

## **La tutela contro la discriminazione razziale (articoli 43 e 44 del t.u. sull'immigrazione).**

### **applicazioni giurisprudenziali**

Di Nicola Durante

FONTE: <http://www.giustizia-amministrativa.it>

### **§ 1. Il fondamento ed il significato del principio di non discriminazione nell'ordinamento vigente. Il precetto costituzionale.**

La tutela dello straniero dagli atti di discriminazione trova un primo imprescindibile fondamento nella Carta costituzionale Repubblicana e, precisamente, nell'art. 2, a mente del quale "la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale" <sup>1</sup>.

Non nell'art. 3, che si rivolge a "tutti i cittadini", garantendo loro pari dignità sociale ed eguaglianza davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali, assegnando alla Repubblica il compito di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza di costoro, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.

Per altro, la clausola generale di tutela dei diritti inviolabili della persona va necessariamente inquadrata con il disposto del successivo art. 41 Cost., dove si trova affermata la libertà di iniziativa economica, limitandosene, nel contempo, lo svolgimento secondo criteri di compatibilità con l'utilità sociale e soprattutto con la sicurezza, la dignità umana e la libertà altrui.

Pertanto, il combinato disposto dei due menzionati precetti costituzionali finisce per garantire la posizione di colui che, cittadino o straniero, si trovi ad essere in posizione di utente o di

---

<sup>1</sup> Sull'argomento, cfr. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in *Enc. Giur. Treccani*, XI, 1989, 18 ss.; BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984; VISCOMI, *Immigrati extracomunitari e lavoro subordinato. Tutele costituzionali, garanzie legali e regime contrattuale*, Napoli, 1991.

contraente nel novero di iniziative economiche, sia pubbliche che private, da atti discriminatori perpetrabili in suo danno <sup>2</sup>.

A tal proposito, va decisamente rifiutata una lettura della norma tesa a confinarne la portata entro i limiti dell'attività economica svolta professionalmente, o addirittura nelle sole dimensioni della macroeconomia.

Detta limitazione dell'ambito semantico della garanzia costituzionale non è autorizzata, infatti, dalla lettera della norma, né corrisponde ad alcun imperativo logico-sistematico, alla cui stregua, anzi, occorrerebbe dedurre il contrario.

Invero, come giustamente osservato, la seduzione che questa prospettiva riduzionistica ha talora esercitato, è connessa all'idea, di stampo liberistico, che solo i poteri economici forti vadano controllati e limitati, mentre all'interno della microeconomia resisterebbe una naturale aspirazione alla piena libertà di scelta ed alla purezza degli schemi teorici della dottrina del negozio giuridico.

Il mito della libertà dell'uomo qualunque deve, tuttavia, fare i conti con la constatazione di quanto, attraverso l'idiosincrasia delle scelte proprietarie, si sviluppino scelte economiche che risultano non solo irrazionali e quindi dannose pure dal punto di vista economico nel loro riproporsi su larga scala, ma anche – e soprattutto – incompatibili con i valori apicali dell'ordinamento.

In secondo luogo va rifiutato l'orientamento interpretativo che individua nel comma 2 dell'art. 41 un'implicita riserva assoluta di legge, mentre più lineare e convincente pare l'affermazione della immediata precettività ed efficacia diretta anche nei rapporti privati del divieto di volgere la propria iniziativa economica in contrasto con la dignità della persona umana. Da ciò deriva, tuttavia, ancor più impellente, l'esigenza di definire la relazione di sistema esistente tra le due libertà contemplate e protette nell'art. 41 Cost.: la libertà di iniziativa economica e la libertà, la sicurezza e la dignità personale di chi si trovi a subire l'altrui libertà di iniziativa economica.

---

<sup>2</sup> Sul punto, cfr. GALGANO, *Art. 41*, in *Commentario della Costituzione* (a cura di BRANCA), *Rapporti economici*, II, Bologna-Roma, 1982.

Esattamente, perciò, è stato chiarito come la stessa libertà contrattuale, per non essere una formula vuota o destinata a valere per pochi, abbia bisogno, paradossalmente, di essere limitata all'interno di una dialettica che vede il principio assoluto di libertà contrattuale simmetrico al concetto di uguaglianza formale, mentre i suoi limiti tutelano e rendono possibile una libertà sostanziale e generalizzata, simmetrica rispetto al concetto di eguaglianza sostanziale.

Può anche sostenersi, infine, che il rapporto voluto dal Costituente tra libertà (di iniziativa economica) e coazione sia quello stesso che, più in generale, esiste tra regola ed eccezione; ma occorre intendersi sull'ampiezza e sulla natura delle eccezioni, evitando che esse, per un verso, sovvertano la regola di sistema, o che, per altro verso, siano ridotte a ben poca cosa e mal individuate, dato che il Costituente ha indicato espressamente la scala dei valori capaci di limitare, nella misura del necessario alla loro salvaguardia, la libertà di iniziativa economica.

In linea generale, quindi, l'operatore economico ed il negoziatore sul mercato sono liberi di contrarre o meno, così come sono liberi di realizzare disparità di trattamento, pur con importanti eccezioni e nei limiti del rispetto del divieto di compiere atti discriminatori.

Ed i vincoli a contrarre sono legittimi solo in quanto legati a noti riferimenti costituzionali, ma entro tali limiti sono efficaci e possono giungere alla costituzione di un nuovo diritto "ineguale", a protezione di taluni soggetti collocati altrimenti in una posizione di debolezza od esclusione dal mercato. È stato osservato, in questa stessa prospettiva, come le possibili limitazioni alla libertà contrattuale, a termini dell'art. 41, comma 2, Cost., non debbano necessariamente tradursi in meri limiti negativi, vale a dire in comandi di non fare, ma possano esprimersi in una molteplicità di situazioni e, in sostanza, dare luogo anche a obblighi positivi di fare (ad es., di contrarre), senza il tramite di una norma ordinaria.

Ora, è evidente la rilevanza costituzionale del divieto di discriminazioni fondato sull'identità culturale od etnica del contraente. E tale divieto è oggi più dettagliatamente considerato e sanzionato dagli artt. 43 e 44 D.lgs. 25 luglio 1998 n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e la condizione dello straniero) e dal D.lgs. 9 luglio 2003 n. 215, che del precetto costituzionale costituiscono derivazione, ma che, allo stesso

tempo ed al pari delle altre norme civilistiche che limitano la libertà di iniziativa economica, da esso traggono ulteriore ed unitaria valenza.

E ciò a maggior ragione, ove si consideri che, in linea astratta, nell'ordinamento interno non si rinviene un principio generale che garantisca ai lavoratori, almeno nel settore privato (nel settore pubblico, esiste la clausola di cui all'art. 45 D.lgs. 30 marzo 2000 n. 165), pari condizioni di trattamento, essendo i poteri e le scelte imprenditoriali libere e tutelate dall'art. 41 Cost., il quale – per come detto – trova limite solo nel principio di non discriminazione.

Sotto tale profilo, è stato quindi autorevolmente affermato che né l'art. 36 Cost. (che si limita a porre il principio della retribuzione sufficiente e proporzionata all'attività svolta), né l'art. 41 Cost. (che afferma la libertà dell'iniziativa economica privata nei limiti posti dalla legge a tutela della sicurezza, della libertà e della dignità umana) pongono un principio di comparazione intersoggettiva, in base al quale ai lavoratori dipendenti svolgenti identiche mansioni debba attribuirsi la stessa retribuzione o il medesimo inquadramento. Dunque, in mancanza di un siffatto principio di parità di trattamento, che non è neppure desumibile dall'art. 3 Cost., non può ritenersi nulla, per contrasto con una norma imperativa o con un principio di ordine pubblico, la clausola prevista da un contratto collettivo che richieda per l'inquadramento nella qualifica di 1° ufficiale, la navigazione per un dato tempo su "navi nazionali" <sup>3</sup>.

Su eguale posizione si era, in precedenza, attestata la Corte Costituzionale, dichiarando non fondata, in riferimento all'art. 41 Cost., la questione di legittimità costituzionale degli artt. 2086, 2087, 2095 e 2103 c.c., nella parte in cui consentono al datore di lavoro di attribuire ai dipendenti a parità di mansioni, diversi livelli di inquadramento retributivo <sup>4</sup>.

A parere della Corte, invero, i precetti costituzionali assicurano, in via generale, la tutela del lavoro (art. 35 della Costituzione), l'elevazione morale e professionale dei lavoratori, la proporzionalità tra retribuzione e quantità e qualità di lavoro e la sufficienza, in ogni caso, di essa perché sia assicurata al lavoratore e alla sua famiglia una esistenza libera e dignitosa e, in via più specifica, la pari dignità sociale anche dei lavoratori.

---

<sup>3</sup> Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 29 maggio 1993 n. 6030, in *Riv. giur. lav.*, 1993, II, 500 e in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 914, con nota di SANTORO PASSARELLI.

<sup>4</sup> Cfr. C. Cost., 9 marzo 1989 n. 103, in *Dir. lav.*, 1989, II, 355.

Essi, inoltre, pongono il divieto di effettuare discriminazioni per ragioni di sesso, di razza, di lingua e di religione (art. 3 Cost.), anche se sono tollerabili e possibili disparità e differenziazioni di trattamento, sempre che siano giustificate e comunque ragionevoli.

Ne consegue che, nel porre in essere queste ultime, il datore di lavoro ha l'obbligo astenersi dal compiere atti che possano produrre danni e svantaggi ai lavoratori, cioè lesioni di interessi economici, professionali e sociali; in particolare, dell'interesse allo sviluppo professionale (riferito sia alla carriera che alla valorizzazione delle relative capacità).

Concorde è la dottrina prevalente, la quale ha fatto notare come "l'eguaglianza come tale... non reca nessuna direttiva ben precisa che possa concernere l'autonomia dei privati"<sup>5</sup>. Anche se, nei confronti degli organi esecutivi dello Stato, l'osservanza del principio è particolarmente rilevante nei casi di uso discrezionale di un potere, costituendo la sua violazione sintomo d'illegittimità dell'atto<sup>6</sup>.

Ad ogni modo, a compendio di quanto esposto, va osservato che da sempre un veicolo di controllo sulle determinazioni unilaterali del datore di lavoro in vista dell'adempimento di un obbligo di imparzialità, implicitamente assunto in via contrattuale, è rappresentato dalla verifica del rispetto delle clausole generali di [correttezza](#) e [buona fede](#).

Sicché il rispetto di tali precetti si valuta ogni qual volta si tratta di scrutinare la selezione dei lavoratori nelle assunzioni o le regole collettive sulle progressioni in carriera, la scelta dei lavoratori da sottoporre a [licenziamenti](#) collettivi per riduzione di personale o da sospendere con ricorso alla cassa integrazione guadagni, ecc...

Pertanto, in assenza di una disciplina collettiva o anche individuale che limiti l'esercizio del potere imprenditoriale, la posizione del lavoratore di fronte all'uso del potere imprenditoriale ha

---

<sup>5</sup> Per tutti, cfr. PALADIN, *Il principio costituzionale d'uguaglianza*, Milano, 1965, 243. In senso parzialmente contrario, cfr. NATOLI, *Limiti costituzionali all'autonomia privata*, Milano, 1956, per il quale i diritti fondamentali previsti in Costituzione non hanno come destinatario esclusivo lo Stato, ma "valgono anche in confronto di ogni altro soggetto, anche privato, che di tale società sia partecipe e, pertanto, hanno funzione determinante – sia pure essenzialmente limitativa – altresì nei singoli rapporti soggettivi".

<sup>6</sup> Cfr. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, IX ed., Padova, 1975/76, 832.

natura e spessore di aspettativa di mero fatto, salvo, tuttavia, per quel che riguarda l'osservanza delle regole di buona fede e correttezza e di non illiceità del motivo<sup>7</sup>.

### **§ 2.1. Le fonti internazionali. Il diritto pattizio.**

Il fondamento del divieto di discriminazione nell'ordinamento interno deriva anche dall'attuazione degli obblighi assunti in sede di formazione del internazionale pattizio.

Quest'ultimo, per altro, trova copertura diretta nella Costituzione e, precisamente, nell'art. 10, comma secondo, dove si prevede che "la condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali".

