

La rappresentanza delle minoranze linguistiche

ROBERTO TONIATTI (a cura di)





La rappresentanza delle minoranze linguistiche

Roberto Toniatti (a cura di)

Università degli Studi di Trento
Facoltà di Giurisprudenza

website: <http://www.liatn.eu>



Pubblicato da
Università degli Studi di Trento
via Calepina, 14 - 38122 Trento
casaeditrice@unitn.it
www.unitn.it

Impaginazione: Carla Maria Reale
Copertina: Matteo Boato, *Cieli di campi*, olio su tela, 2005

Copyright © 2023 Silvia Bagni, Matteo Cosulich, Urlike Haider-Quercia,
Esther Happacher, Matteo Monti, Francesco Palermo, Elisabetta Palici di Suni,
Giovanni Poggeschi, Davide Strazzari, Roberto Toniatti

Tutti i diritti riservati

Prima edizione: 2023
ISBN 978-88-5541-007-6
DOI https://doi.org/10.15168/11572_372279

Questo libro è disponibile in Open Access
Volume scaricabile gratuitamente dall'archivio IRIS - Anagrafe della ricerca

LA RAPPRESENTANZA DELLE MINORANZE LINGUISTICHE

INDICE

PRESENTAZIONE	6
---------------------	---

Roberto Toniatti

Introduzione.

<i>La rappresentanza politica e la rappresentazione delle minoranze linguistiche e nazionali: le ragioni, i fondamenti, i limiti</i>	8
--	---

Roberto Toniatti

Parte I

<i>La rappresentanza politica delle minoranze linguistiche e nazionali in Europa.....</i>	21
---	----

Francesco Palermo

<i>La (non) rappresentanza istituzionale delle nacionalidades in Spagna.....</i>	37
--	----

Matteo Monti

<i>La rappresentanza politica delle minoranze linguistiche in Italia.....</i>	52
---	----

Matteo Cosulich

<i>La rappresentanza politica dei gruppi linguistici in Alto Adige/Südtirol.....</i>	64
--	----

Esther Happacher

<i>Aspetti problematici della rappresentanza delle minoranze linguistiche.....</i>	72
--	----

Giovanni Poggeschi

Parte II

<i>I diritti di partecipazione politica – ancora senza rappresentanza – dello straniero.....</i>	<i>81</i>
<i>Ulrike Haider-Quercia</i>	
<i>Minoranze, effettività del rimedio e rappresentanza in giudizio nel diritto dell'antidiscriminazione.....</i>	<i>93</i>
<i>Davide Strazzari</i>	
<i>Rappresentanza e rappresentazione del pluralismo etnico e linguistico in un contesto interculturale e plurinazionale</i>	<i>110</i>
<i>Silvia Bagni</i>	
<i>Il principio del «reflective judiciary» e la rappresentazione delle minoranze linguistiche e nazionali negli organi giurisdizionali degli ordinamenti composti: una ricognizione del fenomeno e primi spunti ricostruttivi.....</i>	<i>134</i>
<i>Roberto Toniatti</i>	
<i>Conclusioni. La rappresentanza delle minoranze linguistiche: alcuni spunti problematici.....</i>	<i>153</i>
<i>Elisabetta Palici di Suni</i>	
<i>Le Autrici e gli Autori.....</i>	<i>159</i>

Minoranze, effettività del rimedio e rappresentanza in giudizio nel diritto dell'antidiscriminazione

Davide Strazzari

1. Forme di azione in giudizio a carattere collettivo tra effettività del rimedio individuale e promozione del diritto oggettivo

Nel contesto della tutela delle minoranze, il diritto antidiscriminatorio rappresenta certamente un primo, importante strumento di garanzia. Si tratta, in tutta evidenza, di un meccanismo di tutela parziale nella misura in cui, con esso, si tende a dare primariamente risposta alla dimensione formale dell'eguaglianza e dunque al divieto di trattare meno favorevolmente una persona a causa del possesso di una determinata caratteristica che l'ordinamento tutela. Ad essere, invece, difficilmente perseguibile attraverso il diritto antidiscriminatorio è la dimensione promozionale dei diritti collettivi. Benché, in effetti, tanto la nozione di discriminazione indiretta quanto quella di azione positiva siano debitorie di una concezione sostanziale o di gruppo del principio di eguaglianza,³⁸⁹ entrambe le nozioni, pur parte integrante del diritto antidiscriminatorio, presentano in concreto difficoltà attuative:³⁹⁰ la prima, perché può non essere sempre agevole la dimostrazione che una misura, di per sé neutrale rispetto al fattore tutelato, determini, in realtà, effetti discriminatori³⁹¹ e la seconda perché, nel contesto europeo, appare piuttosto circoscritta alla dicotomia eguaglianza di opportunità e eguaglianza di risultato, con una netta preferenza da parte della Corte di giustizia per il primo modello rispetto al secondo. Pur con questi limiti strutturali, non deve essere sottostimato l'uso del diritto antidiscriminatorio come strumento anche di politica del diritto, volto a favorire, attraverso il ricorso giudiziale, un possibile cambiamento sociale. In effetti, guardando alle direttive europee cd. di nuova generazione,³⁹² l'attenzione prestata al tema della effettività del rimedio giudiziale è notevole e ciò sebbene ci si

³⁸⁹ Cfr. O.M. FISS, *Groups and the Equal Protection Clause, in Philosophy and Public Affairs*, 1976. 107 ss.

³⁹⁰ Nella Raccomandazione della Commissione sull'applicazione della dir.2000/43/CE e 2000/78/CE, del 19.3.2021 COM 2021 139 final, si osserva, a p. 5: «Alcuni portatori di interessi segnalano una conoscenza ed un'applicazione limitate della discriminazione indiretta nella pratica giudiziale nazionale».

³⁹¹ Nonché per il fatto che, nel caso della discriminazione indiretta, la condotta del soggetto che discrimina può essere ritenuta comunque lecita, se essa persegue interessi legittimi ed è proporzionata rispetto ad essi. In generale, sulle nozioni di diritto dell'antidiscriminazione, si rimanda, per una prospettiva comparata, a S. FREDMAN, *Discrimination Law*, II ed., Oxford, 2011; D.B. OPPENHEIMER, S.R. FOSTER, S.Y. HAN, *Comparative, Equality and Anti-discrimination Law*, New York, 2012, 19 ss.

³⁹² Il diritto dell'antidiscriminazione ha, almeno nel contesto dell'Europa continentale, una genesi fortemente ancorata al diritto dell'UE. L'UE, infatti, ha in primo luogo dato tutela, nei trattati istitutivi e nella legislazione derivata della seconda metà degli anni '70, alla discriminazione per la nazionalità (da intendersi come divieto di discriminazione dei cittadini degli Stati membri dell'Unione europea esercenti le libertà di circolazione rispetto ai cittadini nazionali dello Stato UE in cui sono ospiti) e a quella per il genere, in questo caso nell'ambito del solo rapporto di lavoro. Tale limitazione, sia sotto il profilo oggettivo (ambito occupazionale) e soggettivo (il fattore sesso/genere), si giustificava con il fatto che non vi fossero basi giuridiche atte a consentire al legislatore dell'Unione di intervenire al di fuori di tali ambiti. L'art. 157 del TCE si riferiva infatti alla parità di trattamento tra sessi e nella sola sfera retributiva. Solo grazie all'inserzione, ad opera del Trattato di Amsterdam, dell'art. 13 TCE – oggi art. 19 TFUE – si è prevista una base giuridica che ha consentito alla CE, oggi UE, di assumere atti di diritto derivato, in materia di tutela

muova in un ambito – quello procedurale – tradizionalmente lasciato all'autonomia degli Stati membri.

In primo luogo, le direttive hanno imposto di introdurre negli ordinamenti degli Stati membri un'azione di carattere civile contro la discriminazione, esperibile tanto nei confronti della PA quanto dei privati.³⁹³ In secondo luogo, la direttiva ha rafforzato la posizione in giudizio della persona vittima di discriminazione attraverso un alleggerimento del suo onere probatorio.³⁹⁴ Infine, sotto il profilo sanzionatorio, la

antidiscriminatoria, rispetto a una serie tassativa di fattori tipizzati quali: il sesso, la razza, l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età, l'orientamento sessuale. Proprio fondandosi su tale base giuridica, nel 2000 il Consiglio ha adottato due direttive volte a introdurre negli Stati membri il principio di parità di trattamento in relazione ai fattori sopra menzionati (Direttiva 2000/43/CE e Direttiva 2000/78/CE). Le due direttive non hanno peraltro un medesimo campo applicativo: mentre la direttiva 2000/43/CE si applica a settori diversi dall'occupazione (come l'accesso ai servizi, l'istruzione, l'alloggio), la direttiva 2000/78/CE riguarda il solo ambito dell'occupazione ed è volta a lottare contro le discriminazioni fondate sulla religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali. Queste due direttive, sia per il fatto di riguardare gruppi sociali diversi dal sesso sia perché, almeno in relazione alla direttiva razza, estendono il divieto di discriminazione ad ambiti ulteriori rispetto all'occupazione, sono definite di nuova generazione.

Sempre adottando come base giuridica l'art. 13 TCE (ora 19 TFUE), è stata adottata la Direttiva 2004/113/CE che ha attuato la parità di trattamento tra uomini e donne nell'ambito dell'accesso a beni e servizi e loro fornitura. Infine la Direttiva 2006/54/CE (c.d. di rifusione) ha recepito in un unico testo il contenuto delle direttive in tema di discriminazioni di genere.

