numerosi esempi in materia si rinvia a M.G. GIAMMARINARO, *Divieto di discriminazione, differenze, pari opportunità*, in *Questione giustizia*, 2000, 4°, p. 645). Tali elementi possono, ad esempio, riguardare una percentuale di assunzioni o di iscrizioni sproporzionatamente bassa rispetto alla consistenza della concentrazione del gruppo di riferimento in un certo ambito territoriale. Il 9° comma dell'art. 44 (supra cit.) afferma infatti che "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 o qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera e ai licenziamenti dell'azienda interessata. Il giudice valuta i fatti dedotti nei limiti di qui all'art.2729, 1° comma, del codice civile", e può pertanto giungere, una volta accertata la sussistenza di un determinato fatto, e attraverso argomentazioni o congetture, a considerare provata un'altra circostanza, sfornita di prova diretta mediante quelle presunzioni (art. 2727 c.c.) gravi, precise e concordanti, presunzioni rimesse, ai sensi dell'art. 2729 c.c., al prudente apprezzamento del giudice.

La norma ha mostrato alcune prime applicazioni ove i giudici hanno valutato le prove offerte dai ricorrenti con relativa rigidità. E d'altronde in numerose fattispecie relative soprattutto all'accertamento dell'identità dello straniero, il comportamento di un incaricato di pubblico servizio che nell'ambito delle sue funzioni (consistenti ad esempio, nella verifica dei biglietti su di un autobus pubblico) decida di procedere mediante il ricorso alla pubblica sicurezza implica una oggettiva valutazione specificamente a decidere se sia rivolto a perseguire l'interesse pubblico dell'esatta identificazione del trasgressore e non si identifichi invece, con un comportamento discriminatorio da sanzionare. E la soluzione non appariva facile, come pure tutte quelle relative alla difficoltà che una vittima di comportamenti discriminatori incontrava nel dimostrare il danno subito, ad esempio, per l'assenza di testimoni o perché gli elementi di prova erano in possesso del soggetto autore del comportamento, e specie se si trattava di un organo istituzionale. In tali casi appariva certo assai difficile per il giudice stabilire che il ricorrente fosse stato effettivamente oggetto di un trattamento pregiudizievole soltanto a causa della sua condizione di appartenente a una razza.

L'ordinanza del Tribunale Bologna (6.17.10, 2000, in Diritto, immigrazione e cittadinanza, 2000, n. 4, p. 26, citata in principio) fu la prima a riconoscere esplicitamente le difficoltà probatorie sopra indicate, soprattutto con riferimento al danno verificatosi in concreto nella sfera giuridica della vittima, e ad ammettere, altrettanto esplicitamente che la prova richiesta dall'art. 43 dlgs 286/98 poteva essere di natura presuntiva e che la norma consentiva di sanzionare persino una condotta discriminatoria solo potenzialmente idonea a provocare l'effetto lesivo.

L'art. 43 del decreto ult. cit. indica poi due comportamenti alternativi, e precisamente quello che ha lo "scopo" e quello che produce l'"effetto" di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento e l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti umani e delle libertà fondamentali.

Il legislatore ha pertanto voluto escludere che il ricorrente debba necessariamente fornire la prova della volontarietà dell'azione o dell'omissione da parte del soggetto agente come elemento costitutivo della discriminazione.

La vittima dovrà quindi fornire la prova delle circostanze di fatto che hanno dato luogo alla distinzione tra una persona e un'altra, ed ove l'una ha ricevuto un trattamento legittimo e corretto, e l'altra un trattamento illegittimo ed illecito a causa della sua appartenenza ad una determinata razza, etnia o nazionalità, e non deve necessariamente sussistere una volontà discriminatoria da parte del soggetto agente.

20. - La Direttiva 2000/43/CE. L'onere della prova. Le presunzioni.

Il 29 giugno del 2000 il Consiglio dell'Unione Europea ha adottato la direttiva 2000/43 che realizza il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, con l'obbligo, per i Paesi aderenti all'Unione di adottare al proprio interno ogni disciplina (leggi, regolamenti e provvedimenti amministrativi) necessaria all'attuazione dei principi in essa contenuti.

Si segnala anzitutto il rilievo che il Consiglio assegna in tale sede al regime della prova dei fatti costitutivi del comportamento discriminatorio, ed in particolare alla prova per presunzioni. Si stabilisce nella direttiva che l'onere della prova ricade sulla parte convenuta in giudizio, e che essa dovrà dimostrare di non aver violato il principio della parità di trattamento ogni volta che le persone che si ritengono lese espongono davanti a un Tribunale elementi dai quali si può desumere una discriminazione diretta o indiretta nei loro confronti (si legge infatti testualmente all'art. 8 della direttiva 43/2000 che "gli Stati membri prendono le misure necessarie per assicurare che, allorché persone che si ritengono lese dalla mancata applicazione nei loro riguardi del principio della parità di trattamento espongono, dinnanzi un Tribunale o un'altra autorità competente, fatti dai quali si può presumere che vi sia stata una discriminazione diretta o indiretta, incomba alla parte convenuta l'onere di dimostrare che non vi è stata violazione del principio della parità di trattamento").

Si assiste pertanto di fronte alle norme comunitarie ad una esplicita affermazione per i casi di specie del principio processuale dell'inversione dell'onere della prova che nel nostro T.U. sull'immigrazione è invece soltanto attenuato.

Se si considera tuttavia che il confine tra inversione e forte attenuazione dell'onere della prova non è sempre identificabile con chiarezza, si può osservare che il ricorso a tale tecnica processuale risulta essere in entrambi i casi, uno strumento molto utilizzato per favorire

determinati tipi di azione ed in particolare si addice alla tutela dei diritti non patrimoniali. Per la stessa natura infatti di tali diritti fondamentali, e per la posizione apicale che essi occupano nella gerarchia dei valori del nostro ordinamento giuridico è necessaria una tutela caratterizzata da un elevato grado di effettività come quella dell'inibitoria ex art. 700 c.p.c., e il regime di favor probatorio per il soggetto discriminato realizzabile attraverso l'uso di presunzioni, consentono appunto di facilitare il reintegro nel godimento di un diritto costituzionale leso, all'interno soprattutto di rapporti privati (come ad es. il rifiuto di locare un immobile o di fornire accesso ad altri servizi).

Ed allora, oggi in Italia di fronte all'atto discriminatorio azione inibitoria urgente ex art. 700 c.p.c. nel corso della quale chiedere anche i danni ex artt. 43 e 44 del T.U. sull'immigrazione, e tutela aquiliana ex art. 243 del codice civile per qualsiasi illecito atipico ed il risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali. Nel procedimento si potrà usufruire di un'inversione dell'onere della prova o di un'attenuazione dello stesso, ma comunque il giudice potrà argomentare per presunzioni sulla sussistenza del comportamento discriminatorio, che l'ordinamento giuridico comunitario e italiano civile, penale e processuale consente di colpire con rapidità e certezza, requisiti che purtroppo non appartengono sempre all'attività giudiziaria di tutela.