Ciò significa che, nel nostro Paese, sia la politica di immigrazione, sia quella per l'emigrazione sono regolate con disposizioni aventi forza di norma primaria e che queste devono obbligatoriamente uniformarsi al diritto internazionale pattizio, pena la loro incostituzionalità<sup>8</sup>.

Del divieto di discriminazione etnica si occupano l'art. 14 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata in Roma il 4 novembre 1950, ratificata dall'Italia con legge 4 agosto 1955 n. 848 e l'art. 1 della Convenzione delle Nazioni Unite del 1966 per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale, ratificata dall'Italia con legge 1 maggio 1975 n. 654.

Altre norme internazionali pattizie hanno poi interessato la materia della tutela dell'occupazione di cittadini extracomunitari e sono state recepite nell'ordinamento interno, in ossequio al dettato dell'art. 10, comma 2, Cost., secondo il quale "la condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge, in conformità delle norme e dei trattati internazionali".

La principale di tali norme è certamente la Convenzione dell'Organizzazione internazionale del lavoro (O.I.L.) del 24 giugno 1975 n. 143, sulla tutela dei lavoratori migranti (ratificata dall'Italia con L. 10 aprile 1981 n. 158).

---

<sup>7</sup> Cfr. BARBERA, *op. cit.*, 19 ss., secondo cui l'azione datoriale è sempre sottoposta al controllo di ragionevolezza e non arbitrarietà.

<sup>8</sup> Così BONETTI, *Prime note sulla tutela costituzionale contro il razzismo e la xenofobia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1994, 1 ss.; PUGLIESE, *Immigrazione, lavoro e diritti di cittadinanza*, in *Giorn. dir. lav. e rel. ind.*, 2004, 322 ss.

Il primo atto di regolazione organica è, tuttavia, costituito dalla L. 30 dicembre 1986 n. 943, in materia di collocamento e di trattamento dei lavoratori extracomunitari immigrati, che all'art. 1, in ossequio alla Convenzione O.I.L. n. 143/1975 (per altro già vigente sulla base della legge di ratifica sopra menzionata), esplicitamente afferma che la Repubblica, in attuazione della Convenzione, "garantisce a tutti i lavoratori extracomunitari legalmente residenti nel suo territorio e alle loro famiglie parità di trattamento e piena uguaglianza di diritti rispetto ai lavoratori italiani". Oltre alla parità di trattamento, la stessa norma garantisce ai lavoratori extracomunitari altre importanti garanzie, quali l'accesso ai servizi sociali, alla scuola ed all'abitazione.

Il complesso normativo derivato da questa legge e da altre successive fonti destinate a regolare singoli aspetti ha trovato una sua razionalizzazione con la L. 6 marzo 1998 n. 40, recante la disciplina dell'immigrazione e le norme sulla condizione dello straniero. Questa ha, tra l'altro, promosso un'opera di coordinamento normativo, prevedendo l'emanazione di un testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e la condizione dello straniero, ora contenuto nel D.lgs. 25 luglio 1998 n. 286.

La normativa del testo unico, per espressa disposizione (art. 1), non si applica ai cittadini degli Stati membri dell'Unione europea, salvo che dalla stessa non derivino disposizioni più favorevoli. L'art. 2 D.lgs. 286/1998 recepisce il contenuto dell'art. 1 L. 943/1986, garantendo allo straniero comunque presente sul territorio nazionale (e, quindi, anche a coloro che siano giunti clandestinamente) il godimento dei diritti fondamentali della persona previsti dal diritto interno, dalle convenzioni internazionali e dai principi internazionali (primo comma). Coloro che soggiornano regolarmente godono, inoltre: a) dei diritti in materia civile attribuiti al cittadino italiano (capacità giuridica, diritto al nome, diritto di proprietà, ecc., secondo comma); b) della parità di trattamento e della piena eguaglianza di diritti rispetto ai lavoratori italiani, in attuazione della già citata Convenzione O.I.L. (terzo comma); c) del diritto alla partecipazione alla vita pubblica (quarto comma); d) della parità di trattamento con il cittadino per la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi, nei rapporti con la P.A. e nell'accesso ai pubblici servizi, nei limiti fissati dalle leggi ordinarie (quinto comma).

## **§ 2.2. Le fonti comunitarie. La fase antecedente al Trattato di Amsterdam.**

In ambito comunitario, il divieto di discriminazione razziale, pur costituendo uno degli strumenti privilegiati e più ricorrenti negli interventi comunitari di politica sociale, ha assunto un ruolo di spicco nella costruzione dell'ordinamento giuridico sovranazionale solo con l'introduzione nel Trattato di Amsterdam dell'art. 13 (già art. 6A) <sup>9[9]</sup>.

Tuttavia, anche in assenza di uno specifico divieto di discriminazione basato sulla razza, le istituzioni comunitarie hanno da sempre prestato molta attenzione alla lotta contro il razzismo e la xenofobia.

Anche in conseguenza di spiacevoli episodi di cronaca, fino dalla metà degli anni ottanta il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione hanno stimolato l'attività comunitaria e degli Stati membri per prevenire e sanzionare comportamenti di intolleranza razziale. In tal senso, la prima espressione della crescente attenzione per tali problemi è rappresentata dalla dichiarazione comune del Parlamento, del Consiglio e della Commissione contro il razzismo e la xenofobia dell'11 giugno 1986; numerose risoluzioni hanno fatto seguito a questa iniziativa anche negli anni novanta.

Con l'entrata in vigore del Trattato sull'Unione europea, poi, la lotta al razzismo ed alla xenofobia ha potuto utilizzare nuovi strumenti di intervento, quali le azioni comuni previste dal titolo VI° del Trattato sull'Unione. Nel luglio 1996, il Consiglio ha adottato l'azione comune volta a stabilire un'effettiva cooperazione giudiziaria per il perseguimento e la repressione di comportamenti xenofobi, espressivi di odio razziale o di apologia di crimini contro l'umanità o violazioni dei diritti dell'uomo.

Dopo aver identificato i comportamenti da reprimere, il testo dell'atto ha obbligato gli Stati membri ad assicurare l'effettiva cooperazione giudiziaria, a predisporre sanzioni penali applicabili in presenza dei comportamenti vietati e perfino a derogare al principio che vieta la duplice imputazione, qualora lo Stato membro procedente non abbia ancora predisposto le citate sanzioni.

---

<sup>9[9]</sup> Per una panoramica completa, cfr. TESAURO, *Eguaglianza e legalità nel diritto comunitario*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 1999, I, 1 ss. e CHITI, *Il principio di non discriminazione e il Trattato di Amsterdam*, in *Riv. it. dir. pubbl.*, 2000.

Le misure previste dall'azione comune per combattere questi fenomeni sono essenzialmente il sequestro di materiali pericolosi, lo scambio delle informazioni con altri Stati membri per consentire loro di avviare i procedimenti giudiziari necessari alla repressione di detti comportamenti, la creazione di punti di contatto per la raccolta e la circolazione delle informazioni ai fini delle indagini.

Altra iniziativa è l'istituzione dell'Anno europeo contro il razzismo (1997), attraverso la risoluzione del Consiglio e dei rappresentanti dei governi degli Stati membri, riuniti in sede di Consiglio, in data 23 luglio 1996. Obiettivo della manifestazione è quello di favorire lo scambio di riflessioni sui pericoli del razzismo e di esperienze sulle misure sperimentate nei vari paesi per superare tali fenomeni, nonché di far conoscere le esperienze delle vittime per migliorare le politiche nazionali e comuni su questi argomenti. A tale scopo, la risoluzione ha invitato gli Stati membri ad organizzare conferenze ed incontri su questi argomenti, a scambiare e diffondere relazioni di approfondimento sui temi, la promozione di campagne di informazione, la circolazione di informazioni ed esperienze anche attraverso pubblicazioni nazionali e comunitarie.

Può essere considerato frutto dell'Anno europeo contro il razzismo il regolamento del Consiglio che ha istituito l'Osservatorio europeo dei fenomeni di razzismo e xenofobia, organismo preposto ad operare in modo indipendente dalle istituzioni comunitarie e dai governi nazionali per raccogliere informazioni "obiettive, attendibili e comparabili" sui fenomeni del razzismo e della xenofobia, allo scopo di fornire alla Comunità europea e agli Stati membri gli strumenti necessari per l'adozione di provvedimenti o iniziative su tali argomenti.

Composto da personalità indipendenti designate dagli Stati membri (un membro ciascuno), dal Parlamento europeo e dal Consiglio d'Europa e da un rappresentante della Commissione, l'Osservatorio può agire direttamente all'interno degli Stati membri dove gli è riconosciuta la più ampia capacità giuridica attribuita dal diritto nazionale alle persone giuridiche.

I risultati dell'Anno europeo contro il razzismo e le prime esperienze di attività dell'Osservatorio stanno, infine, alla base della comunicazione della Commissione del 1998 in cui viene proposta l'elaborazione di un *Piano d'azione contro il razzismo*.

### **§ 3. Il Trattato di Amsterdam e la sua attuazione in ambito comunitario.**

Quanto sopra dimostra che la strategia della Comunità in tema di lotta al razzismo e alla xenofobia stava inesorabilmente mutando. Dopo l'iniziale – ed inevitabile, data l'assenza di una base giuridica nei trattati – ricorso a provvedimenti finalizzati solo all'affermazione di posizioni di principio, la Comunità ricorreva ad ogni nuovo strumento utile per rendere concreta la lotta a tali fenomeni.

L'azione comune, pur con i limiti tipici della natura del provvedimento, esprimeva la volontà degli Stati membri di accrescere la loro collaborazione nel perseguire il razzismo.

L'Osservatorio, poi, consentiva alla Comunità di agire direttamente contro questi fenomeni e rappresenta un'importante strumento anche per le iniziative future, siano esse nazionali o comunitarie.

E', però, con la riforma di Amsterdam che si introduceva, nell'ordinamento comunitario, la disposizione relativa alla lotta alla discriminazione razziale, da sempre mancata nel Trattato.

L'art. 13 (già art. 6A) afferma che, fatte salve le più specifiche disposizioni del Trattato e nell'ambito delle competenze conferite alla Comunità, il Consiglio – seppure all'unanimità – su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento, "può prendere provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza, l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali".

Previsione, questa, che non a caso anticipa la definizione di uno dei valori fondanti dell'Unione europea contenuto nella Carta di Nizza sui diritti fondamentali, che all'art. 21, nel capo III°, intitolato all'eguaglianza, vieta "qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione, o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali" (salve le disposizioni particolari contenute nei trattati stessi).

Del resto, che il principio affermato nel nuovo art. 13 del Trattato CE non fosse una mera esercitazione verbale, lo si è subito constatato in occasione del Consiglio europeo di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999, quando su concorde posizione dei capi di governo e del Parlamento europeo, la Commissione è stata sollecitata a darvi attuazione.

Sollecitazione prontamente raccolta, avendo essa portato all'approvazione dapprima della direttiva 2000/43/CE del Consiglio del 29 giugno 2000 ("che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica") e, quindi, della direttiva 2000/78/CE del Consiglio del 27 novembre 2000 ("che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro"), entrambe basate sull'art. 13.

Si tratta di due provvedimenti di grande rilevanza, costruiti secondo una struttura e con contenuti per molte parti del tutto identici, salvo poi a differenziarsi in funzione della specifica tipologia dei motivi discriminatori sanzionati; caratteristica che consente di affrontarne l'esame in modo unitario, evidenziando di volta in volta le specifiche peculiarità regolative.

Scopo dichiarato di entrambe le direttive è quello di introdurre un insieme di norme per quella "lotta alle discriminazioni" che, secondo il legislatore europeo, è lo strumento attraverso cui rendere effettivo il principio della parità di trattamento.

In esse, sono introdotti e tipizzati, quali motivi di discriminazione vietata, quelli concernenti la "religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali" (art. 1 della direttiva 2000/78/CE) nonché la "razza e l'origine etnica" (art. 1 della direttiva 2000/43/CE).

Com'è facile osservare, le due direttive compendiano tutte le discriminazioni tipizzate dall'art. 13 del Trattato CE, con la sola esclusione di quelle fondate sul sesso in quanto già sanzionate in altri (e, in buona misura, antesignani) interventi del legislatore europeo, seppure in programma di essere rivisitati.