Si può notare, dunque, come una delle caratteristiche del diritto dell'antidiscriminazione di matrice europea sia una sostanziale diversificazione nell'intensità di tutela a seconda del fattore tutelato. Ciò riguarda sia l'ambito applicativo materiale (con razza/origine etnica come fattori in relazione ai quali il relativo divieto di discriminazione ha il campo applicativo più ampio, cui segue il genere (occupazione e accesso a beni e servizi), e infine religione, orientamento sessuale, handicap età, il cui divieto di discriminazione riguarda solo l'ambito occupazionale) sia, come si vedrà, taluni profili della tutela. Per una panoramica generale, cfr. M. BARBERA, A. GUARISO, *La tutela antidiscriminatoria – Fonti, strumenti, interpreti*, Torino, 2019.

³⁹³ Questo aspetto ha avuto conseguenze particolarmente rilevanti nell'ordinamento italiano. Tradizionalmente, infatti, il principio costituzionale di uguaglianza veniva concepito nella sua dimensione oggettiva di canone di razionalità degli atti normativi e di quelli amministrativi della Pa. Al contrario, le direttive antidiscriminatorie hanno contribuito a rafforzare la dimensione soggettiva del principio di uguaglianza – già emersa nell'ordinamento italiano con l'introduzione, ex art. 44 del Testo Unico Immigrazione, dell'azione civile contro la discriminazione – generando altrettanti diritti soggettivi a non essere discriminati in ragione dei fattori menzionati, diritti che sarebbero azionabili sia verso i poteri pubblici, sia verso i privati, secondo una orizzontalità nella tutela dei diritti che trova in tale settore un peculiare ambito applicativo (sul punto F. VARI, *L'affermazione del principio di eguaglianza nei rapporti tra privati*, II ed., Torino, 2017). Quest'ultimo aspetto, in un ordinamento come quello italiano in cui la giurisdizione ordinaria e amministrativa si fonda sulla posizione giuridica fatta valere in giudizio, ha implicato l'attrazione alla giurisdizione ordinaria di tutta una serie di controversie che vedono come controparte l'amministrazione e che, in assenza dell'azione civile contro la discriminazione, sarebbero state qualificabili come di interesse legittimo. Si vedano, sul punto, le sentenze delle sezioni unite della Cassazione, rese in sede di regolamento di giurisdizione, la n. 3670 dell'11.1.2011 – in riferimento alla delibera del Comune di Brescia sul cd. bonus bebè – e la n. 7186 del 18.1.2011, in riferimento ad un bando di concorso pubblico per l'accesso a una graduatoria presso un ospedale da cui erano stati esclusi i cittadini stranieri. In tali occasioni, la Cassazione afferma la giurisdizione del g.o. e definisce il diritto alla parità di trattamento come un diritto assoluto della persona «posto a presidio di un'area di libertà e potenzialità del soggetto rispetto a qualsiasi tipo di violazione della stessa». Sul punto, vedi A. GUARISO, M. MILITELLO, *La tutela giurisdizionale*, in M. BARBERA, A. GUARISO, *op. cit.*, 453-454; nonché F. DINELLI, *Le appartenenze territoriali. Contributo allo studio della cittadinanza, della residenza e della cittadinanza europea*, Napoli, 2011, 82 ss.

³⁹⁴ Cfr. art. 8 della dir. 2000/43/CE «Gli Stati membri prendono le misure necessarie, conformemente ai loro sistemi giudiziari nazionali, per assicurare che, allorché persone che si ritengono lese dalla mancata applicazione nei loro riguardi del principio della parità di trattamento espongono, dinanzi a un tribunale o

direttiva, pur lasciando ampia discrezionalità agli Stati membri, precisa che le sanzioni, che possono prevedere il risarcimento dei danni, devono essere effettive, proporzionate e dissuasive.³⁹⁵

Gli aspetti che si sono or ora evidenziati non incidono tuttavia sulla tradizionale concezione che vuole la tutela dei diritti – incluso, dunque, quello a non essere discriminati – fondarsi sull’azione in giudizio promossa dal singolo individuo.

Tuttavia, come si vedrà, il diritto antidiscriminatorio dell’UE contiene anche riferimenti a forme di attivazione in giudizio di carattere collettivo.³⁹⁶

In effetti, proprio il diritto comparato mostra che un uso del diritto antidiscriminatorio in chiave politica, nell’ottica del cambiamento sociale, viene normalmente perseguito proprio attraverso soluzioni operative caratterizzate da forme di rappresentanza processuale di carattere collettivo.³⁹⁷

Si pensi, da questo punto di vista, al celebre caso *Brown vs. Board Education* nell’ambito della desegregazione scolastica razziale negli USA, che viene appunto visto come il prototipo della *public interest litigation*,³⁹⁸ oppure, per venire a tempi più recenti e per spostarsi al contesto europeo, ai casi introdotti dinanzi alla Corte europea dei diritti dell’uomo relativi alla segregazione scolastica dei bambini Rom in alcuni Paesi del Centro-Est Europa, che hanno tutti visto il coinvolgimento di associazioni per la promozione dei diritti dei Rom.³⁹⁹

La prospettiva dell’uso in chiave strategica del processo è perseguibile con strumenti giuridici anche molto diversi tra loro che includono l’azione promossa da una pluralità di soggetti singolarmente ed effettivamente lesi da un dato comportamento e che agiscono

a un'altra autorità competente, fatti dai quali si può presumere che vi sia stata una discriminazione diretta o indiretta, incomba alla parte convenuta provare che non vi è stata violazione del principio della parità di trattamento». In modo simile dispone l’art. 10 della direttiva 2000/78/CE.

³⁹⁵ Cfr. art. 15 dir. 2000/43/CE; art. 17 dir. 2000/78/CE.

³⁹⁶ La locuzione è qui usata in forma ampia e riassuntiva per comprendere ipotesi diverse che includono la cd. class action, l’azione rappresentativa di enti portatrici di interessi diffusi o quella di enti pubblici, ipotesi tutte accomunate dal fatto di determinare effetti nel processo che trascendono la dimensione strettamente individuale del rimedio giudiziale e producono effetti *lato sensu* pubblicistici. Ritroviamo un simile uso del termine collettivo nella Raccomandazione della Commissione dell’11 giugno 2013 relativa principi comuni per i meccanismi di ricorso collettivo di natura inibitoria e risarcitoria, più volte richiamata nel testo, che appunto con l’espressione ricorsi collettivi include le tre forme di azione in precedenza richiamate. Vedi comunque per le opportune distinzioni *infra* nel testo.

³⁹⁷ In argomento, vedi V. PROTOPAPA, *Percorso di lettura su cause strategiche e cambiamento sociale*, in *Dir. Lav. rel. Ind.*, 2019, 565 ss.; M. BARBERA, *Principio di eguaglianza e divieti di discriminazione*, in M. BARBERA, A. GUARISO, *op. cit.*, p. 80 e ss.; in una prospettiva più generale, M. CAIELLI, *The role of Civil Society in Human Rights and Constitutional Adjudication: Some Concerns about “Judicial Lobbying”*, in *Comparative L. Rev.*, 2017, vol. 8, n. 2, 1 ss.

³⁹⁸ Su cui M. MINOW, *In Brown’s wake. Legacies of America’s Educational Landmark*, Oxford-New York, 2010.

³⁹⁹ A partire dal caso *D.H. e altri c. Rep. Ceca*, G.C., 13.11.2007 (n. 57325), in cui la Corte, facendo uso in modo innovativo della nozione di discriminazione indiretta, ha ritenuto contraria all’art. 14, in connessione all’art. 2, prot. No 1 (diritto all’istruzione), la prassi ceca che, sulla base di test psico-attitudinali, riservava di fatto agli studenti Rom la frequenza di scuole differenziali. Su questa giurisprudenza, v. D. STRAZZARI, *La Corte europea dei Diritti dell’Uomo e le discriminazioni verso gli appartenenti all’etnia Rom. Alcune chiavi di lettura dal punto di vista del diritto comparato*, in *Revista europea de derechos fundamentales*, vol. 18, n. 2, 2011, p. 221; E. DUBOUT, *L’interdiction des discriminations indirectes par la Cour européenne des droits de l’homme: rénovation ou révolution ?*, in *Rev. trim. dr. H.*, n. 75, 2008, 821 ss.; sui profili legati alla *strategic litigation* di questa decisione, v. A. COOMBER, *Strategically litigating equality – Reflections on a changing jurisprudence*, in *European Antidiscrimination Law Rev.*, 15, 2012, p. 11; J. A. GOLSTON, *Public interest litigation in central and Eastern Europe: Roots, prospects and Challenges*, in *Human Rights Quarterly*, vol. 28, 2008, 492 ss.

in giudizio in modo aggregato nella forma dell'azione di classe; l'azione in giudizio promossa o variamente sostenuta da soggetti istituzionali pubblici (organismi di parità, ombudsman, agenzie per i diritti umani etc.); infine, le iniziative sostenute e/o avviate da soggetti istituzionali privati che si pongono come enti esponenziali di interessi diffusi, secondo la formula appunto della *public interest litigation*.⁴⁰⁰

Una pluralità di soluzioni, dunque, le quali, pure nella diversità anche significativa delle formule in concreto implementate, sono accomunate dal fatto di dare all'esito del ricorso giudiziale una valenza ultronea rispetto a quella ottenibile attraverso il rimedio basato sull'azione in giudizio del singolo. Tutti questi strumenti presentano, infatti, una coloratura *lato sensu* pubblicistica, nella misura in cui appaiono finalizzati a garantire e a promuovere il rispetto del diritto oggettivo e solo in modo strumentale l'interesse specifico dell'individuo leso o addirittura non lo perseguono affatto.⁴⁰¹

In effetti, se, da un lato, questi meccanismi consentono perlopiù di coagulare o di dare voce a interessi individuali deboli e dispersi – e in questo senso, possono corroborare l'effettività del rimedio individuale –, dall'altro, veicolano, nell'ambito della regolazione giudiziale del conflitto, interessi organizzati e finiscono per favorire istanze di tipo partecipativo, secondo una dinamica propria della sussidiarietà orizzontale.⁴⁰²

Come si cercherà di evidenziare nel prosieguo, il perseguimento delle due finalità – rafforzamento dell'effettività del rimedio individuale, da un lato, e promozione del rispetto del diritto oggettivo *sub specie* del principio di parità di trattamento, dall'altro – può non sempre avvenire in modo coerente e complementare e l'accentuazione ora dell'una ora dell'altra prospettiva finisce per mettere in evidenza un diverso rapporto con i temi della rappresentanza – processuale, ma non solo – e della stessa concezione dei diritti.

Laddove, infatti, questi strumenti di azione *lato sensu* collettiva presuppongano comunque un'attivazione in giudizio subordinata alla volontà espressa di una vittima di discriminazione concretamente individuabile, lo schema di riferimento appare quello più classico della rappresentanza su delega dell'individuo leso, secondo una linea di più marcata continuità con la tradizionale concezione dei diritti di tipo difensivo individuale. Al contrario, laddove questi enti siano titolari di una legittimazione ad agire in giudizio autonoma, diventa più visibile l'obiettivo di tutela del gruppo minoritario protetto nel suo complesso e/o comunque del rispetto del diritto in senso oggettivo. Qui, emerge con maggiore nettezza l'istanza partecipativa sottesa a questi strumenti processuali, attraverso i quali frazioni della società civile individuano nella tutela, anche giudiziale, di un dato gruppo protetto una ragione di interesse comune, attorno cui coalizzarsi e impegnarsi civicamente. Una forma di partecipazione civica, fondata sull'interesse pubblico alla promozione e rispetto dei diritti, che si aggiunge e completa quella dei tradizionali strumenti di canalizzazione e di rappresentanza degli interessi del pluralismo sociale, quali i partiti e i sindacati.⁴⁰³

È da dire, peraltro, che anche laddove l'intervento degli enti esponenziali sia comunque subordinato alla previa accettazione del singolo, vittima di discriminazione, ad attivarsi in giudizio, e dunque esso avvenga in coerenza con la tradizionale dimensione rimediale individuale del diritto, una valenza pubblicistica è comunque presente.

⁴⁰⁰ Su cui S.L. CUMMINGS, D.L. RHODE, *Public interest Litigation: Insights from Theory and Practice*, in *Fordham Urb. L. J.*, vol. XXXVI, 2009, 603 ss.

⁴⁰¹ Sul punto, si rimanda alle considerazioni di P. Mezzanotte, *Class Action e Costituzione: dimensione metaindividuale dei diritti e ruolo della giurisdizione*, in *Nomos – Le attualità del diritto*, 1, 2022.

⁴⁰² Sempre P. MEZZANOTTE, *op. cit.*, 12 ss.

⁴⁰³ Cfr. G. COLAVITTI, *Rappresentanza e interessi organizzati*, Milano 2005.

La decisione dell'ente esponenziale di intervenire in rappresentanza o a fianco della vittima può essere giustificata dal desiderio di promuovere presso i giudici determinate letture progressiste della lettera della legge. Inoltre, sul piano dei rimedi in concreto esigibili in giudizio, può accadere che il dato ordinamento offra soluzioni che vadano al di là della prospettiva esclusivamente risarcitoria del danno subito dal singolo. La condanna, ad esempio, a far pubblicare, a spese del convenuto, il provvedimento giudiziale che accerti la discriminazione,⁴⁰⁴ la decadenza da contratti di fornitura o servizi con la pubblica amministrazione,⁴⁰⁵ la possibilità per il giudice di ordinare, entro un termine fissato, un piano di rimozione delle discriminazioni accertate,⁴⁰⁶ la condanna al risarcimento del danno morale sono tutti esempi di rimedi che trascendono la dimensione soddisfattiva individuale per acquisirne una di carattere general-preventivo che può spingere l'ente esponenziale ad agire in giudizio per conto o a sostegno della vittima.

2. La cd. azione di classe

L'azione cd. di classe rappresenta un primo strumento di rappresentanza giudiziale collettiva, in ipotesi applicabile anche quale strumento di tutela delle minoranze nel contesto antidiscriminatorio.

Da un punto di vista della legittimazione ad agire e della rappresentanza in giudizio, tale meccanismo pone minori problemi rispetto a quelli che, come si vedrà, caratterizzano l'azione in giudizio condotta da enti esponenziali dell'interesse diffuso, siano questi pubblici o privati.

Nell'azione di classe, infatti, l'iniziativa è presa congiuntamente da coloro che pretendono di aver subito un danno da un medesimo fatto asseritamente illecito (o che intendono inibire una data condotta illecita), facendo dunque valere una violazione in giudizio di un proprio diritto soggettivo, sia pure in modo collettivo.

La formazione della "classe" avviene successivamente all'evento illecito e presuppone un'attività certificativa da parte del giudice che dovrà appunto accertare l'omogeneità delle situazioni e dei diritti fatti valere.⁴⁰⁷

In questo senso, sebbene non manchino letture volte a sottolineare come il gruppo che si formerebbe per mezzo dell'azione di gruppo rappresenti un *quid novi* rispetto alla mera sommatoria delle iniziative dei singoli, è tuttavia proprio questa ultima lettura che ha finito per prevalere.⁴⁰⁸

Ciononostante, possibili profili di attrito con la dimensione individuale del diritto ad agire possono nascere in relazione alle modalità con cui si costituisce il gruppo e ai rapporti che tale azione collettiva intrattiene con l'eventuale azione in giudizio del singolo.⁴⁰⁹

Proprio al fine di mantenere integre le prerogative dell'azione individuale e dunque di non far soggiacere il singolo all'efficacia preclusiva del giudicato che eventualmente si

⁴⁰⁴ Così, ad esempio, prevede nell'ordinamento italiano l'art. 28, c. 7 del d.lgs. 150 del 2011, che si applica appunto alle controversie in materia di discriminazione di cui all'art. 44 del TUI, a quelle per la razza e origine etnica di cui al d.lgs. 215/2003, a quelle per l'orientamento sessuale, disabilità, età e religione di cui al decreto lgs. 216/2003, a quelle per il genere, come disciplinate dal d.lgs. 198/2006, a quelle legate alla disabilità di cui al decreto lgs. 67/2006.

⁴⁰⁵ Vedi art. 44, comma 11 del Testo Unico immigrazione

⁴⁰⁶ Vedi art. 28, comma 5 del d. lgs. n. 150/2011.

⁴⁰⁷ Cfr. P. MAZZINA, *Azione cd. di classe e azione collettiva: principi costituzionali*, in *Digesto disc. Pub.*, Agg., vol. V, Torino, 2012, 55 ss.; A. GIUSSANI, *Azione collettiva*, in *Enc. Dir.*, Milano, Annali, I, 132ss.

⁴⁰⁸ Sul punto, con riferimenti alla dottrina e giurisprudenza statunitensi, vedi G. ROMEO, *Il crepuscolo degli dei: l'azione di classe negli Stati Uniti*, in *D.p.c.e.*, 2012, 3, 1134 ss.

⁴⁰⁹ Lo rileva P. MEZZANOTTE, *op. cit.*, p. 12-13.

fosse formato a seguito dell'azione di gruppo, nel contesto europeo e nazionale si è favorito il meccanismo cd. dell'*opt in*, anziché quello dell'*opt out*, tipico del contesto nordamericano.

Nel primo caso, infatti, la parte ricorrente collettiva è costituita sulla base del consenso espresso dalle persone fisiche o giuridiche che pretendono di avere subito un pregiudizio da una medesima condotta illecita. In questo schema, evidentemente, il diritto d'azione del singolo viene lasciato intatto. Al contrario, nel modello statunitense che applica il modello dell'*opt out* i membri potenzialmente parte della classe ricorrente sono considerati tutti in automatico partecipi dell'azione ed è necessaria una esplicita dichiarazione affinché la decisione non espliciti effetti nei loro confronti.⁴¹⁰ È da dire, tuttavia, che i più marcati sacrifici della dimensione individuale del diritto d'azione ricevono una parziale attenuazione attraverso vincoli più stringenti relativi alla comunicazione dell'avvio dell'azione, la quale deve essere fatta individualmente, laddove ciò sia ragionevole, al fine di consentire al singolo di sottrarsi dall'azione di classe.⁴¹¹

La dimensione più pubblicistica e promozionale dell'azione di classe è percepibile in modo riflesso e si lega soprattutto all'effetto moltiplicatore che si determina sul piano risarcitorio. Non a caso nell'esperienza statunitense la *class action* si associa tradizionalmente ai *punitive damages*, un risarcimento che assume le funzioni di una sanzione general-preventiva. Inoltre, la possibilità per gli avvocati di calcolare gli onorari determinandoli in percentuale sulle somme accordate nelle cause rappresentano un ulteriore elemento di incentivo per l'attivazione delle *class action*.