Al pari della norma di riferimento, i motivi che non possono fondare e giustificare trattamenti differenziati sono tipizzati attraverso espressioni e categorie molto ampie e ciò si lascia apprezzare specie per ciò che concerne le convinzioni personali, nelle quali vengono racchiuse una serie di categorie del *dover essere* dell'individuo che vanno dall'etica alla filosofia, dalla politica alla dimensione dei rapporti sociali e sindacali, ed oltre ancora, neutralizzandone gli effetti seppure entro gli ambiti oggettivi di applicazione delle due direttive. Sul punto, per altro, è politicamente significativa l'affermazione di principio contenuta nella direttiva 2000/43/CE, lì dove si precisa che il riferimento formale al divieto (anche) alla

discriminazione razziale non implica da parte dell'Unione europea l'accettazione delle "teorie che tentano di dimostrare l'esistenza di razze umane distinte" (considerando n. 6).

Nel complesso, la mancanza di confini netti e di nozioni prestabilite (seppure convenzionali) dei motivi che possono fondare discriminazioni vietate si traduce in un vincolo per il legislatore nazionale, che non dovrà procedere ad elencazioni analitiche, in quanto esse potrebbero produrre un restringimento dell'ambito di applicazione del divieto voluto dal legislatore comunitario. Ne deriva che un ruolo decisivo spetterà alla Corte di giustizia, che nelle ipotesi dubbie dovrà essere chiamata a stabilire l'esatta portata del divieto così da garantire criteri generali e ambiti applicativi uniformi negli ordinamenti degli Stati membri.

Per ciò che concerne il profilo strutturale, il divieto riguarda in primo luogo la discriminazione diretta che sussiste quando, a causa di uno dei motivi tipizzati, "una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe stata un'altra in una situazione analoga".

La formula è molto ampia e impone che la comparazione, ai fini della verifica della sussistenza della situazione vietata, coinvolga non solo situazioni in atto o passate ma anche meramente ipotetiche. Con l'ulteriore ed opportuna precisazione che deve essere del tutto equiparato alla discriminazione l'ordine di eseguirla, ponendo così sullo stesso piano ai fini sanzionatori sia l'esecutore del comportamento che il suo mandante.

Qualche dubbio, invece, emerge a proposito della possibilità di assimilare alla discriminazione anche un ordine rimasto ineseguito, in quanto mancherebbe del tutto l'elemento materiale della fattispecie (ordinaria) costituito dalla differenziazione di trattamento. Tuttavia, stante la natura meramente "stipulativi" della nozione di discriminazione, la lettera della norma ("l'ordine di discriminare persone... è da considerarsi discriminazione ai sensi del § 1") induce a sciogliere il dubbio nel senso della sussistenza della violazione anche nell'ordine a discriminare non eseguito.

Il divieto di considerare dichiaratamente uno dei motivi tipizzati quale elemento rilevante ai fini della costituzione del rapporto di lavoro non opera in via assoluta, stante il disposto del primo comma dell'art. 4 delle due direttive commentate. Questo, invero, consente agli Stati membri di stabilire (in deroga all'art. 2, §§ 1 e 2) che la considerazione di una caratteristica correlata ad uno qualunque dei motivi tipizzati "non costituisca discriminazione laddove, per la natura di

un'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, tale caratteristica costituisca un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa", a condizione che "la finalità sia legittima e il requisito proporzionato".

Come si evince chiaramente dal tenore letterale della norma, si tratta di una ipotesi la cui ricorrenza configura non un'eccezione all'operatività del divieto, ma, più radicalmente e correttamente, una fattispecie esterna ed estranea alla discriminazione, poiché attinge la stessa possibilità (materiale ovvero giuridica) di svolgere la prestazione lavorativa.

Invero, la necessità di valutare la caratteristica personale correlata ad uno dei motivi discriminatori deriva dalla sua essenzialità per lo svolgimento della prestazione di lavoro dedotta in contratto, che andrà soppesata sia dal punto di vista del contenuto e della collocazione della posizione di lavoro (la "natura dell'attività lavorativa"), sia dal punto di vista dei caratteri oggettivi e degli scopi dell'organizzazione del datore di lavoro ("il contesto in cui essa – l'attività lavorativa – viene espletata").

Ciò significa che il requisito dell'essenzialità dovrà risultare dalla considerazione incrociata dell'oggetto della prestazione con la tipologia del datore di lavoro. L'attività di quest'ultimo, allora, anche quando abbia natura e scopi fortemente caratterizzati (per ideologia, religione, obiettivi etico-filosofici, per scelta di segmento di mercato e di prodotto-servizio, ecc...) non potrà mai giustificare ex se una richiesta generalizzata di adesione e condivisione motivazionale di tutti i dipendenti, ma solo di quelli che, in ragione delle mansioni dedotte in contratto, abbiano il compito di esprimere gli scopi ideologicamente, eticamente, economicamente caratterizzanti del datore di lavoro.

A tali criteri valutativi non molto sembra aggiungere l'inciso finale dell'art. 4.1 delle due direttive con il richiamo alla duplice condizione della "finalità... legittima" e del "requisito proporzionale".

In particolare, la prima condizione appare del tutto superflua: ove il datore di lavoro persegua uno scopo illegittimo o più radicalmente illecito – sul piano della finalizzazione della singola prestazione lavorativa ovvero su quello più generale del complesso dell'attività produttiva svolta –, si porrà la più radicale questione della nullità del contratto di lavoro per illiceità della

causa o dell'oggetto, piuttosto che quella di illegittima considerazione di caratteristiche personali correlate ai motivi tipizzati dalla normativa comunitaria.

Meno radicale, invece, è la conclusione circa il requisito di proporzionalità, specie se, piuttosto che riferirlo al requisito di essenzialità della caratteristica personale considerata (come parrebbe doversi dedurre dalla lettera della norma), lo si riferisca alla natura e al contenuto dell'attività lavorativa. Così inteso, esso espliciterebbe quanto già implicitamente prescritto nella prima parte della norma, dando fondamento normativo all'orientamento, da tempo emerso nella giurisprudenza e nella dottrina riguardo alle c.d. imprese di tendenza, in base al quale occorre differenziare le attività e le posizioni lavorative in ragione del maggiore o minore coinvolgimento dei lavoratori, in ognuna di esse, nella realizzazione della tendenza, secondo una graduazione di intensità che ben si presta ad essere valutata alla luce della proporzionalità.

In ogni caso, quale che sia la valutazione del suo inciso finale, il complessivo disposto del primo comma dell'art. 4 di entrambe le direttive mira a consentire l'attività di tutti quei datori di lavoro che per diverse ed oggettive ragioni fanno ricorso a lavoratori selezionati in base a caratteristiche personali che consentano a loro (e solo a loro) di poter svolgere la prestazione dedotta in contratto; datori di lavoro tra i quali rientrano, ovviamente, anche le imprese e le organizzazioni di tendenza poiché è proprio in relazione ad esse che si è da sempre posto il problema di delimitare l'operatività del divieto di discriminazione così da consentire il concreto perseguimento della tendenza.

Tuttavia, per ciò che concerne specificamente quei soggetti ed istituzioni la cui azione è basata sulla religione o sulle convinzioni personali, accanto alle disposizioni generali poc'anzi esaminate vanno considerate quelle previste – esclusivamente – nella direttiva 2000/78/CE al secondo e terzo comma dell'art. 4.

In particolare, il secondo comma salvaguarda la legislazione nazionale vigente (ovvero futura, ma attuativa di prassi nazionali in vigore al momento di emanazione della direttiva) che escluda la natura discriminatoria di trattamenti differenziati basati sulla religione ovvero sulle convinzioni professionali "nel caso di attività professionali di chiese o di altre organizzazioni pubbliche o private la cui etica è fondata sulla religione o sulle convinzioni personali". Tale

salvaguardia, peraltro, opera laddove, in considerazione della natura delle attività professionali ovvero del contesto in cui vengano svolte, "la religione o le convinzioni personali rappresentino un requisito essenziale, legittimo e giustificato per lo svolgimento dell'attività lavorativa, tenuto conto dell'etica dell'organizzazione". Con l'ulteriore ed importante precisazione che – oltre a dover rispettare disposizioni e principi costituzionali degli Stati membri e principi generali del diritto comunitario – le differenze di trattamento ammesse (alle suddette condizioni) sono soltanto quelle basate sulla religione o sulle convinzioni personali sicché viene riaffermata la natura discriminatoria delle altre differenziazioni poste in essere dai soggetti sopra ricordati.

Le prescrizioni a tutela della diversità nelle attività professionali delle chiese e degli altri soggetti pubblici e privati ad azione eticamente fondata sembrano oggetto di (una mera) conferma nel terzo comma dell'art. 4. Qui, in termini susseguenti al disposto del comma precedente, si afferma che la direttiva non pregiudica "pertanto" il diritto di tali organismi "di esigere dalle persone che sono alle loro dipendenze un atteggiamento di buona fede e di lealtà nei confronti dell'organizzazione".

Non è facile comprendere quale sia esattamente il rapporto tra tali specifiche previsioni destinate alle chiese e ad altre istituzioni simili – la cui presenza sembra testimoniare la particolare rilevanza assegnata a tali soggetti – e la fattispecie generale contenuta nel primo comma della medesima disposizione. Quest'ultima sembra idonea a dare "copertura" anche alle esigenze degli organismi ad azione eticamente fondata, in quanto – come si è detto – esclude la natura discriminatoria delle differenziazioni basate su caratteristiche correlate a tutti i motivi – ivi inclusi quelli a sfondo religioso o legati a convinzioni personali – quando, tenuto conto del contesto in cui l'attività lavorativa deve essere espletata, la caratteristica personale (*alias*, per ciò che qui interessa, la convinzione religiosa o ideologica) costituisca requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa.

Niente di meno di quello che può leggersi nel secondo comma del medesimo art. 4 della direttiva 2000/78/CE, le cui specificità sembrano muoversi, anzi, in una direzione più restrittiva rispetto alla fattispecie generale del primo comma. Ciò non solo perché la norma di salvaguardia di cui al secondo comma fissa una barriera temporale (la "data di adozione della presente direttiva") oltre la quale nuove leggi che consentano a chiese e istituzioni similari di

differenziare i trattamenti potranno essere introdotte solo a condizione di rispondere alle prassi nazionali vigenti (per l'appunto) all'adozione della direttiva; ma anche perché a questo elemento di sfavore se ne aggiungono altri due, introdotti nell'ultima parte del secondo comma dell'art. 4.

In primo luogo, i trattamenti differenziati consentiti a detti organismi senza che essi incorrano nel divieto di discriminazione, devono essere rispettosi "delle disposizioni e dei principi costituzionali degli Stati membri nonché dei principi generali del diritto comunitario", sicché (diversamente dalla fattispecie generale del primo comma) non è la direttiva ex se ad assicurare il fondamento normativo (e di legittimità) alle leggi che ammettono tali differenziazioni.

In secondo luogo, le diversità di trattamento concesse a tali organismi possono riguardare solo le caratteristiche correlate alla religione o alle convinzioni personali, con espressa esclusione di tutte le altre che, come si è visto, possono essere invece legittimamente considerate entro la fattispecie generale di cui al primo comma dell'art. 4. Il che è davvero paradossale, in quanto in tal modo si chiude il cerchio di una disciplina restrittiva che, viceversa, proprio in relazione alle chiese, associazioni e comunità religiose, nonché alle organizzazioni filosofiche non confessionali doveva essere emanata per assicurare (rispetto alle previsioni generali del primo comma dell'art. 4) una regolamentazione di maggior favore, in grado, in definitiva, di rispettare lo status particolare spesso riconosciuto a tali organismi nelle legislazioni nazionali (v. considerando n. 24).

Tuttavia, proprio partendo da quest'esigenza, è possibile una lettura del secondo comma dell'art. 4 della direttiva 2000/78/CE che riconduca tale disposizione entro un ambito di applicazione tale da non contraddire ed anzi riaffermare lo status particolare assegnato a detti organismi. A tal fine, occorre porre in risalto la circostanza che il secondo comma dell'art. 4 individua i soggetti destinatari delle proprie specifiche previsioni riferendosi testualmente al "caso di attività professionali di chiese e di altre organizzazioni pubbliche e private la cui etica è fondata sulla religione o sulle altre convinzioni personali".