A livello di UE, in termini normativi, l'azione di gruppo è stata disciplinata nel contesto della sola tutela dei consumatori.⁴¹² Tuttavia, nella Raccomandazione della Commissione dell'11 giugno 2013,⁴¹³ atto dunque non vincolante ma non del tutto privo di effetti giuridici, dovendo lo stesso essere preso in considerazione dai giudici nel momento in cui interpretano e attuano il diritto UE, si sono individuati dei principi comuni che riguardano i meccanismi di ricorso collettivo di natura inibitoria e risarcitoria negli Stati membri rispetto a violazioni di diritti conferiti da norme di diritto dell'UE.

La Raccomandazione, dunque, non si rivolge ad uno specifico settore, ma ha carattere trasversale e riguarda ogni ambito in cui rilevino diritti conferiti dal diritto dell'UE. E tuttavia la stessa indica quali campi d'azione privilegiati la protezione dei consumatori, la concorrenza, la tutela dell'ambiente, la protezione dei dati personali la normativa sui servizi finanziari e la tutela degli investitori, non menzionando dunque il diritto antidiscriminatorio.

Tale atto evidenzia tutta una serie di cautele nell'implementazione dello strumento, mostrando la consapevolezza che il mezzo può prestarsi ad abusi, può impattare sull'efficienza giudiziaria e incidere sui diritti fondamentali processuali delle parti, incluso il convenuto. Si spiegano, in questo senso, il *favor* verso il modello basato sul consenso espresso delle persone fisiche o giuridiche alla partecipazione alla causa

⁴¹⁰ Così P. MEZZANOTTE, *op. cit.*, 13.

⁴¹¹ Vedi G. ROMEO, *op. cit.* Sull'esperienza statunitense, vedi anche N. TROCKER, *La Class action negli Stati Uniti: lo stato dell'arte*, in *Riv. dir. proc.*, 2/2020, 752 ss.

⁴¹² Con la direttiva 2020/1828 del 25 novembre 2020 si sono disciplinate organicamente azioni rappresentative a tutela degli interessi dei consumatori. La direttiva contempla in effetti sia la forma della cd. class action, sia l'attivazione in giudizio da parte di enti esponenziali degli interessi, previamente certificati dall'attore pubblico. Questo modello sembra essere stato recepito dal legislatore italiano nella disciplina del nuovo Titolo VIII *bis* del c.p.c. rubricati "Dei procedimenti collettivi".

⁴¹³ Raccomandazione della Commissione dell'11 giugno 2013 relativa a principi comuni per i meccanismi di ricorso collettivo di natura inibitoria e risarcitoria negli stati membri che riguardano violazioni di diritti conferiti dalle norme dell'Unione (2013/396/UE) in *GUUE*, L. 201/60 del 26.7.2013.

(principio dell'*opt in*); l'invito agli Stati membri a non consentire che gli onorari degli avvocati siano calcolati in percentuale rispetto alle somme accordate nella causa; la raccomandazione agli Stati di vietare risarcimenti di tipo punitivo che avrebbero come conseguenza un risarcimento eccessivo a favore della parte ricorrente.

Le direttive antidiscriminatorie di nuova generazione non contemplano il meccanismo dell'azione di classe, pur non precludendo tale sviluppo da parte dei legislatori nazionali, secondo il principio dell'autonomia processuale degli Stati membri.

Nel contesto statunitense, invece, proprio lo strumento della *class action* nel contesto antidiscriminatorio si è rivelato determinante, assieme alla *public interest litigation* e all'attivismo dell'*Equal Employment Opportunity Commission*, al fine di utilizzare il diritto antidiscriminatorio come strumento di cambiamento sociale.

Nel contesto italiano, la legislazione antidiscriminatoria non contiene alcuna previsione relativa alla *class action*. Tuttavia, si deve notare come l'istituto, dopo un'iniziale applicazione all'ambito della sola tutela dei consumatori, ha conosciuto una decisa generalizzazione e non è da escludere che esso possa applicarsi anche all'ambito dell'antidiscriminazione.

La legge 12 aprile 2019, n. 31, modificata dal d.l. 162/2019, con entrata in vigore posticipata al 19.5.2021, ha introdotto nel codice di procedura civile un nuovo Titolo VIII *bis*, rubricato "Dei procedimenti collettivi". L'art. 840 *bis* del c.p.c. prevede oggi che i diritti individuali omogenei siano tutelabili anche attraverso l'azione di classe che può essere esperita nei confronti delle imprese, degli enti gestori dei servizi pubblici o di pubblica utilità relativamente ad atti e comportamenti posti in essere nello svolgimento della loro attività.

L'istituto, in realtà, per come disciplinato dal codice, contempla sia l'azione di classe in senso proprio – in cui ciascun componente della classe può agire in giudizio nei confronti dell'autore della condotta lesiva per l'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno –, sia l'azione rappresentativa condotta da organizzazioni o associazioni, senza scopo di lucro e previamente iscritte in un elenco pubblico istituito presso il ministero, i cui obiettivi statuari comprendano la tutela dei diritti.⁴¹⁴

A differenza del diritto europeo che sembra rifuggire dall'istituto dei *punitive damages*, l'art. 840-*nonies*, c. 7 del c.p.c. prevede che il giudice possa obbligare il resistente a corrispondere al rappresentante comune degli aderenti e al legale che ha intentato l'azione delle somme a titolo di compenso premiale di consistenza anche notevole e calcolate sull'ammontare complessivo del risarcimento.

3. L'attivazione in giudizio degli enti pubblici di parità

Nel contesto dell'antidiscriminazione, un ruolo di particolare rilievo può essere assunto dai cd. organismi di parità. Si tratta, appunto, di enti pubblici dotati generalmente di un certo grado di indipendenza funzionale rispetto al potere esecutivo, secondo il modello delle cd. amministrazioni indipendenti.⁴¹⁵

Le funzioni che sono chiamati a svolgere sono molto varie e non sempre riguardano la rappresentanza in giudizio delle vittime. Tra queste si possono annoverare: funzioni

⁴¹⁴ Sui requisiti richiesti per l'iscrizione, si veda il Decreto del Ministro della giustizia n. 27 del 17.2.2022.

⁴¹⁵ Sull'incertezza della nozione stessa di «amministrazione indipendente», vedi G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Riv trim. dir. pubbl.*, 1997, 645 ss. Sottolinea il «polimorfismo» delle autorità indipendenti anche G. MORBIDELLI, *Le autorità indipendenti: introduzione ad una lettura comparata*, in *Dpce*, 2000, 1051. In argomento vedi anche F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna 2000.

regolatorie, che si estrinsecano nell’emanazione di codici di condotta o direttive che interpretano il dato legale, anche attraverso esemplificazioni delle condotte discriminatorie tipiche, e che, pur qualificandosi come atti di *soft law*, vengono normalmente prese in considerazione dai giudici nell’interpretazione e applicazione della legge; funzioni para-giurisdizionali attraverso poteri di indagine, di inchiesta, di mediazione, di conciliazione stragiudiziale; funzioni tutorie nel cui ambito si possono far rientrare i poteri di condurre indagini conoscitive finalizzate alla divulgazione in report indipendenti, l’opera di sensibilizzazione, di assistenza legale alle vittime.⁴¹⁶

L’istituzione di organismi di parità si inserisce in una nuova prospettiva di tutela dei diritti fondamentali che vede questi ultimi garantiti non solamente dalla prospettiva giudiziale, ma anche da quella promozionale: la Costituzione e i relativi diritti non fungono più solo da limite, ma diventano ragione e paradigma dell’azione pubblica stessa.

Tali organismi hanno così il compito di agire come “magistrature morali”⁴¹⁷ dalla funzione pedagogica, assumendo un ruolo di stimolo tanto nei confronti dei privati quanto della pubblica amministrazione, affinché appunto quest’ultima concepisca sempre più la tutela dell’antidiscriminazione e la promozione delle pari opportunità come assi strategici del suo agire.⁴¹⁸

Soprattutto, nel contesto promozionale che si va delineando, diventa sempre più importante per gli organismi di parità farsi centro del sistema secondo un’ottica reticolare tipica della *governance*. L’organismo di parità ha infatti bisogno di porsi come tessitore di tale ipotetica rete sia secondo una dimensione verticale – in questo senso rilevano soprattutto le relazioni con il livello sovranazionale e con gli altri organismi di parità nazionali – sia secondo una prospettiva orizzontale, come soggetto che interloquisce con le varie associazioni sorte per tutelare anche giudizialmente le minoranze.

La prospettiva qui accennata postula necessariamente una certa “autorevolezza” da parte dell’organismo di parità. È quest’ultimo un concetto difficilmente traducibile in termini giuridici. Diversi indicatori possono però essere presi in considerazione. È possibile rilevare che il concetto di autorevolezza può ai nostri fini essere riferito ad una dimensione per così dire esterna che riguarda i poteri e funzioni attribuiti all’organo di parità, e una interna o istituzionale che guarda ai criteri di selezione e nomina dei componenti dell’organismo, il *milieu* professionale da cui questi ultimi sono assunti, la durata della loro carica, il grado di indipendenza dall’esecutivo e soprattutto le sufficienti risorse finanziarie attribuite all’organismo.⁴¹⁹

L’attribuzione all’organismo di parità di funzioni diverse può portare ad accentuarne talune a discapito di altre. Per esempio, il compito di sensibilizzare relativamente al diritto antidiscriminatorio e quello di mediazione stragiudiziale possono indurre a scelte strategiche che rifuggono dall’azione diretta in giudizio, per conto o a sostegno della vittima, e ciò per il rischio di porsi in modo oppositivo con talune controparti e minare così il dialogo sociale, non a caso richiamato dalle stesse direttive europee.

Al contrario, la scelta di operare maggiormente sul piano giudiziale, in supporto delle vittime o di associazioni rappresentative degli interessi di queste ultime, può maggiormente giustificarsi laddove l’organismo intenda favorire letture progressiste del diritto positivo da parte dei giudici. In questi casi, evidentemente, l’interesse a garantire

⁴¹⁶ Per questa tripartizione, vedi F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2005, Tomo 1, 882.

⁴¹⁷ L’espressione è di M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994.

⁴¹⁸ In argomento. F. GUARRIELLO, Il ruolo delle istituzioni e della società civile, in M. BARBERA (cur.), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Milano, 2007, 467 ss.

⁴¹⁹ Sul punto, anche G. MORBIDELLI, *op. cit.*, 1051.

alla singola vittima un rimedio effettivo si stempera o per meglio dire viene funzionalizzato all'interesse collettivo ad ottenere un avanzamento del diritto oggettivo in termini di tutela generale.

Particolarmente emblematica in tal senso è stata l'esperienza della *Equal Employment Opportunity Commission* (EEOC) statunitense.

Istituita nel 1964 ad opera del *Civil Rights Act* nel contesto della lotta alla segregazione razziale, la Commissione era stata dotata dal legislatore di poteri e risorse particolarmente scarsi, frutto in qualche modo del compromesso raggiunto tra i democratici e i repubblicani. La Commissione, infatti, nasceva soprattutto come organismo di mediazione e conciliazione tra lavoratori e imprese, ma non aveva alcun ruolo nella fase giudiziale.⁴²⁰

Nonostante la scarsità di risorse, nei primi dieci anni di vita la Commissione si rivelò particolarmente aggressiva dal punto di vista della *strategic litigation*. Centrale in tale approccio si rivelò essere l'alleanza con le associazioni promotrici dei diritti civili, NAACP (*National Association for the Advancement of Colored People*) su tutte. Queste ultime, con l'intenzione più che altro di svelare all'opinione pubblica le disfunzioni della neonata Commissione e al fine di spingere le autorità pubbliche a un rafforzamento dei suoi poteri, inondarono l'EEOC di richieste di mediazione.⁴²¹

Il *Civil Rights Act* 1964 si basava su una nozione di discriminazione incentrata sulla figura dell'intento. Se questo aspetto non si rivelò problematico al fine di rimuovere le situazioni di segregazione più evidenti ancora presenti negli stati del Sud, esso invece rivelò tutti i suoi limiti nel momento in cui si intese rimuovere gli effetti odierni della passata discriminazione razziale. Erano infatti diffuse prassi aziendali che attraverso l'uso di test attitudinali o di meccanismi di anzianità di servizio,⁴²² dunque con meccanismi formalmente neutrali rispetto al fattore razza, mantenevano nei fatti segregata la forza lavoro di colore.

La rimozione di tali prassi, in quanto contrarie al Title VII del *Civil Rights Act*, richiedeva una lettura fortemente innovativa del dato normativo. Si trattava di passare da una concezione soggettiva di discriminazione, incentrata appunto sul soggetto discriminatore e sul suo intento, a una che guardava all'effetto discriminatorio, secondo lo schema della discriminazione indiretta o *disparate impact*.⁴²³

Al fine di promuovere questo cambiamento di prospettiva, poi effettivamente ottenuto, nel 1971 con la decisione *Griggs* della Corte suprema,⁴²⁴ l'EEOC avviò un'attenta strategia collaborativa con la NAACP.

⁴²⁰ Vedi N. PEDRIANA, R. STRYKER, *The strength of a weak Agency: Enforcement of Title VII of the 1964 Civil Rights Act and the expansion of State capacity, 1965-71*, in *American journal of Sociology*, vol. 110, n. 3, 2004, 709 ss.; P. BURSTEIN, K. MONAGHAN, *Equal Employment Opportunity and the Mobilization of Law*, in *Law and Society Review*, vol. 20, 1986, 386 ss.

⁴²¹ Cfr. N. PEDRIANA, R. STRYKER, *op. cit.*, 715 ss.

⁴²² Secondo queste prassi aziendali, la persona che chiedeva il trasferimento in un settore aziendale diverso o di essere adibito a nuove mansioni, in un diverso reparto aziendale, perdeva l'anzianità di servizio fino a quel momento maturata. Ciò aveva come effetto di scoraggiare il lavoratore di colore dal richiedere lo spostamento, mantenendo così de facto segregata la forza lavoro e replicando la condizione sociale preesistente.

⁴²³ Per questi concetti, si fa rinvio al nostro *Discriminazione razziale e diritto*, Padova, 2008, pp. 179 ss.

⁴²⁴ Si veda A. BLUMROSEN, *Strangers in Paradise: Griggs v. Duke Power Co. and the Concept of Employment Discrimination*, in *Michigan Law Review*, vol. 71, 1972, pp. 59 ss; Idem, *The Law Transmission System and the Southern Jurisprudence of Employment Discrimination*, in *Industrial Relations Law Journal*, n. 6, 1984, 313 ss.

Da un lato, la Commissione cominciò ad elaborare linee guida che specificamente trattavano della questione dei test attitudinali e dei *seniority schemes*, argomentando circa la loro illegittimità. Dall'altro, partecipò in qualità di *amicus curiae* in molti dei casi sostenuti dalla NAACP. Grazie anche ad una magistratura incline ad accogliere una lettura progressista del *Civil Rights Act*, la strategia si rivelò vincente e portò appunto ad una significativa evoluzione del diritto antidiscriminatorio statunitense.

Tornando al piano del diritto dell'UE, le direttive in materia di antidiscriminazione attribuiscono un rilievo differenziato agli organismi di parità in funzione del fattore tutelato.

Infatti, in relazione al genere e alla razza/origine etnica, la direttiva 2006/54/CE, da un lato, e la direttiva 2000/43/CE, dall'altro, impongono agli Stati l'istituzione di organismi per la promozione della parità di trattamento. In entrambi i casi, le pertinenti disposizioni delle direttive prevedono che gli stati debbano assicurare che tra le competenze di tali organismi rientrino: l'assistenza indipendente alle vittime di discriminazione nel dare seguito alle denunce da essi inoltrate in materia di discriminazione, fatto salvo il diritto delle vittime e delle associazioni, organizzazioni o altre persone giuridiche di azione in giudizio; lo svolgimento di inchieste indipendenti in materia di discriminazione; la pubblicazione di relazioni indipendenti e la formulazione di raccomandazioni su questioni connesse con tali discriminazioni.

La pur coeva direttiva 2000/78/CE, che tratta della parità di trattamento in relazione all'età, credo o religione, orientamento sessuale e handicap, non contiene alcun obbligo in capo agli Stati di istituire organismi di parità.

È interessante osservare come la formulazione della direttiva non abbia imposto agli Stati membri obblighi particolarmente stringenti in merito al ruolo degli organismi di parità nella fase dell'*enforcement* giudiziale. L'assistenza indipendente alle vittime di discriminazione non si estende, infatti, fino ad una rappresentanza in giudizio della vittima da discriminazione e men che meno all'attribuzione all'ente di parità di una legittimazione a ricorrere sua propria.

La ritrosia espressa sul punto dal legislatore dell'UE può certamente spiegarsi col fatto che tali profili rientrano nell'ambito dell'autonomia processuale degli Stati. E del resto, come le due direttive esplicitamente statuiscono, esse fissano dei requisiti minimi, rimanendo gli Stati liberi di introdurre o mantenere disposizioni più favorevoli.

Nel contesto italiano, l'attuazione delle direttive europee ha portato ad alcune differenze. Per quanto riguarda, infatti, la discriminazione per il genere, il meccanismo di tutela oggi disciplinato dal codice delle pari opportunità (C.P.O. decreto legislativo 11 aprile 2006 n. 198), ma la cui impostazione risale alla legge 125 del 1991, presenta un carattere territorialmente diffuso, essendo il relativo ufficio costituito a livello nazionale, regionale, provinciale. Il/la Consigliera/e di parità, accanto ad attività di sensibilizzazione sui temi delle pari opportunità, assiste le vittime da discriminazione che a tale organismo si rivolgono, soprattutto attraverso un'azione di conciliazione a carattere informale.

Può anche agire in giudizio sia in nome e per conto della vittima di discriminazione o in suo sostegno, previa delega di quest'ultima, sia in proprio nome, nel caso di discriminazione collettive, dirette e indirette, *anche* quando non siano individuabili le vittime.