In particolare, sembra di poter affermare che la specifica e più restrittiva disciplina da ultimo esaminata venga riservata ai trattamenti differenziati correlati alla religione ovvero alle convinzioni personali posti in essere dalle chiese e dagli altri soggetti assimilati, non nello

svolgimento della loro opera istituzionale (confessionale o laica), bensì nel diverso seppure strumentale ambito delle attività professionali ad essi riferibili.

In altri termini, posto che le chiese e le altre istituzioni assimilate non svolgono né primariamente né ordinariamente attività professionali, è lecito dedurre che la specificità della più restrittiva regolamentazione del secondo comma dell'art. 4 concerna esclusivamente quelle attività secondarie e strumentali di natura professionale riconducibili a tali soggetti in quanto più o meno direttamente funzionali al perseguimento del loro fine religioso o etico. Ciò varrebbe a spiegare e giustificare le molteplici limitazioni – innanzi rilevate – al mantenimento o all'introduzione di leggi atte a legittimare trattamenti differenziati fondati sulla religione o sulle convinzioni personali che, secondo la proposta interpretativa avanzata, riguarderebbero soltanto gli enti economici strumentali (ovvero le attività economiche strumentali) delle chiese e degli altri organismi ad azione eticamente fondata.

Questi ultimi, allora, nell'esercizio della loro primaria attività confessionale od etico-filosofica potranno invece operare differenziazioni sottratte al divieto di discriminazione entro la più ampia cornice del primo comma dell'art. 4.

Le due direttive comunitarie hanno trovato attuazione, nell'ordinamento interno, in altrettanti decreti legislativi, emanati in data il 9 luglio 2003: il n. 215 (recante attuazione della direttiva 2000/43/CE per la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica) ed il n. 216 (recante attuazione della direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro), sui quali ci si soffermerà nel prosieguo.

#### **§ 4. Le norme dell'ordinamento interno. La tutela penale: una risposta insoddisfacente.**

La prima normativa italiana espressamente finalizzata al contrasto delle discriminazioni nei confronti dei cittadini stranieri risale alla L. 13 ottobre 1975 n. 654, con la quale il nostro Paese ha ratificato e dato esecuzione alla Convenzione internazionale delle Nazioni Unite del 1966, sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale.

La legge, all'art. 3, punisce con la reclusione da uno a quattro anni: a) chi diffonde in qualsiasi modo idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale; b) chi incita in qualsiasi modo alla

discriminazione, o incita a commettere o commette atti di violenza o di provocazione alla violenza, nei confronti di persone perché appartenenti ad un gruppo nazionale, etnico o razziale.

E' inoltre vietata ogni organizzazione o associazione avente tra i suoi scopi di incitare all'odio o alla discriminazione razziale e chiunque partecipi ad organizzazioni o associazioni di tal genere o presti assistenza alla loro attività, è punito, per il solo fatto della partecipazione o dell'assistenza, con la reclusione da uno a cinque anni.

Detta normativa giunge, quindi, a sanzionare, in forma differenziata ed aggravata, atti di discriminazione che già alla stregua del diritto comune avrebbero costituito ipotesi di illecito penale.

E' per questa ragione, forse, che la L. 654/1975 si è rivelata del tutto inefficace, posto che difficilmente, nonostante la consueta opinione contraria dell'uomo qualunque, le politiche di aggravamento della pena per fattispecie già effettivamente sanzionate possono avere un apprezzabile effetto di deterrenza.

Altre due ragioni possono spiegare lo scarso impatto di quella legge sulla materia regolata. La prima è individuabile nel fatto che la disciplina sanziona solo gli atti discriminatori più eclatanti, consistenti sostanzialmente in manifestazioni del razzismo ideologico e organizzato, con particolare riguardo agli incitamenti diretti alla violenza, escludendo così dal suo ambito di applicazione gli atti di discriminazione più diffusi nel tessuto sociale. Manca, in secondo luogo, un'adeguata gradualità del presidio sanzionatorio in essa previsto, costituito esclusivamente da una pena detentiva da uno a quattro anni, salvo che il fatto non costituisca un più grave reato. In seguito, con D.L. 26 aprile 1993 n. 122, conv. in L. 25 giugno 1993 n. 205 (che ha modificato in parte la L. 654/1975), il Legislatore ha provveduto ad ampliare l'area del penalmente rilevante, includendovi la commissione o l'incitamento alla commissione di atti, anche non violenti fisicamente, di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi.

E' stato detto, a commento della legge 205/1993, che, con essa, ad una normativa mirata alla tutela del bene dell'ordine pubblico, si è sovrapposta una disciplina che, attraverso la criminalizzazione dei singoli atti discriminatori, appare più profondamente orientata alla tutela

dei beni della personalità e della dignità sociale dei soggetti, a prescindere dalle consuete emergenze di devianza sociale <sup>10</sup>.

Si tratta di un'affermazione senza dubbio condivisibile che, tuttavia, se descrive esattamente il piano assiologico sul quale è collocata la disciplina di riferimento, non ne dimostra, però, la congruenza e sufficienza rispetto agli obiettivi di tutela cui essa mirava e che, forse, non ha adeguatamente raggiunto.

In effetti, ben poche pronunzie, anche se interessanti per l'interprete, hanno contrassegnato l'ormai lungo periodo di vigenza della legge n. 205/1993, pur a fronte di un incontestabile aumento dei casi di xenofobia e di discriminazione, anche violenti, nel Paese.

Si comprende, d'altronde, come, per un verso, di fronte a fatti non particolarmente gravi, comprensibilmente il giudice preferisca non infierire sui loro autori, spesso giovani o giovanissimi, talvolta vittime essi stessi di una condizione di forte marginalizzazione sociale, con una pena detentiva, mentre, per altro verso, in occasione di episodi particolarmente violenti egli dispone già delle severe sanzioni previste nel codice penale.

#### **§ 5. Un condivisibile cambio di rotta: la tutela giuslavoristica e civile contro la discriminazione razziale.**

La deludente prova del legislatore penale, fortemente influenzato nella sua produzione normativa da fattori emozionali e talvolta elettorali, induce a ribadire una considerazione da molti condivisa, ma rimasta inattuata: ossia che il diritto penale non può porsi quale strumento prioritario della lotta contro le discriminazioni <sup>11</sup>.

Al contrario, esso andrebbe collocato in posizione non preminente all'interno di una politica globale e dovrebbe intervenire, secondo il noto principio di sussidiarietà, soltanto in presenza di determinate tipologie di offesa, qualora si mostrino insufficienti le misure extrapenali.

Per tali ragioni, nel suo incedere successivo, il Legislatore ha gradualmente abbandonato il suo tradizionale e insoddisfacente approccio alla materia, di stampo penale, dando per la prima

---

<sup>10</sup> Cfr. CAPUTO, *Discriminazioni razziali e repressione penale*, in *Quest. giust.*, 1997, 476 ss.

<sup>11</sup> Cfr. CAPUTO, op. cit.

volta rilevanza civilistica e giuslavoristica alla discriminazione razziale, in qualunque forma ed ambito essa abbia occasione di esprimersi.

E' questo, certamente, un evento normativo di grande rilievo: il divieto di discriminazione diventa limite esterno all'esercizio dell'autonomia privata e dei pubblici poteri.

Un primo segnale di tale epocale cambio di rotta è senz'altro costituito dall'art. 4 L. 15 luglio 1966 n. 604, che sancisce la nullità del licenziamento determinato da ragioni di credo politico o fede religiosa, dell'appartenenza ad un sindacato e dalla partecipazione ad attività sindacabili, indipendentemente dalla motivazione adottata <sup>12</sup>.

Certo, ai fini che ci interessano, la tutela rimane concentrata alla discriminazione per fede religiosa, ma ripetersi si tratta di un avviso ancora allo stato iniziale <sup>13</sup>.

La svolta, in materia, si ha con l'entrata in vigore dell'art. 13 L. 9 dicembre 1977 n. 903 che, aggiungendo un comma finale all'art. 15 dello Statuto dei lavoratori, colpisce con la sanzione della nullità "i patti o atti diretti a fini di discriminazione politica, religiosa, razziale, di lingua o di sesso"; un'ulteriore modifica introdotta dall'art. 4 del D.lgs. 9 settembre 2003 n. 216 ha successivamente esteso la portata del divieto, sino a comprendervi tutti "i patti o atti diretti a fini di discriminazione politica, religiosa, razziale, di lingua o di sesso, di handicap, di età o basata sull'orientamento sessuale o sulle convinzioni personali".

L'art. 3 L. 11 maggio 1990 n. 108 aggiunge, poi, un ulteriore tassello a tutela del lavoratore licenziato per motivi di discriminazione: alla declaratoria giudiziale della nullità del licenziamento ed alla condanna al risarcimento del danno segue, infatti, anche l'ordine al datore di lavoro, imprenditore e non imprenditore, di reintegrare il lavoratore nel posto di lavoro, e ciò anche se l'impresa non supera le dimensioni di cui all'art. 18 dello Statuto e se il lavoratore riveste la qualifica di dirigente.

---

<sup>12</sup> Sulla materia, cfr. BARBERA, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Milano, 1991; ISENBURG, *Divieti di discriminazione nel rapporto di lavoro*, Milano, 1984; MAZZOTTA, *I licenziamenti*, Milano, 1999.

<sup>13</sup> Sul punto, si vedano: Pretura Roma, 6 novembre 1998, in *Dir. eccl.*, 2000, I, 114, con nota di VALSIGLIO, *Il riposo sabatico e il licenziamento discriminatorio*, nonché CAVANA, *Pluralismo religioso e modelli di cittadinanza: l'azione civile contro la discriminazione*, in *Dir. eccl.*, 2000, I, 165.

Si tenga poi conto che, in base ad una diffusa prassi giurisprudenziale, per aversi un atto o patto discriminatorio, è sufficiente che il datore di lavoro ponga in essere un atto negoziale od un comportamento che abbia un'oggettiva portata discriminatoria, essendo di per sé irrilevante l'effettivo intento dello stesso, e ciò anche ai fini della condanna al risarcimento del danno (c.d. nozione oggettiva della discriminazione) <sup>14</sup>. L'elemento psicologico torna ad essere rilevante solo per verificare se il fatto costituisce reato.

Al contrario, la mera intenzione di discriminare non seguita da un'oggettiva differenziazione svantaggiosa è irrilevante dal punto di vista giuridico.

**§ 6. Gli articoli 43 e 44 D.lgs. 25 luglio 1998 n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e la condizione dello straniero): la nozione di discriminazione razziale e la relativa azione civile.**

In Italia, perché si abbia una disciplina specifica e dettagliata contro le discriminazioni per motivi razziali, tale da abbracciare tutti i settori della vita pubblica e privata (e non solo il mondo del lavoro) e da compendiare insieme gli aspetti sostanziali e quelli processuali, occorre attendere l'entrata in vigore degli artt. 41 e 42 L. 6 marzo 1998 n. 40, poi trasfusi negli artt. 43 e 44 D.lgs. 25 luglio 1998 n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e la condizione dello straniero) <sup>15[15]</sup>.

L'art. 43 T.U. 286/1998 definisce, anzitutto, il concetto di "discriminazione", dandone una nozione estremamente ampia, che in qualche modo riprende l'art. 1 della Convenzione delle

---

<sup>14</sup> Cfr. Cass. civ., Sez. lav., 21 settembre 1998 n. 9464, in *Mass. giur. lav.*, 1999, 137, con nota di RONDO e commento di METTA, *Licenziamento illegittimo: risarcimento e rilevanza dell'elemento intenzionale*, in *Imposte lav. previd.*, 1999; Pretura Milano, 17 novembre 1980, in *Tributi*, 1981, 243. *Contra*, tuttavia, Cass. civ., Sez. lav., 5 marzo 1986 n. 1444, in *Riv. it. dir. lav.*, 1986, II, 717, con nota di BALLESTRERO.

<sup>15</sup> Per un commento sistematico alla legge, cfr. VISCOMI, *La legge italiana del 1998 sul lavoro immigrato extracomunitario*, in CAPPELLETTI- GAETA (a cura di), *Diritto lavoro alterità*, Napoli, 1999.