In quest'ultima eventualità, la consigliera agisce con la finalità di garantire l'interesse pubblicistico al rispetto della legge più che per la tutela specifica di singoli lavoratori lesi, che possono anche non essere presenti. E infatti l'art. 37 del C.P.O. prevede che la Consigliera, prima di promuovere l'azione in giudizio, possa chiedere all'autore della discriminazione un piano di rimozioni della discriminazione accertata. Se il piano è

considerato idoneo alla rimozione delle discriminazioni, la Consigliera di parità promuove il tentativo di conciliazione e il relativo verbale acquista forza di titolo esecutivo con decreto del tribunale. È evidente quindi che l'interesse alla rimozione della discriminazione prevale su quello soggettivo proprio delle singole vittime, laddove evidentemente esistenti, ad ottenere un eventuale rimedio specifico.

Per quanto riguarda la discriminazione razziale, il d.lgs. 215/2003 ha portato all'istituzione di un Ufficio nazionale antidiscriminazione razziali. Si tratta di un organismo centralizzato e costituito presso il dipartimento pari opportunità presso la presidenza del Consiglio dei Ministri. Le funzioni sul piano *dell'enforcement* giudiziario sono molto inferiori a quelle previste nel modello del/la Consigliere di parità. L'assistenza alle vittime non si spinge infatti fino all'azione in giudizio sul modello della delega e l'Ufficio non ha alcuna legittimazione autonoma nel caso di discriminazioni collettive.

4. L'azione di enti privati rappresentativi di interessi diffusi

Il terzo strumento di carattere collettivo, presente nel diritto antidiscriminatorio, è rappresentato dall'azione rappresentativa posta in essere da un'associazione o organizzazione (ad esempio, sindacale) che persegue, tra i propri fini statutari, quello della promozione e tutela degli interessi di uno o più gruppi minoritari tutelati dalla legislazione.

Anche in questo caso è opportuno distinguere le ipotesi in cui la data associazione agisce in nome e per conto della vittima, di cui necessita apposita delega, da quelle in cui la data associazione agisce in giudizio secondo una propria autonoma legittimazione processuale.

Come si è già osservato, infatti, nel primo caso, è prevalente la funzione di garantire l'effettività del rimedio individuale e lo schema è maggiormente rispettoso della tradizionale concezione difensiva dei diritti, basata sull'azione del singolo. Peraltro, come si è in già precisato, effetti *lato sensu* pubblicistici sono comunque presenti anche in tali ipotesi: la scelta da parte dell'associazione di sostenere o meno una data vittima è discrezionale e può rispondere al desiderio di portare dinnanzi al giudice casi/controversie suscettibili di determinare un avanzamento di tutela del diritto antidiscriminatorio in generale. In secondo luogo, si deve tenere conto che il diritto antidiscriminatorio concepisce il regime sanzionatorio ben oltre lo schema classico della riparazione del danno, per concentrarsi, piuttosto, sulla rimozione degli effetti discriminatori anche attraverso ordini giudiziali che impongono alla controparte obblighi di fare. Questi profili, che di per sé consentono ad ogni singolo caso di avere ripercussioni pratiche ultronee rispetto alla singola controversia, può dunque incentivare il sostegno in giudizio della data associazione.

È chiaro, però, che nell'ipotesi in cui alla data associazione venga riconosciuta dalla legge una legittimazione propria autonoma, lo strumento dell'azione rappresentativa acquista una più evidente coloratura pubblicistica, nel senso appunto che il ricorso può anche prescindere dalla soddisfazione effettiva delle pretese vittime di discriminazione e diventa maggiormente rivolto alla tutela delle minoranze nel loro complesso intese e del diritto oggettivo. Peraltro, non si può escludere che l'azione in giudizio, promossa da detti enti, possa comunque rispondere anche a interessi più egoistici, propri del singolo ente.⁴²⁵

⁴²⁵ Per esempio, l'art. 28 dello Statuto dei Lavoratori prevede che gli organismi locali delle associazioni sindacali nazionali possono agire, in proprio nome, per la repressione delle condotte antisindacali del datore. La disposizione rappresenta, nel contesto italiano, uno dei più risalenti strumenti di tutela collettiva, nel diritto antidiscriminatorio ma non solo. Il sindacato può agire, infatti, senza mandato dei singoli

Le direttive europee in materia antidiscriminatoria non contemplano, in effetti, questa seconda situazione. Nel contesto della discriminazione per il sesso, l'art. 17, par. 2 della dir. 2006/54/CE riconosce alle associazioni, organizzazioni o altre persone giuridiche, che conformemente ai criteri stabiliti dalle rispettive legislazioni nazionali abbiano un legittimo interesse a garantire che le disposizioni della direttiva siano rispettate, il diritto di avviare in via giurisdizionale e amministrativa, per conto o a sostegno della persona che si ritiene lesa e con il suo consenso, una procedura finalizzata all'esecuzione degli obblighi derivati.

Analoga disposizione è prevista all'art. 7, par. 2 della dir. 2000/43/CE e dall'art. 9, par. 2 della direttiva 2000/78/CE.

Il legislatore italiano, tuttavia, è andato oltre, riconoscendo a dette associazioni, accanto alla possibilità di agire in nome e per conto della vittima, previo suo consenso, una legittimazione processuale autonoma ad agire in giudizio in caso di discriminazione collettive in cui non siano indicate le vittime.

In verità, già precedentemente all'adozione delle due direttive europee del 2000, l'art. 44, c. 10 del TUI ha previsto, in relazione all'azione civile contro la discriminazione per motivi razziali, etnici, linguistici, nazionali, di provenienza geografica o religiose, che le rappresentanze locali delle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello nazionale possano agire in giudizio nei casi di comportamenti discriminatori di carattere collettivo, *anche* laddove non siano individuabili in modo immediato e diretto i lavoratori lesi dalle discriminazioni. La disposizione si applica al solo ambito occupazionale e attribuisce alle sole organizzazioni sindacali una legittimazione ad agire in presenza di discriminazioni dal carattere collettivo, a prescindere dal fatto che le vittime di discriminazione non siano in concreto individuabili.

Un diverso approccio è stato, invece, seguito in occasione della trasposizione nazionale delle direttive 2000/43/CE e 2000/78/CE. L'art. 5 del d. lgs. 215/2003 ha, infatti, attribuito alle associazioni e agli enti inseriti in un apposito elenco, approvato con decreto del Ministro del lavoro e delle pari opportunità, la legittimazione ad agire sia in nome e per conto o a sostegno del soggetto passivo della discriminazione, previa sua delega, sia, con previsione legislativa più favorevole rispetto alla direttiva, la legittimazione ad agire nei casi di discriminazione collettiva, limitatamente, però alle ipotesi in cui siano individuabili in modo diretto e immediato le persone lese dalla discriminazione.

Al fine di essere iscritte nel predetto elenco, le associazioni devono essere costituite da almeno un anno, con uno statuto che preveda come scopo esclusivo o preminente il contrasto ai fenomeni di discriminazione e la promozione della parità di trattamento senza fini di lucro; la tenuta di un elenco degli iscritti con indicazione delle quote versate direttamente all'associazione per gli scopi statutari; l'elaborazione di un bilancio annuale con indicazione delle quote versate dagli associati e tenuta dei libri contabili.⁴²⁶

Diverso ancora il modello seguito per quanto riguarda l'attuazione della direttiva 2000/78/CE. Secondo l'art 5 del d. lgs. n. 216/2003, le organizzazioni sindacali, associazioni e organizzazioni rappresentative del diritto o dell'interesse lesa, senza alcuna necessità di previa iscrizione ad alcun registro pubblico, sono legittimate ad agire in nome e per conto o a sostegno del soggetto passivo della discriminazione, nonché ad agire autonomamente nei casi di discriminazione collettiva in cui non siano individuabili in modo diretto e immediato le persone lese dalla discriminazione. Nel caso, in esame,

lavoratori e anche a favore di dipendenti non iscritti al sindacato. In questo modo, osserva A. GIUSSANI, *op. cit.*, il sindacato si attribuisce il ruolo di vittima della condotta illecita del datore di lavoro, con evidenti ritorni sul piano delle adesioni al sindacato e della realizzazione della propria crescita, anche economica.

⁴²⁶ Cfr. art. 6 del d. lgs. 215/2003.

dunque le associazioni e le organizzazioni acquisiscono la legittimazione processuale senza alcun previo vaglio da parte dell'amministrazione e iscrizione in un registro pubblico, ma sulla sola base di una valutazione incidentale effettuata dal giudice.