Nazioni Unite del 1966 per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale, ratificata dall'Italia con L. 1 maggio 1975 n. 654 <sup>16</sup>.

Esso qualifica come discriminazione "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".

Di fondamentale importanza appare il richiamo alle forme di discriminazione indiretta, nozione che resta indefinita nell'articolato normativo, salvo che per quanto concerne il rapporto di lavoro.

L'art. 43, comma 2, lett. e), specifica, infatti, che è tale "ogni trattamento pregiudizievole conseguente all'adozione di criteri che svantaggino in modo proporzionalmente maggiore i lavoratori appartenenti ad una determinata razza, ad un determinato gruppo etnico o linguistico, ad una determinata confessione religiosa o ad una cittadinanza e riguardino requisiti non essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa".

In via generale, comunque, può definirsi discriminazione indiretta la previsione di criteri che di fatto pregiudicano lo straniero rispetto al cittadino italiano e riguardano requisiti non essenziali allo svolgimento del rapporto sottostante (si pensi, ad es., all'imposizione di tasse universitarie più elevate per gli studenti non soggiornanti in Italia da oltre un certo numero di anni).

Viene, infine, precisato dallo stesso art. 43 che compie in ogni caso un atto di discriminazione: a) il pubblico ufficiale o la persona incaricata di pubblico servizio o la persona esercente un servizio di pubblica necessità che nell'esercizio delle sue funzioni compia od ometta atti nei riguardi di un cittadino straniero che, soltanto a causa della sua condizione di straniero o di appartenente ad una determinata razza, religione, etnia o nazionali, lo discriminino ingiustamente; b) chiunque imponga condizioni più svantaggiose o si rifiuti di fornire beni o servizi offerti al pubblico ad uno straniero soltanto a causa della sua condizione di straniero o di

---

<sup>16</sup>[16] Sul concetto di discriminazione, cfr. TREU, *Atti e comportamenti discriminatori*, in *Enc. Giur. Treccani*, 6 ss.

appartenente ad una determinata razza, religione, etnia o nazionalità; c) chiunque illegittimamente imponga condizioni più svantaggiose o si rifiuti di fornire l'accesso all'occupazione, all'alloggio, all'istruzione, alla formazione e ai servizi sociali e socio-assistenziali allo straniero regolarmente soggiornante in Italia soltanto in ragione della sua condizione di straniero o di appartenente ad una determinata razza, religione, etnia o nazionalità; d) chiunque impedisca, mediante azioni od omissioni, l'esercizio di un'attività economica legittimamente intrapresa da uno straniero regolarmente soggiornante in Italia, soltanto in ragione della sua condizione di straniero o di appartenente ad una determinata razza, confessione religiosa, etnia o nazionalità; e) il datore di lavoro o i suoi preposti i quali, ai sensi del testo vigente dell'art. 15 L. 20 maggio 1970 n. 300, compiano qualsiasi atto o comportamento che produca un effetto pregiudizievole discriminando, anche indirettamente, i lavoratori in ragione della loro appartenenza ad una razza, ad un gruppo etnico o linguistico, ad una confessione religiosa, ad una cittadinanza.

L'art. 44 T.U. 286/1998, dal canto suo, introduce una speciale azione civile, esperibile quando il comportamento di un privato o della pubblica amministrazione produce una discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, la cui domanda si propone con ricorso depositato, anche personalmente dalla parte, nella cancelleria del Tribunale, in composizione monocratica, del luogo di domicilio dell'istante.

La giurisdizione del giudice ordinario in ordine al ricorso ex art. 44 D.lgs. 286/1998 sussiste anche quando il comportamento che si assume discriminatorio sia stato posto in essere da un ente pubblico e sia riconducibile all'applicazione di un atto amministrativo<sup>17</sup>.

L'azione, inoltre, si promuove dinanzi al giudice civile – e non a quello del lavoro – e configura un'ipotesi di competenza territoriale inderogabile ex art. 28 c.p.c., che non può subire modifiche, neppure per ragioni di connessione<sup>18</sup>.

Agli indubbi vantaggi di poter instaurare la causa personalmente (e, quindi, senza il patrocinio di un difensore) e nel foro dell'attore (in deroga al criterio ordinario del foro del convenuto), si

---

<sup>17</sup> Cfr. Tribunale Milano, 21 marzo 2002, in *Foro it.* 2003, I, 3175.

<sup>18</sup> Cfr. [Cass. civ., Sez. III, 19 maggio 2004 n. 9567](#), in *Giust. civ. mass.* 2004, f. 5.

aggiunge quello derivante dal fatto che lo svolgimento del processo è informato ai canoni di massima speditezza e semplificazione.

Il giudice, infatti, sentite le parti ed omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione indispensabili in relazione ai presupposti e ai fini del provvedimento richiesto. Quindi, con ordinanza provvede all'accoglimento o al rigetto della domanda.

Facilitazioni sono prescritte anche in tema di prova. Invero, il comportamento discriminatorio può essere dimostrato da elementi indiziari di fatto, anche di carattere statistico, relativi alle assunzioni, ai regimi contributivi, all'assegnazione delle mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera e ai licenziamenti dell'azienda interessata, che sono valutati come presunzioni semplici.

In caso di accoglimento della domanda, il giudice ordina la cessazione del comportamento pregiudizievole ed adotta ogni altro provvedimento idoneo, secondo le circostanze, a rimuovere gli effetti della discriminazione.

L'ordine di cessazione del comportamento discriminatorio e di conseguente rimozione degli effetti non incorre nel divieto per il giudice ordinario di sostituirsi alla pubblica amministrazione nell'esercizio di potestà pubblicistiche, vertendosi in materia di tutela dei diritti fondamentali della persona al riconoscimento della pari dignità sociale ed alla non discriminazione<sup>19</sup>.

Il giudice può altresì condannare il convenuto al risarcimento del danno, anche non patrimoniale (quest'ultimo da stimare, ordinariamente, in via equitativa).

La pronuncia è immediatamente esecutiva e contro di essa è ammesso il reclamo al Tribunale, in composizione collegiale.

All'atipicità del potere provvedimentale attribuito al giudice corrisponde comunque la sua stretta finalizzazione all'obiettivo di rimuovere gli effetti della discriminazione.

L'aspetto sanzionatorio della legge, però, non si arresta all'ambito civile, ma refluisce in quello amministrativo: all'accertamento di atti o comportamenti discriminatori posti in essere da imprese alle quali siano stati accordati benefici ai sensi di legge ovvero che abbiano stipulato contratti di appalto attinenti all'esecuzione di opere pubbliche, di servizi o di forniture, è fatto

---

<sup>19</sup> Cfr. Tribunale Milano, 21 marzo 2002, cit.

obbligo al giudice di dare immediata comunicazione alle amministrazioni od enti pubblici che abbiano disposto la concessione del beneficio, incluse le agevolazioni finanziarie o creditizie, o dell'appalto. Tali amministrazioni o enti revocano il beneficio e, nei casi più gravi, dispongono l'esclusione del responsabile per due anni da qualsiasi ulteriore concessione di agevolazioni finanziarie o creditizie, ovvero da qualsiasi appalto.

La situazione in cui viene a trovarsi l'impresa per la quale sia stata giudizialmente accertata la violazione del divieto di compiere atti o comportamenti di discriminazione razziale appare connotata da un particolare rigore punitivo.

Ed infatti, mentre di regola la revoca dei benefici e dei contratti di appalto non è conseguenza automatica della violazioni di norme imperative, ma costituisce una scelta della pubblica amministrazione concedente, che potrà ad esempio tenere conto delle conseguenze che le revoche stesse avrebbero sui lavoratori occupati o da occupare, a termini dell'art. 44, comma 11, D.lgs. 286/1998, la revoca del beneficio non sembra più essere un atto discrezionale, rimesso ad una prudente valutazione, ma un preciso obbligo.

Se l'urgenza non consente di attendere i tempi (già ridotti) del procedimento sinora descritto, è possibile chiedere al giudice di provvedere con decreto motivato, assunte, ove occorra, sommarie informazioni. Con lo stesso decreto è fissata l'udienza di comparizione delle parti, entro un termine non superiore a quindici giorni, assegnando all'istante un termine non superiore a otto giorni per la notificazione del ricorso e del decreto. All'udienza, i provvedimenti emanati nel decreto potranno essere confermati, modificati o revocati con ordinanza.

Tutti i provvedimenti giurisdizionali adottati in *subiecta materia*, oltre ad essere assistiti da immediata esecutività, scontano anche una tutela di carattere penale, essendo la loro elusione punita come reato, ai sensi dell'art. 388, primo comma, c.p.

In ipotesi di atto o comportamento discriminatorio aventi carattere collettivo, il ricorso può essere presentato dalle rappresentanze locali delle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello nazionale, e ciò anche se non siano individuabili in modo immediato e diretto i lavoratori lesi dalle discriminazioni. Nella pronuncia che accerta l'esistenza di discriminazioni di carattere collettivo, il giudice ordina al datore di lavoro di definire un piano di rimozione delle discriminazioni accertate.

Come i sindacati nel mondo del lavoro, anche le associazioni aventi tra i propri scopi istituzionali la promozione e la tutela di interessi collettivi lesi da un comportamento che si assume discriminatorio possono agire in proprio per la rimozione, ai sensi dell'art. 44, ma, diversamente dal singolo, non vantano alcun diritto al risarcimento dei danni <sup>20[20]</sup>.

L'ultimo comma dell'art. 43 estende l'applicazione delle norme contenute negli artt. 43 e 44 del T.U. agli atti xenofobi, razzisti o discriminatori compiuti nei confronti di cittadini italiani, di apolidi e di cittadini di altri Stati membri dell'Unione europea, presenti in Italia.

E' infine previsto che, ai fini dell'applicazione delle norme del presente articolo e dello studio del fenomeno, le regioni, in collaborazione con le province e con i comuni, con le associazioni di immigrati e del volontariato sociale predispongono centri di osservazione, di informazione e di assistenza legale per gli stranieri, vittime delle discriminazioni per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi.

Tra le prime regioni ad essersi mossa vi è l'Emilia Romagna, con la promulgazione della L.R. 24 marzo 2004 n. 8, recante norme per l'integrazione sociale dei cittadini stranieri immigrati <sup>21[21]</sup>.

#### **§ 7. Il decreto legislativo 9 luglio 2003 n. 215, recante attuazione della direttiva 2000/43/CE per la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica.**

Il recepimento in Italia della direttiva 2000/43/CE per la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica è avvenuto con D.lgs. 9 luglio 2003 n. 215, pubblicato sulla G.U. 12 agosto 2003 n. 186 <sup>22[22]</sup>.

La normativa, all'art. 1, subito individua qual è l'oggetto del provvedimento, che consiste nel dare attuazione al principio di "parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla

---

<sup>20[20]</sup> Cfr. Tribunale Milano, 21 marzo 2002, cit.

<sup>21[21]</sup> Sulla specifica materia, ma con riferimento al periodo antecedente all'entrata in vigore del T.U., cfr. VISCOMI, *La legislazione regionale sui migranti*, in ZOPPOLI (a cura di), *La legislazione della regione Calabria. ordinamento ed organizzazione amministrativa*, Soveria Mannelli (CZ), 1996.

<sup>22[22]</sup> Per un primo commento all'intero testo del decreto, cfr. GENTILE, *Attribuita la legittimazione ad agire in giudizio alle associazioni iscritte nell'apposito registro*, in *Guida al diritto*, 2003, n. 37, 25 ss.

razza e dall'origine etnica, disponendo le misure necessarie affinché le differenze di razza o di origine etnica non siano causa di discriminazione, anche in un'ottica che tenga conto del diverso impatto che le stesse forme di discriminazione possono avere su donne e uomini, nonché dell'esistenza di forme di razzismo a carattere culturale e religioso".

Tale oggetto è differenziato rispetto a quello del D.lgs. 9 luglio 2003 n. 216 (che recepisce la direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro), pubblicato sulla medesima G.U. del 12 agosto 2003 n. 186, il cui oggetto (ex art. 1) consiste nel dare attuazione al principio di "parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla religione, dalle convinzioni personali, dagli handicap, dall'età e dall'orientamento sessuale, per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro, disponendo le misure necessarie affinché tali fattori non siano causa di discriminazione, anche in un'ottica che tenga conto del diverso impatto che le stesse forme di discriminazione possono avere su donne e uomini".

Nel suo breve articolato (8 articoli in tutto), il D.lgs. 215/2003 si preoccupa anzitutto di ribadire l'esistenza di due diverse tipologie di discriminazione, entrambe vietate: quella diretta e quella indiretta.

Segue, quindi, una definizione delle due fattispecie, in ragione della quale si ha discriminazione diretta "quando, per la razza o l'origine etnica, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in situazione analoga", mentre si ha discriminazione indiretta "quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri possono mettere le persone di una determinata razza od origine etnica in una posizione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone".

Tale nozione, per altro, non si sostituisce, ma viene a specificare ed arricchire quella offerta dall'art. 43, commi 1 e 2, D.lgs. 289/1998, il cui disposto è espressamente fatto salvo.

Rientrano nell'alveo applicativo della normativa anche le molestie e tutti quei comportamenti indesiderati, posti in essere per motivi di razza o di origine etnica, aventi lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante e offensivo.

Se attuate nel rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, restano invece escluse quelle differenze di trattamento dovute a caratteristiche connesse alla razza o all'origine etnica di una persona, qualora, per la natura di un'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, si tratti di caratteristiche che costituiscono un requisito essenziale e determinante ai fini dello svolgimento dell'attività medesima.

Ed egualmente dicasi per quelle differenze di trattamento che, pur risultando indirettamente discriminatorie, siano giustificate oggettivamente da finalità legittime perseguite attraverso mezzi appropriati e necessari.

E' infine equiparato a discriminazione l'ordine di discriminare persone a causa della razza o dell'origine etnica.

L'area di applicazione del decreto è indistintamente costituita dal settore pubblico e da quello privato, avuto riguardo alle aree specificamente individuate all'art. 2 del decreto, e cioè: a) accesso all'occupazione e al lavoro, sia autonomo che dipendente, compresi i criteri di selezione e le condizioni di assunzione; b) occupazione e condizioni di lavoro, compresi gli avanzamenti di carriera, la retribuzione e le condizioni del licenziamento; c) accesso a tutti i tipi e livelli di orientamento e formazione professionale, perfezionamento e riqualificazione professionale, inclusi i tirocini professionali; d) affiliazione e attività nell'ambito di organizzazioni di lavoratori, di datori di lavoro o di altre organizzazioni professionali e prestazioni erogate dalle medesime organizzazioni; e) protezione sociale, inclusa la sicurezza sociale; f) assistenza sanitaria; g) prestazioni sociali; h) istruzione; i) accesso a beni e servizi, incluso l'alloggio.

In coerenza con l'art. 27 del testo unico, viene precisato che il decreto non riguarda le differenze di trattamento basate sulla nazionalità e non pregiudica le disposizioni nazionali e le condizioni relative all'ingresso, al soggiorno, all'accesso all'occupazione, all'assistenza e alla previdenza dei cittadini dei Paesi terzi e degli apolidi nel territorio dello Stato, né qualsiasi trattamento, adottato in base alla legge, derivante dalla condizione giuridica dei predetti soggetti.

Per la tutela giurisdizionale avverso gli atti e i comportamenti discriminatori, l'art. 4 D.lgs. 215/2003 effettua un rinvio recettizio all'art. 44 del testo unico, ma non nella sua interezza, bensì ai soli commi 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8 e 11.

Legittimati ad agire, oltre al soggetto passivo della discriminazione, sono le associazioni e gli enti inseriti in un apposito elenco approvato con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali e del Ministro per le pari opportunità, purché muniti di delega rilasciata, a pena di nullità, per atto pubblico o scrittura privata autenticata, in nome e per conto o a sostegno dell'interessato.

Nonostante il mancato rinvio al comma 10 dell'art. 43 non è completamente venuta meno, per questo genere di discriminazioni – sempre che esse rivestano valenza collettiva –, la possibilità dell'azione esercitata dall'ente esponenziale in proprio (e non per delega).

Per vero, il successivo art. 5, comma 3, prevede che le associazioni e gli enti inseriti nell'elenco di cui sopra sono, altresì, legittimati ad agire ai sensi dell'articolo 4 nei casi di discriminazione collettiva, qualora non siano individuabili in modo diretto e immediato le persone lese dalla discriminazione.

Ne consegue che, quando le persone lese dalla discriminazione siano individuabili in modo diretto e immediato, il ruolo processuale di dette associazioni ed enti potrà essere solo quello di rappresentante processuale dell'interessato ovvero di intervenore *ad adiuvandum*, sempre in forza di delega formale.

Per la tutela contro le discriminazioni subite nel rapporto di lavoro, il comma 2 dell'art. 4 rende obbligatorio il previo esperimento delle procedure di conciliazione previste dai contratti collettivi o, in alternativa, del tentativo di conciliazione di cui all'art. 410 c.p.c. o, se il datore di lavoro è un'amministrazione pubblica, ai sensi dell'art. 66 D.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, anche tramite le associazioni e gli enti di cui si è detto.

Analogamente all'azione anti-discriminazione di cui all'art. 44, il ricorso viene proposta al Tribunale civile, in composizione monocratica, salvo che non si tratti di rapporto di lavoro soggetto alla disciplina pubblicistica, ai sensi dell'articolo 3, comma 1, D.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, per il quale sussiste la riserva di giurisdizione esclusiva in capo al giudice amministrativo. Viene perciò meno, *in subiecta materia*, la giurisdizione del giudice civile, che l'art. 44 D.lgs. 286/98 aveva previsto senza esclusione alcuna.

Pur non essendo richiamato il comma 9 dell'art. 44, il comma 3 dell'art. 4 D.lgs. 215/2003 consente, anche in tale giudizio, la prova del comportamento discriminatorio attraverso

elementi di fatto e dati statistici, purché idonei a rappresentare presunzioni gravi, precisi e concordanti, che il giudice valuta ai sensi dell'articolo 2729, primo comma, c.c.

Con il provvedimento di accoglimento del ricorso – che assume connotazioni sostanzialmente atipiche –, il giudice ordina la cessazione del comportamento, della condotta o dell'atto discriminatorio, ove ancora sussistente, nonché la rimozione degli effetti.

Se richiesto, il giudice pronuncia condanna al risarcimento del danno, anche non patrimoniale. Ai fini della liquidazione di questo, si tiene conto della circostanza che l'atto o il comportamento discriminatorio possano avere costituito ritorsione ad una precedente azione giudiziale, ovvero ingiusta reazione ad una precedente attività del soggetto leso volta ad ottenere il rispetto del principio della parità di trattamento.

Il provvedimento conclusivo del giudizio può pure contenere l'ordine della sua pubblicazione, per una sola volta, su un quotidiano di tiratura nazionale, a spese del convenuto soccombente.

Al fine di impedire la ripetizione della condotta o dell'atto discriminatorio, il giudice può ordinare, entro il termine fissato nel provvedimento, un piano di rimozione delle discriminazioni accertate.

In ultimo, l'art. 6 disciplina il registro delle associazioni e degli enti che svolgono attività nel campo della lotta alle discriminazioni, l'art. 7 istituisce l'Ufficio per il contrasto delle discriminazioni presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per le pari opportunità e l'art. 8 si occupa di copertura finanziaria.

### **§ 8.1. La tutela contro le discriminazioni razziali nella più recente giurisprudenza. Il caso degli sportivi professionisti.**

Il settore nel quale le pronunce del giudice civile sono giunte più copiose è, senza dubbio, quello sportivo, laddove è stata più volte sollevata la problematica relativa alla liceità delle norme adottate dagli ordinamenti sportivi delle singole federazioni, per limitare od escludere la presenza di sportivi di nazionalità extracomunitaria.

Per meglio comprendere la questione, è necessario accennare brevemente alla disciplina, e alle sue successive modificazioni, che regola il rapporto di lavoro tra le società sportive e gli atleti e il trasferimento di questi ultimi da una società sportiva ad un'altra <sup>23</sup>.

Fino all'emanazione del D.L. 14 luglio 1978 n. 367, conv. in L. 4 agosto 1978 n. 430, in tema di disciplina giuridica dei rapporti tra enti sportivi ed atleti iscritti alle federazioni di categoria, non vi era alcuna regolamentazione normativa statale relativa al mondo sportivo. Gran parte della dottrina e della giurisprudenza ritenevano, quindi, che il rapporto di lavoro intercorrente tra le società sportive e gli atleti professionisti avesse natura subordinata e rientrasse, quindi, nell'ambito di applicazione degli artt. 2094 e ss. c.c.

Vi era, tuttavia, una parte minoritaria della dottrina che riteneva inapplicabili, in materia sportiva, le norme codicistiche inerenti al lavoro subordinato, ed applicabili in via esclusiva i principi dell'ordinamento sportivo che, qualificando il rapporto tra l'atleta e la società sportiva come "contratto di ingaggio", sembravano affermare il carattere autonomo del rapporto medesimo.

Nell'ambito di tale dibattito, si inseriva la novella del 1978 che, all'art. 1, prevedeva che "la costituzione, lo svolgimento e l'estinzione dei rapporti tra le società o le associazioni sportive ed i propri atleti e tecnici, anche se professionisti, tenuto conto delle caratteristiche di specialità ed autonomia dei rapporti stessi, continuano ad essere regolati, in via esclusiva, dagli statuti e dai regolamenti delle federazioni sportive riconosciute dal Comitato olimpico nazionale italiano (C.O.N.I.) alle quali gli atleti e i tecnici stessi risultano iscritti" e che "gli atti relativi all'acquisto ed al trasferimento del titolo sportivo dei giocatori di calcio o degli atleti praticanti altri sports, nonché le assunzioni dei tecnici da parte di società od associazioni sportive, devono intendersi non assoggettati alla disciplina in materia di collocamento prevista dalla L. 29 aprile 1949, n. 264 e successive modificazioni".

Una regolamentazione più approfondita del rapporto tra società e sportivi professionisti era attuata con L. 23 marzo 1981 n. 91 – modificata, poi, in alcune parti, dalla L. 18 novembre 1996, n. 586 –, che rappresentava l'intervento legislativo più importante nell'ambito dello sport

---

<sup>23</sup> Diffusamente, cfr. VIDIRI, *La disciplina del lavoro sportivo autonomo e subordinato*, in *Giust. civ.*, 1993, II, 205 ss.

professionistico, poiché qualifica e disciplina il rapporto intercorrente sia tra gli atleti e le società di appartenenza, sia tra queste ultime e le federazioni sportive.

Per quanto riguardava rapporto intercorrente tra le società e gli atleti, l'art. 3 della legge stabiliva che "la prestazione a titolo oneroso dell'atleta costituisce oggetto di contratto di lavoro subordinato, regolato dalle norme contenute nella presente legge. Essa costituisce, tuttavia, oggetto di contratto di lavoro autonomo quando ricorra almeno uno dei seguenti requisiti: a) l'attività sia svolta nell'ambito di una singola manifestazione sportiva o di più manifestazioni tra loro collegate in un breve periodo di tempo; b) l'atleta non sia contrattualmente vincolato per ciò che riguarda la frequenza a sedute di preparazione od allenamento; c) la prestazione che è oggetto del contratto, pur avendo carattere continuativo, non superi otto ore settimanali oppure cinque giorni al mese ovvero trenta giorni ogni anno".

Con questa norma venivano fugati anche gli ultimi dubbi sulla natura subordinata del rapporto di lavoro sportivo professionistico.

Il legislatore non si limitava, però, a stabilire quanto previsto dall'appena citato art. 3, ma voleva anche disciplinare, con gli artt. 4 e 5, rispettivamente l'oggetto e la forma del contratto di lavoro subordinato sportivo e la cessione del contratto medesimo.

In particolare, l'art. 5 risulta significativo anche per un'altra ragione: esso, nel prevedere la possibilità dell'apposizione di un termine risolutivo al contratto di lavoro sportivo, evidenzia l'intenzione del legislatore di considerare il contratto stesso a tempo indeterminato e contribuisce, quindi, sia ad affermare il principio della libera recedibilità dal contratto anche in materia sportiva, sia a rafforzare il contenuto del successivo art. 16, che prevede l'abolizione del c.d. vincolo sportivo, ovvero sia del legame che, secondo i regolamenti interni di ogni federazione, vincolava l'atleta alla società sportiva di origine per un tempo indeterminato, limitandone così la libertà contrattuale e consentendo solo alla società stessa di sciogliere il rapporto di lavoro.