La diversa disciplina dettata dal legislatore in relazione ai singoli fattori, nonostante la somiglianza delle situazioni fatte valere e l'identità del valore costituzionale in gioco, presenta dubbi di costituzionalità sotto il profilo della ragionevolezza.⁴²⁷ In alcuni casi, i giudici sono pervenuti, attraverso l'istituto dell'interpretazione conforme a colmare queste possibili incongruenze, pur con qualche forzatura del dato normativo. Ad esempio, sebbene il d. lgs. 215/2003 sia applicabile alle sole discriminazioni per la razza e l'origine etica, e la direttiva 2000/43/CE escluda esplicitamente che le differenze basate sulla nazionalità ricadano nel campo d'applicazione della direttiva, in giurisprudenza si è ugualmente riconosciuto alle associazioni iscritte ai sensi del d. lgs 215/2003 la legittimazione ad agire nei casi di discriminazioni collettive a danno degli stranieri.⁴²⁸

Rimane, comunque, piuttosto sorprendente che il legislatore italiano abbia disciplinato in modo così diverso il problema di come garantire l'effettiva rappresentatività dell'associazione che agisce in giudizio a tutelare lo specifico interesse diffuso.⁴²⁹

In effetti, le direttive non impongono agli Stati che le associazioni o organizzazioni, per essere considerate rappresentative, vengano previamente vagliate dall'amministrazione pubblica. Tuttavia, la già citata Raccomandazione della Commissione sui principi comuni per i meccanismi di ricorso collettivo mostra di prediligere, in relazione alle cd. azioni rappresentative,⁴³⁰ un sistema di previo riconoscimento e iscrizione pubblici.⁴³¹ La designazione delle organizzazioni rappresentative dovrebbe tenere conto del fatto che l'organizzazione non abbia scopo di lucro, che vi sia un nesso diretto tra gli obiettivi principali dell'organizzazione e i diritti conferiti dalle norme dell'unione di cui ci si lamenta e la violazione per i quali l'azione è esperita; che l'organizzazione abbia sufficienti capacità in termini di risorse finanziarie e umane e di competenza legale per rappresentare una molteplicità di ricorrenti agendo nel loro interesse.

⁴²⁷ Per una puntuale elencazione delle diversità di tutela sul punto registrabili in ragione del fattore tutelato, si veda A. GUARISO, M. MILITELLO, *La tutela giurisdizionale*, in M. BARBERA, A. GUARISO, *op. cit.*, 468 ss.

⁴²⁸ Cfr. Cass., sez. lav., n. 11165 e 11166 dell'8.5.2017. Il TUI prevede, nel caso di discriminazioni per la nazionalità, la legittimazione ad agire nei casi di discriminazioni collettive, a prescindere dal fatto che siano o meno individuabili le vittime di discriminazione, in capo alle sole organizzazioni sindacali – non dunque ad associazioni rappresentative del dato interesse – e nel solo ambito occupazionale, non anche ad esempio nella fornitura di beni e servizi. Sul punto, vedi A. GUARISO, M. MILITELLO, *La tutela giurisdizionale*, in M. BARBERA, A. GUARISO, *op. cit.*, 470-471.

⁴²⁹ È da osservare, in verità, che originariamente il d.lgs. 216/2003, di attuazione della direttiva quadro, aveva conferito alle sole organizzazioni sindacali la legittimazione ad agire in giudizio sia per conto o a sostegno della vittima, sia in proprio nome, nel caso di discriminazioni collettive, in cui non fossero identificabili le vittime di discriminazione. Questa limitazione alle sole organizzazioni sindacali si spiegava con il fatto che la direttiva 2000/78/CE si applica al solo ambito lavorativo. La limitazione, però, ai soli sindacati aveva sollevato obiezioni da parte della Commissione e nel 2008, per ottemperare ai rilievi da questa mossi nella procedura di infrazione, si è proceduto ad estendere ad associazioni e organizzazioni rappresentative del diritto o dell'interesse leso la legittimazione ad agire, senza peraltro chiedere a dette associazioni nessuna previa forma di registrazione.

⁴³⁰ Secondo detta Raccomandazione, per azione rappresentativa si intende «l'azione esperita da un'organizzazione rappresentativa, da un'organizzazione appositamente certificata o da un'autorità pubblica, in nome e per conto di due o più persone fisiche o giuridiche che pretendono di essere esposte al rischio di subire o di aver subito un pregiudizio in una situazione di danno collettivo, pur non essendo dette persone costituite parti nel procedimento». Cfr. punto 1,3, lett. d).

⁴³¹ Cfr. punto 4 della Raccomandazione.

Il timore cui la Raccomandazione cerca di rispondere è infatti che questi enti esponenziali possano prestarsi ad abusi, incentivando il contenzioso. In questo senso, la richiesta che le organizzazioni non abbiano scopo di lucro e abbiano sufficienti risorse per finanziarsi sono requisiti che mirano ad evitare che la predisposizione dei ricorsi possa essere strumentale al sostentamento delle stesse organizzazioni.

La questione dell'effettiva rappresentatività dell'ente esponenziale ad agire in giudizio si è posta all'attenzione della Cassazione italiana, la quale ha a sua volta impegnato con il rinvio pregiudiziale la Corte di giustizia.⁴³²

Nel corso di un'intervista radiofonica un celebre avvocato aveva dichiarato di non voler assumere e di non volersi avvalere della collaborazione nel proprio studio di persone omosessuali. L'associazione "Avvocatura per i diritti LGBTI-Rete Lenford" è per statuto dedicata alla tutela dei diritti e degli interessi delle persone omosessuali. Secondo lo statuto, l'associazione ha lo scopo di contribuire a sviluppare e diffondere la cultura e rispetto dei diritti delle persone LGBTI, sollecitando l'attenzione del mondo giudiziario, gestendo la formazione di una rete di avvocati, favorendo e promuovendo la tutela giudiziaria, nonché l'utilizzazione degli strumenti di tutela collettiva, presso le corti nazionali e internazionali.

L'associazione agiva in giudizio, facendo valere la potenziale discriminazione collettiva diretta per l'orientamento sessuale, quale conseguenza delle parole pronunciate dal convenuto.

Il legislatore italiano, infatti, come visto in precedenza, ha attribuito alle associazioni e organizzazioni che hanno tra i propri fini statuari l'interesse alla promozione delle pari opportunità, la legittimazione processuale ad agire o su delega delle vittime di discriminazione o in proprio, laddove non siano individuabili singolarmente le vittime di discriminazione, come appunto avveniva nel caso di specie.

Come detto in precedenza, e diversamente da quanto previsto in relazione ad altri fattori, il conferimento della legittimazione ad agire non presuppone l'iscrizione dell'associazione in un registro pubblico preceduta da un vaglio della pubblica autorità, volto a verificare l'effettiva rappresentatività da parte della data associazione degli interessi del gruppo protetto.

Il convenuto, dunque, richiamandosi alla Raccomandazione della Commissione sui ricorsi collettivi più volte citata, esprimeva dubbi di compatibilità – effettivamente in parte ripresi dalla stessa Cassazione nel suo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia – della legislazione italiana rispetto alla direttiva 2000/78/CE. Quest'ultima, infatti, come visto, contempla solo l'ipotesi della legittimazione ad agire dell'associazione su delega della vittima, ma non anche una legittimazione propria nei casi di discriminazione collettiva.

Secondo il convenuto, dunque, un'associazione può dirsi portatrice di interessi collettivi ed ente esponenziale di essi solo ove partecipata da soggetti essi stessi direttamente e personalmente interessati alla tutela di tale interesse. Ciò non potrebbe appunto dirsi di un'associazione di avvocati, il cui vero obiettivo è quello di offrire tutela giudiziaria alle potenziali vittime, evidentemente anche con la prospettiva di un tornaconto economico. Ad essere dunque eccepito era, da un lato, il fatto che l'ente esponenziale non fosse composto da membri della categoria protetta, dall'altro, che lo statuto dell'associazione non chiarisse che essa agisse senza scopo di lucro.

Entrambe le questioni vengono prese in considerazione dall'avvocato generale che rileva come la circostanza che l'interesse sia diffuso non implica che chi ne promuova la tutela

⁴³² Si tratta di Corte giust., sent. 23.4.2020, Causa C-507/18, *NH*.

debba necessariamente partecipare della caratteristica identificativa di tale gruppo o avere un interesse diretto alla promozione di esso. In questo senso, dunque, la tutela degli interessi di un gruppo minoritario protetto, come la comunità LGBTI nel caso di specie, non postula che solo membri di essa possano attivarsi, ben potendo tale interesse essere coltivato e promosso da una collettività più estesa di persone. Quanto alla questione della gratuità, dopo aver notato che non si può ricavare alcun vincolo in tal senso dalla richiamata Raccomandazione, l'avvocato generale osserva come non sia affatto detto, soprattutto nel contesto dell'antidiscriminazione, che un approccio fortemente incline al contenzioso sia una strategia adatta per un'associazione guidata dal profitto.⁴³³

Più laconica la risposta della Corte: la direttiva non preclude agli Stati membri di garantire un livello di tutela più elevato. Il legislatore italiano, decidendo di conferire una legittimazione ad agire autonoma all'associazione portatrice dell'interesse diffuso, sarebbe andato oltre a quanto richiesto dalla direttiva, ma ciò, nella misura in cui determina condizioni più favorevoli di quelle previste dalla direttiva stessa, è pienamente legittimo. La decisione relativa al come disciplinare la legittimazione processuale – anche optando per l'assenza di una previa registrazione pubblica dell'ente esponenziale – è questione che ricade nell'autonomia processuale degli Stati membri.