Se la L. 91/1981 è stata fondamentale perché ha fissato delle regole precise, anche se talvolta criticate, in merito al rapporto tra le società sportive e gli atleti professionisti, non meno

importante è stata la sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee 15 dicembre 1995, in causa C-415/93, più nota come "sentenza *Bosman*"<sup>24</sup>.

In essa la Corte sviluppa alcuni concetti precedentemente espressi con le precedenti sentenze *Walrave* e *Donà*, del 1974 e del 1976, dove ha stabilito che il settore dello sport ed in particolare degli statuti delle singole federazioni sportive nazionali, non si sottraggono all'applicazione del diritto comunitario. Ha, inoltre, sancito che l'attività dello sportivo professionista, essendo esercitata a scopo di lucro, rientra nell'ambito di applicazione del diritto comunitario e, quindi, anche degli artt. 48 o 59 del Trattato CE, a seconda che l'attività stessa sia o meno disciplinata da un contratto di lavoro. Pertanto, anche in ambito sportivo, vige il principio della libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità Europea che, nell'opinione della Corte, "costituisce una libertà fondamentale nel sistema della Comunità" ed è sancito dal già citato art. 48 del Trattato CE.

L'atleta, che la Corte paragona ad un qualsiasi lavoratore subordinato, dev'essere libero di prestare la propria opera professionale in qualsiasi società sportiva affiliata ad una federazione nazionale di un paese membro della Comunità e le eventuali norme emanate dalle singole federazioni sportive nazionali, volte ad imporre alle società di schierare in gara un numero limitato di atleti cittadini di altri Stati membri della Comunità, contrastano con quanto disposto dal più volte menzionato art. 48.

Ogni società può dunque "tesserare" ed impiegare un numero discrezionale di atleti comunitari.

La Corte, inoltre, ha voluto sottolineare che l'attività lavorativa dello sportivo professionista non è differente da quella prestata da un qualsiasi lavoratore di uno stato membro della Comunità europea. Pertanto, sono da considerare illegittime anche le norme federali che impongono alla società di destinazione dell'atleta di versare la cosiddetta "indennità" alla società di provenienza quando il contratto che lega quest'ultima all'atleta è ormai scaduto. L'atleta deve essere, infatti, libero di scegliere a quale società legarsi contrattualmente.

Diversa è l'eventualità in cui la società sportiva e l'atleta decidano di interrompere il rapporto contrattuale che li lega e un'altra società voglia ingaggiare l'atleta stesso. Anche in questo

---

<sup>24</sup> in *Foro it.*, 1996, IV, 1 ss.

caso il passaggio dell'atleta da una società all'altra non avviene in virtù del versamento di una "indennità di trasferimento", ma attraverso la semplice cessione del contratto di lavoro subordinato sportivo.

Tuttavia, le questioni sulle quali la Corte di Giustizia si è pronunciata riguardano esclusivamente le società sportive e gli atleti appartenenti a paesi membri della Comunità europea. I principi affermati dalla Corte sono, quindi, intervenuti per modificare situazioni discriminanti solamente in ambito comunitario.

Invero, anche dopo la sentenza *Bosman*, la materia del tesseramento e dell'impiego di atleti provenienti da paesi non aderenti all'Unione Europea è rimasta affidata alla discrezionalità ed all'iniziativa delle singole federazioni sportive.

In molti casi, pertanto, le singole federazioni hanno previsto regole tassative, specificando in modo vincolante il numero di atleti extracomunitari che le società sportive, appartenenti ai diversi campionati nazionali, possono ingaggiare o fare scendere in campo contemporaneamente.

Ad esempio, la Federazione italiana gioco calcio ha stabilito che le società che disputano il campionato di serie A possono tesserare non più di cinque calciatori cittadini di paesi non aderenti all'U.E. Solo tre di essi possono però essere inseriti nell'elenco ufficiale ed essere utilizzati nelle gare ufficiali in ambito nazionale. Per le società che disputano il campionato di serie B, la facoltà di tesseramento è limitata a non più di un calciatore. Nessun tesseramento di calciatori extracomunitari è poi consentito alle società calcistiche militanti in serie C.

La Federazione italiana nuoto, a sua volta, ha posto il limite del tesseramento a non più di tre atleti extracomunitari per ciascuna squadra di pallanuoto.

Tali norme sono tali, poi, da incidere restrittivamente anche sulla possibilità del lavoratore sportivo straniero di stabilirsi in Italia, se è vero che l'art. 40 D.P.R. 31 agosto 1999 n. 394 stabilisce, al punto 14, che "l'autorizzazione al lavoro è sostituita dalla dichiarazione nominativa di assenso del Comitato olimpico nazionale italiano, sulla richiesta della società destinataria delle prestazioni sportive, osservate le disposizioni della L. 23 marzo 1981 n. 91".

Il professionista sportivo extracomunitario può quindi svolgere la propria attività nel nostro paese solo dopo avere ottenuto l'autorizzazione al lavoro dal C.O.N.I. Questa autorizzazione

rappresenta, in sostanza, il titolo abilitativo grazie al quale l'atleta può lavorare in Italia. Il diniego del tesseramento, da parte delle federazioni sportive nazionali, impedisce, quindi, all'atleta di svolgere la propria opera nel territorio nazionale.

Nella materia, per come premesso, si sono succedute numerose pronunce di giudici nazionali, quasi tutte di segno favorevole ai ricorsi avanzati dalle società sportive o dagli atleti stranieri contro i limiti di tesseramento.

Va invero registrata un'isolata sentenza che, in via di principio, esclude la possibilità, per l'atleta extracomunitario, di promuovere ricorso ai sensi degli artt. 43 e 44 D.lgs. 286/98, per far cessare tali comportamenti considerati come discriminatori, sull'osservazione che l'interesse a far pratica sportiva non rientra tra le libertà fondamentali dell'individuo <sup>25</sup>.

Per il resto, infatti, riguardo al divieto di tesseramento prescritto dalla Federazione italiana pallavolo, altro Tribunale ha sancito che la preventiva autorizzazione delle federazioni sportive d'appartenenza richiesta per i lavoratori sportivi extracomunitari costituisce un elemento di differenziazione rispetto ai lavoratori italiani, tale da compromettere il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e culturale ed in ogni altro settore della vita pubblica e, come tale, giustifica l'adozione di un provvedimento ex art. 44 D.lgs. 286/1998, finalizzato alla cessazione del comportamento <sup>26</sup>.

Ed ancora, è stato dichiarato illegittimo l'art. 12 del Regolamento esecutivo della Federazione italiana pallacanestro, laddove pone limiti al tesseramento di giocatori extracomunitari, perché determina una discriminazione sulla base della nazionalità, vietata dall'art. 43 del T.U. sull'immigrazione <sup>27</sup>.

Come egualmente illegittimo è stato dichiarato l'art. 40, comma 7, delle norme organizzative interne federali della Federazione italiana gioco calcio, nella parte in cui non consente alle

---

<sup>25</sup> Cfr. Tribunale Pescara, 14 dicembre 2001 (sul limite imposto dalla Federazione italiana nuoto), in *Foro it.* 2002, I, 896, con nota di AGNINO e in *Riv. amm. R. it.*, 2002, 651, con nota di TOGNON.

<sup>26</sup> Cfr. Tribunale Verona, 25 luglio 2002, in *Giur. merito*, 2003, 699.

<sup>27</sup> Cfr. Tribunale Teramo, 4 dicembre 2000, in *Corr. Giur.*, 2001, 238, con nota di CALO'.

società calcistiche di serie C il tesseramento di calciatori extracomunitari, sempre perché determina una vietata discriminazione sulla base della nazionalità <sup>28</sup>.

V'è da notare, infine, che l'art. 22 L. 30 luglio 2002 n. 189 ha aggiunto al D.lgs. 289/1998 un comma 5-bis, nel quale si prevede che "con decreto del Ministro per i beni e le attività culturali, su proposta del Comitato olimpico nazionale italiano, sentiti i Ministri dell'interno e del lavoro e delle politiche sociali, è determinato il limite massimo annuale d'ingresso degli sportivi stranieri che svolgono attività sportiva a titolo professionistico o comunque retribuita, da ripartire tra le federazioni sportive nazionali. Tale ripartizione è effettuata dal C.O.N.I. con delibera da sottoporre all'approvazione del Ministro vigilante. Con la stessa delibera sono stabiliti i criteri generali di assegnazione e di tesseramento per ogni stagione agonistica anche al fine di assicurare la tutela dei vivai giovanili".

### **§ 8.2. L'accesso al pubblico impiego.**

Venendo a settori della vita sociale più vicini alla quotidianità, importanti pronunce hanno stabilito che costituisce illecita discriminazione dello straniero:

a) la norma dello statuto di una cooperativa edilizia che limita la possibilità di assumere la qualità di socio ai soli cittadini comunitari, escludendo quindi tale possibilità per i cittadini extracomunitari, in quanto tali <sup>29</sup>;

b) il rifiuto di concludere contratti di locazione con cittadini extracomunitari, manifestato da una società immobiliare, interpellata circa la disponibilità di alloggi in locazione, dopo essere venuta a conoscenza della nazionalità extracomunitaria della persona interessata <sup>30</sup>;

c) l'attribuzione, nell'ambito delle graduatorie per l'assegnazione di alloggi di edilizia residenziale pubblica, di un punteggio aggiuntivo in ragione esclusivamente della cittadinanza italiana del richiedente, con conseguente trattamento deteriore di accesso agli alloggi

---

<sup>28</sup> Cfr. Tribunale Reggio Emilia, 2 novembre 2000, in *Corr. Giur.*, 2001, 236, con nota di CALO' e in *Giur. comm.*, 2001, II, 718, con nota di BRICOLA.

<sup>29</sup> Cfr. Tribunale Monza, 27 marzo 2003, in *Foro it.*, 2003, I, 3175.

<sup>30</sup> Cfr. Tribunale Milano, 30 marzo 2000, in *Foro it.*, 2000, I, 2040 e in *Quest. giust.*, 2000, 595 ss., con nota di BOUCHARD.

pubblici per gli stranieri, pur regolarmente soggiornanti in Italia, solo in ragione del loro *status* di cittadini stranieri <sup>31</sup>;

d) l'esclusione da una selezione concorsuale per l'assunzione di operatori tecnici addetti all'assistenza, adottata dal direttore generale di un'azienda ospedaliera pubblica, nei confronti di un cittadino extracomunitario, per carenza del requisito della cittadinanza italiana, richiesto dall'art. 2, n. 1), D.P.R. 9 maggio 1994 n. 487, recante il regolamento sull'accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni <sup>32</sup>.

Come si vede, se le prime due decisioni hanno riguardato comportamenti posti in essere da operatori privati, le seconde due concernono comportamenti attuati da autorità amministrative.

Di particolare interesse appaiono le fattispecie concrete affrontate dalla Corte d'Appello di Firenze e dal Tribunale di Genova, che investono alla radice lo stesso diritto al lavoro e giunge alla conclusione che quest'ultimo, al pari di tutti gli altri diritti fondamentali garantiti dalla Carta costituzionale, debba essere goduto in eguale misura dal cittadino italiano o comunitario e da quello straniero <sup>33</sup>.

Il punto rilevante e degno di attenzione di questa affermazione è costituito dal fatto che entrambi i giudicanti, in attuazione del principio di non discriminazione, superano la regolamentazione specifica del diritto in questione, nella parte in cui è ostativa all'accesso dei lavoratori stranieri al rapporto di lavoro pubblico.

Nella teorizzazione degli aspetti giuridici dell'immigrazione extracomunitaria, la materia dell'accesso al lavoro si colloca nell'ambito delle regole di convivenza fra immigrati e cittadini, ovvero in quel complesso di norme che afferiscono al godimento dei diritti fondamentali, l'accesso al mercato del lavoro e ai servizi sociali, i rapporti personali e familiari. In questo ambito il diritto al lavoro (sancito dall'art. 4 Cost.) è esso stesso diritto soggettivo e comprende

---

<sup>31</sup>[<sup>31</sup>] Cfr. Tribunale Milano, 21 marzo 2002, cit.

<sup>32</sup>[<sup>32</sup>] Cfr. C. App. Firenze, 2 luglio 2002, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, 272, con nota di MAMMONE. Per un caso analogo, cfr. Tribunale Genova, 21 aprile 2004, in *Dir. immigraz. e cittadinanza*, 2004, n. 2.

<sup>33</sup>[<sup>33</sup>] BALLESTRERO, *Lavoro subordinato e discriminazione fondata sulla cittadinanza*, in *Giorn. dir. lav. e rel. ind.*, 1994, 353 ss.

tanto la facoltà di scelta ed esercizio dell'attività professionale (offerta della forza-lavoro), quanto la possibilità di soddisfare il bisogno di accesso alle occasioni di lavoro (domanda della forza-lavoro).

L'accesso al lavoro dei lavoratori extracomunitari trova la sua essenziale disciplina nella L. 943/1986, la quale ha creato particolari strutture amministrative per il collocamento (art. 3), nonché nella L. 6 marzo 1998 n. 40 e nel testo unico di cui al D.lgs. 286/1998, che raccoglie nel titolo III° la disciplina del lavoro dei cittadini stranieri extracomunitari.

La L. 943/1986, tuttavia, delimita il suo campo di applicazione al carattere subordinato del rapporto e alla sua natura privata. L'art. 14, quarto comma, della legge prevede infatti che "rimangano ferme le disposizioni che prevedono il possesso della cittadinanza italiana per lo svolgimento di determinate attività". La disposizione è ripresa dall'art. 27, terzo comma, del testo unico del D.lgs. 286/1998.

Dato che per il rapporto di lavoro di natura pubblica è richiesto il possesso della cittadinanza italiana, sulla base del già menzionato D.P.R. 9 maggio 1994 n. 487, se ne deve dedurre che per la legge in questione gli extracomunitari non possono essere ammessi ai rapporti di lavoro di natura pubblica, dove il possesso della cittadinanza italiana è richiesto dall'art. 2 D.P.R. 10 gennaio 1957 n. 3 (recante lo Statuto dei dipendenti pubblici), quale requisito per l'accesso agli impieghi civili dello Stato.

L'art. 9 D.L. 30 dicembre 1989 n. 416 (convertito con modificazioni dalla L. 39/1990) prevedeva, al comma 3, la possibilità che i cittadini extracomunitari potessero essere assunti dalle pubbliche amministrazioni con le procedure di cui all'art. 16 della L. 28 febbraio 1987 n. 56 (assunzione tramite ufficio di collocamento dei lavoratori in possesso del titolo di studio equivalente alla scuola dell'obbligo italiana).

Tuttavia, tale norma – la cui formulazione non era neanche particolarmente chiara (riferendosi alla "facoltà di stipulare qualsiasi contratto di lavoro, ivi compreso quello di formazione e lavoro, secondo le norme in vigore per i lavoratori nazionali, escluso soltanto il pubblico impiego, salvo i casi di cui all'articolo 16 L. 28 febbraio 1987 n. 56") – è stata abrogata dall'art. 46 L. 6 marzo 1998 n. 40 e non risulta più riproposta.

Talché, l'unica deroga espressa al possesso della cittadinanza italiana per l'accesso dello straniero a posti di lavoro pubblico sembra essere l'art. 37 D.lgs. 3 febbraio 1993 n. 29 (ora art. 38 D.lgs. 30 marzo 2000 n. 165) che – in attuazione dell'art. 2, direttiva *t*), della L. 23 ottobre 1992 n. 421 (recante delega per la razionalizzazione e la revisione del pubblico impiego) –, nel regolare l'accesso dei cittadini degli Stati membri dell'Unione Europea “ai posti di lavoro presso le amministrazioni pubbliche”, prevede anche la fissazione, con D.P.C.M., dei posti e delle funzioni “per i quali non può prescindere dal possesso della cittadinanza italiana”. Tali posti risultano fissati con D.P.C.M. 7 febbraio 1994 n. 174.

Le limitazioni all'accesso al lavoro pubblico da parte dei cittadini comunitari trova giustificazione nell'art. 48 (ora art. 39) del Trattato istitutivo della Comunità che, nel sancire il principio della libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità, dispone espressamente sulla inapplicabilità di esso agli impieghi nella pubblica amministrazione. Riguardo a tale esclusione, la Corte di Giustizia delle Comunità Europee ha operato un'interpretazione estensiva, ribadendone tuttavia le finalità.

Questa ha infatti affermato che rientrano nell'esclusione tutti quei posti che implicano in maniera diretta o indiretta la partecipazione all'esercizio dei pubblici poteri ed alle mansioni che hanno ad oggetto la tutela degli interessi generali dello Stato o delle altre collettività pubbliche, poiché tali posti presuppongono da parte dei loro titolari l'esistenza di un rapporto particolare di solidarietà nei confronti dello Stato, nonché la reciprocità di diritti e doveri che costituiscono il Fondamento del vincolo di cittadinanza. L'esclusione non opera, invece, per quei posti che, pur dipendendo dallo Stato o da altri enti di diritto pubblico, non implicano alcuna partecipazione a compiti spettanti alla pubblica amministrazione propriamente detta<sup>34</sup>. L'art. 41 D.lgs. 29/1993 rimette ad un successivo regolamento la fissazione dei requisiti generali di accesso al pubblico impiego. Il regolamento è stato emanato con il D.P.R. 9 maggio 1994 n.487 che, all'art. 2, dispone che “possono accedere agli impieghi civili delle pubbliche amministrazioni i soggetti che posseggono i seguenti requisiti generali: 1) cittadinanza italiana...”.

---

<sup>34</sup> C. Giust. C.E., 17 dicembre 1980 n. 149/79, in *Riv. corte conti*, 1982, 1083.

Sulla *ratio* della norma si è soffermato il Consiglio di Stato, affermando che la riserva non opera al fine di dare protezione al mercato interno del lavoro, ma, piuttosto, per garantire che i fini pubblici, che nel cittadino si suppongono naturalmente compenetrati nei fini personali, siano meglio perseguiti e tutelati <sup>35</sup>.

L'art. 41 è stato abrogato dall'art. 43 D.lgs. 31 marzo 1998 n. 80, che tuttavia ha mantenuto in vita il D.P.R. 487/1994, di modo che i requisiti per l'accesso al pubblico impiego continuano ad essere fissati dal regolamento ivi contenuto.

E poiché il regime ammissivo introdotto dall'art. 37 D.lgs. 29/1993 (con il correlato regime di esclusioni previsto dal D.P.C.M. 174/1994) resta limitato ai cittadini degli Stati membri dell'Unione europea, la questione affrontata dalla Corte di appello di Firenze e dal Tribunale di Genova si sostanzia nel quesito se il lavoratore extracomunitario possa avere accesso ad un posto di organico in un ente pubblico, in forza della meno favorevole disciplina del rapporto di lavoro degli immigrati extracomunitari sul territorio nazionale e delle previste esclusioni sopra richiamate in punto di cittadinanza.

Tutto ciò premesso e considerato, i due giudici hanno ritenuto che l'accesso non può essere negato, in forza del principio di non discriminazione, di cui all'art. 43 T.U. 286/1998, che vieta di rifiutare al lavoratore l'accesso all'occupazione soltanto in ragione della condizione di straniero o della diversa nazionalità.

La tesi, in verità, è nuova e supera le precedenti acquisizioni giurisprudenziali.

Un precedente arresto del giudice amministrativo aveva, da un lato, avanzato l'ipotesi che potesse ritenersi implicitamente abrogata la norma dell'art. 2 D.P.R. n. 487/1994, trattandosi di norma regolamentare e, quindi, di rango inferiore a quella di carattere legislativo contenuta nell'art. 2 D.lgs. n. 286/1998 e, dall'altro, aveva rilevato come, essendo possibile l'iscrizione del lavoratore extracomunitario al collocamento e dunque la sua assunzione da parte di soggetti pubblici tenuti ad attingere il personale dalle liste così formate, pareva illogico limitare la parità

---

<sup>35</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 4 febbraio 1985 n. 43, in *Foro amm.*, 1985, 150.

di trattamento al solo rapporto già instaurato e non anche alla fase precedente alla sua instaurazione <sup>36</sup>.

Se la novità di quest'ultima pronunzia poteva individuarsi proprio nell'equiparazione al cittadino nazionale (o comunitario) fin dalla aspettativa occupazionale, senza, però, che la motivazione fornisse elementi di carattere non esclusivamente sistematico, le ordinanze dei giudici fiorentino e genovese compiono un passo ulteriore: ha carattere discriminatorio non l'adozione di uno specifico comportamento materiale assunto nell'ambito del rapporto (o prima della sua instaurazione), ma l'applicazione stessa della norma sulla cittadinanza, vigente formalmente, ma contrastante con un principio generale ormai acquisito dall'ordinamento.

La questione in argomento rimane tuttavia controversa, anche dopo le pronunce della Corte d'Appello di Firenze del 2002 e del Tribunale di Genova del 2004, avendo avuto modo di esprimersi, altrettanto recentemente, la Sezione Seconda del Consiglio di Stato, in relazione ad un ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, proposto da un cittadino extracomunitario avverso il provvedimento che lo escludeva dalle graduatorie di istituto per il conferimento delle supplenze, nel quale si faceva discendere dall'art. 2 D.lgs. 286/1998 la possibilità che i lavoratori extracomunitari accedessero agli impieghi presso le pubbliche amministrazioni.

Orbene, sul punto, il Consiglio di Stato, con parere n. 2592/2003, reso in data 31 marzo 2004, ha ritenuto che il gravame andasse respinto, attesa la permanenza del requisito della cittadinanza per l'accesso al pubblico impiego e richiamando, *in terminis*, le precedenti sentenze del T.A.R. Veneto n. 782 del 2004 e del TAR Toscana n. 28 del 2003, nelle quali i giudici di primo grado hanno affermato come il citato art. 2 non abbia tale portata abrogatrice e come non vi siano dubbi di costituzionalità in merito alle vigenti disposizioni che richiedono il possesso della cittadinanza per l'accesso al pubblico impiego.

Inoltre, con parere 28 settembre 2004 n. 196, il Dipartimento della funzione pubblica, recependo un analogo parere dell'Avvocatura Generale dello Stato del 18 febbraio 2004, si è

---

<sup>36</sup> T.A.R. Liguria, 13 aprile 2001 n. 399, in *D&L*, 2002, II, 80, con nota di NOTARI, nonché in *D&L*, 2001, 643, con nota di GUARISO.

pure espresso in senso contrario in merito all'accesso dei cittadini extracomunitari al lavoro alle dipendenze di pubbliche amministrazioni.

A tal proposito, ha osservato il Dipartimento che sembra difficile, almeno secondo i canoni interpretativi correnti, che l'art. 43 del T.U. sull'immigrazione possa avere implicitamente abrogato disposizioni di rango primario quali, nello specifico l'art. 2 D.P.R. 3/1957, da considerarsi facenti parte di un ordinamento speciale, quale quello del lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione, oltre che in linea con il principio sancito dall'art. 51 Cost., secondo cui l'accesso agli uffici pubblici ed alle cariche elettive è riservato ai cittadini, in condizioni di eguaglianza e secondo i requisiti stabiliti dalla legge, la quale, a tali fini, può parificare ad essi solo gli italiani non appartenenti alla Repubblica.

Laddove il legislatore ordinario ha inteso differenziare talune figure professionali, lo ha fatto *expressis verbis*, come per i lettori universitari di madre lingua, i quali vengono assunti a contratto, prescindendo dal requisito della cittadinanza, ai sensi dell'art. 27 D.lgs. 289/1998 (ingresso per lavoro in casi particolari) che, per altro, al comma 3, così recita: "rimangono ferme le disposizioni che prevedono il possesso della cittadinanza italiana per lo svolgimento di determinate attività".

Ed infatti, anche gli infermieri extracomunitari, se autorizzati all'esercizio della professione in Italia, possono essere assunti con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato da datori di lavoro privati e presso strutture pubbliche solo con rapporto di lavoro a tempo determinato.

---