Resta poi da notare come, in questo caso, la legislazione nazionale più favorevole, in termini appunto di attribuzione di legittimazione processuale a enti rappresentativi di interessi diffusi, si leghi ad un approccio fortemente evolutivo della Corte di giustizia sul piano del diritto più prettamente sostanziale, ossia di cosa costituisca comportamento discriminatorio.⁴³⁴

Già nelle precedenti sentenze *Feryn*,⁴³⁵ in materia di discriminazione razziale ed etnica, e *Asociația Accept*,⁴³⁶ in materia di discriminazione per l'orientamento sessuale, la Corte aveva avuto modo di pronunciarsi su fattispecie simili in cui la discriminatorietà della condotta era consistita in dichiarazioni pubbliche dal contenuto solo potenzialmente discriminatorio, non essendo rivolte a individui specifici. Nonostante l'assenza di una vittima in concreto esistente e il possibile conflitto con la libertà di manifestazione del pensiero, la Corte ha comunque ammesso che le nozioni di discriminazione siano applicabili anche a tali situazioni.

Un'anticipazione del momento della tutela che sembra più funzionale a promuovere il valore collettivo dell'eguaglianza e della non discriminazione, anziché la tutela del singolo. E non è in questo senso casuale che tutte queste controversie siano emerse in contesti ordinamentali – Belgio, Romania e Italia – che riconoscevano a enti pubblici (nel caso del Belgio) o a enti privati rappresentativi (Romania, Belgio) una legittimazione ad agire autonoma.

La funzione più nettamente pubblicistica perseguita in questi casi è ravvisabile anche sul piano dei rimedi. Secondo la Corte di giustizia, infatti, in una fattispecie «[...] in cui non vi sono vittime dirette di una discriminazione, ma un organismo abilitato dalla legge chiede che venga accertata e sanzionata una discriminazione, le sanzioni che l'art. 15 della direttiva 2000/743/CE impone di contemplare nel diritto nazionale devono essere quindi effettive, proporzionate e dissuasive. Se del caso e qualora ciò dovesse apparire adeguato alla situazione in esame nella causa principale, esse possono consistere nella

⁴³³ Cfr. Conclusioni A.G. Sharpston, 31.10.2019, causa C-507/18, *NH*, punto 103.

⁴³⁴ Il punto è sottolineato dalla Cassazione italiana (Cass., sez. lav., n. 11165 e 11166 dell'8.5.2017) e ripreso in dottrina da A. GUARISO, M. MILITELLO, *La tutela giurisdizionale*, in M. BARBERA, A. GUARISO, *op. cit.*, 469-471

⁴³⁵ Corte giust., sent. 10.7.2008, Causa C-54/07, *Feryn*.

⁴³⁶ Corte giust., sent. 25-4-2013, causa C-81/12, *Asociația*.

constatazione della discriminazione da parte del Tribunale o dell'autorità amministrativa competente, cui si aggiunga un adeguato rilievo pubblicitario, i cui costi siano quindi a carico della parte convenuta, Esse possono parimenti consistere nell'ingiunzione rivolta al datore di lavoro, secondo le norme del diritto nazionale, di porre fine alla pratica discriminatoria accertata, cui si aggiunga, se del caso, una sanzione pecuniaria. Esse possono inoltre consistere nella concessione di un risarcimento dei danni in favore dell'organismo che ha avviato la procedura giurisdizionale».⁴³⁷

5. Conclusioni

Il conferimento della legittimazione ad agire ad enti pubblici o ad enti privati rappresentativi di interessi diffusi (o a gruppi di cittadini appartenenti a una medesima "classe") persegue due obiettivi: da un lato, il rafforzamento dell'effettività del rimedio individuale, dall'altro, la promozione e la tutela del diritto in senso oggettivo, in particolar modo, nel caso qui considerato, di quello dell'antidiscriminazione.

Laddove l'azione in giudizio di tali enti presupponga comunque l'attivazione di una vittima di discriminazione in concreto esistente – attraverso, ad esempio, il conferimento di una delega all'azione in giudizio, secondo l'istituto della rappresentanza processuale – il primo obiettivo risulta più evidente, benché anche in questa ipotesi non manchino effetti *lato sensu* pubblicistici. La dimensione, invece, di promozione del diritto oggettivamente inteso, e dunque, nel caso di specie, di tutela delle minoranze, è maggiormente percepibile quando tali enti siano dotati di una loro propria legittimazione ad agire, a prescindere magari dall'esistenza di una vittima in concreto esistente.

Queste ipotesi determinano una cesura rispetto al modello classico della tutela in giudizio basata sull'azione del singolo e pongono problemi più delicati nella determinazione dell'effettiva rappresentatività dell'ente che si pone come esponenziale degli interessi della data categoria.

A questo proposito, la circostanza per la quale tanto la giurisprudenza nazionale quanto quella europea non ritengono necessario che l'ente in questione sia effettivamente composto da appartenenti al gruppo minoritario protetto dimostra che la tutela del gruppo può divenire interesse di tutta la comunità civile, aggregando e mobilitando in modo trasversale, secondo una concezione dinamica e aperta di minoranza che prescinde dall'appartenenza alla stessa.

Il perseguimento della dimensione pubblicistica/promozionale, attraverso il contezioso giudiziale, della tutela delle minoranze richiede, però, ulteriori strumenti rispetto a quello delle azioni collettive. Esso presuppone, infatti, un adeguamento tanto del diritto sostanziale quanto dei rimedi ottenibili, in entrambi i casi attraverso un approccio interpretativo progressista da parte del formante giudiziale.

Sotto il primo profilo, si può pensare alla giurisprudenza della Corte Suprema, in precedenza richiamata, che ha appunto elaborato, nel caso *Griggs* del 1971, la nozione di

⁴³⁷ Così, Corte giust., sent. 10.7.2008, Causa C-54/07, *Feryn*, cons. 60. Sempre in questa sentenza, la Corte osserva che le sanzioni devono «garantire, in particolare, parallelamente ai provvedimenti adottati per attuare l'articolo 9 della medesima direttiva, una tutela giuridica effettiva ed efficace dei diritti tratti da tale direttiva (...) La severità delle sanzioni deve essere adeguata alla gravità delle violazioni che esse reprimono e comportare, in particolare, un effetto realmente deterrente (...) fermo restando il rispetto del principio generale della proporzionalità» (punto 58). Comunque sia, «una sanzione meramente simbolica non può essere considerata compatibile con un'attuazione corretta ed efficace della direttiva 2000/78» (punto 59). È da notare, però, che la Corte, nella sentenza *Camacho*, Corte giust., 17.12.2015, Causa C-407/14, ha escluso, in riferimento all'art. 18 della dir. 2006/754/CE (discriminazione per il sesso), che vi sia un obbligo per gli Stati membri l'adozione di danni punitivi.

disparate impact, alla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in materia di segregazione scolastica dei bambini Rom, che ha forgiato la nozione di discriminazione indiretta in relazione al parametro di cui all'art. 14 CEDU, o ancora alla giurisprudenza della Corte di giustizia che ha chiarito come anche le sole dichiarazioni dal contenuto discriminatorio sono qualificabili come discriminazione, pur in assenza di una vittima in concreto esistente. In tutti questi casi, come si è visto, tali risultati si sono fondati su azioni in giudizio che hanno visto la presenza di forme di azioni collettive, almeno nei termini di supporto all'azione individuale.

Sul piano dei rimedi, la funzione pubblicistica emerge, ad esempio, in relazione all'istituto dei *punitive damages* negli USA, mentre in Europa la Corte di giustizia ha dato indicazioni puntuali su cosa implichi, per gli Stati membri, prevedere sanzioni che siano "effettive, proporzionate e dissuasive", ai sensi delle direttive antidiscriminatorie, pur non spingendosi a imporre la soluzione dei *punitive damages*.

La valorizzazione degli effetti più nettamente pubblicistici nell'*enforcement* giudiziale della legislazione antidiscriminatoria, nonché l'allontanamento dallo schema classico della tutela individuale in giudizio comportano un maggior sacrificio della posizione processuale del convenuto.

È questa una dimensione cui, per la verità, sembra maggiormente dedicare attenzione il piano politico-decisionale. Nella più volte citata Raccomandazione sui principi comuni per i meccanismi di carattere collettivo si invitano, infatti, gli Stati membri ad evitare forme di *punitive damages*, a garantire l'effettiva rappresentatività degli enti esponenziali, preferendo in modello di previa registrazione pubblica, ad evitare forme di compensi ai patrocinatori legali legate all'ammontare dei risarcimenti. Questi profili, infatti, sono visti come opportuni al fine di garantire la tutela dei diritti fondamentali processuali delle *parti* – dunque anche del convenuto – e dovrebbero impedire gli abusi attraverso opportune garanzie.⁴³⁸

Infine, un'ultima notazione circa la critica diffusa, soprattutto nella letteratura nord-americana, relativamente alla scarsa efficacia e agli effetti talvolta controproducenti della *public interest litigation* a promuovere il cambiamento sociale⁴³⁹. Senza la pretesa di entrare in tale discussione, si può solo osservare che certamente sarebbe un po' velleitario pensare che il diritto da solo possa essere sufficiente a raggiungere un simile obiettivo. Rimane però da osservare che le diverse forme di attivazione in giudizio che presentano un risvolto collettivo, qui esaminate, si sono dimostrate determinanti per favorire avanzamenti importanti nel diritto dell'antidiscriminazione. Un risultato certamente insufficiente, se visto nella prospettiva macro del cambiamento sociale, ma certamente rilevante nel contesto dell'avanzamento della tutela giudiziaria delle minoranze.

⁴³⁸ Così, il cons. 13 della Raccomandazione.

⁴³⁹ Ne danno ampiamente conto S.L. CUMMINGS, D.L. RHODE, *op. cit.*, 603 ss.