

RESPONSABILITÀ CIVILE E PREVIDENZA

rivista bimestrale di dottrina,
giurisprudenza e legislazione

diretta da
Giovanni Iudica – Ugo Carnevali

| estratto

LA DISCRIMINAZIONE DIFFUSA E I POTERI SANZIONATORI DEL GIUDICE

di Francesco Bilotta



GIUFFRÈ EDITORE

4 LA DISCRIMINAZIONE DIFFUSA E I POTERI SANZIONATORI DEL GIUDICE (*)

di **Francesco Bilotta** – Professore aggregato di diritto privato nell'Università di Udine

La Corte di Giustizia europea ha qualificato come discriminazione l'annuncio di una regola di selezione del personale che escluda determinati soggetti dalla selezione stessa in forza di una caratteristica tutelata dalle norme sulle pari opportunità. Nell'articolo, tale giurisprudenza della Corte di Giustizia europea viene discussa criticamente e se ne valutano le ricadute applicative sul diritto nazionale anche alla luce della recente sentenza delle Sezioni Unite in materia di danni punitivi.

The European Court of Justice describes as discrimination the announcement of a recruitment rule which excludes an applicant from the selection on the basis of his/her personal characteristic protected by the equal opportunities laws. In this paper, the European Court of Justice case-law will be analyzed with a critical approach, which will evaluate the application of that outcomes into national legal system in the light of the recent judgment of Italian Corte di cassazione about punitive damages.

Sommario 1. Introduzione. — 2. La creazione giurisprudenziale della regola. — 3. La Direttiva 2000/78/CE. — 4. Le sanzioni previste dalla direttiva e il risarcimento del danno. — 4.1. Le Sezioni Unite sul risarcimento del danno da discriminazione. — 5. Il caso *Feryn*. — 5.1. La creazione di una nuova tipologia di discriminazione. — 5.2. Aspetti applicativi connessi alla nuova fattispecie di discriminazione. — 5.3. Le sanzioni. — 6. Il caso *Asociația Accept*. — 6.1. La prova liberatoria a carico del convenuto. — 6.2. Le sanzioni. — 7. I passaggi argomentativi della decisione bresciana. — 7.1. La legittimazione ad agire della parte ricorrente. — 7.2. La nozione di discriminazione. — 7.3. Le sanzioni. — 8. La discriminazione diffusa. — 9. La legittimazione ad agire delle associazioni. — 10. La sanzione e il risarcimento del danno. — 10.1. Due questioni connesse al risarcimento dei danni punitivi. — 11. Conclusioni.

1. INTRODUZIONE

Le presenti riflessioni nascono dalla lettura di due sentenze con cui si sono esauriti i gradi di merito di una vicenda assurta agli onori della cronaca per la notorietà del convenuto e per l'oggetto della decisione: una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale ⁽¹⁾.

Giova sintetizzare i fatti per il lettore. Un noto avvocato, nonché docente universitario

(*) Contributo approvato dai Referee.

(1) Si tratta delle decisioni del Trib. Bergamo, 6 agosto 2014 (ord.), in *Foro it.*, 2014, I, 3614; in *www.articolo29.it*, con nota di RIZZI; in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, 1, II, 106; e di App. Brescia, 11 dicembre 2014, *ibidem*, 112, con nota di RANIERI.

Nel nostro Paese la discriminazione basata sull'orientamento sessuale è stata presa in considerazione dalla giurisprudenza prevalentemente con riguardo alle questioni legate ai rapporti familiari. Fuori da questo ambito si registrano due casi. Il primo riguardante la discriminazione operata dalla P.A. nell'ambito di un procedimento

ed ex parlamentare, nel corso di una trasmissione radiofonica a diffusione nazionale, dopo aver espresso il suo pensiero sulle persone omosessuali, incalzato dal conduttore, afferma a più riprese che non assumerebbe mai nel proprio studio professionale una persona avente tale orientamento sessuale. Benché le sue affermazioni si riferiscano solo agli avvocati, il giudice del primo grado sottolineerà che, in quanto esse illustrano una politica di selezione del personale dello studio legale fondata su una caratteristica personale, ben potrebbero riguardare anche dipendenti con altre mansioni e competenze. Un'associazione di avvocate, avvocati e praticanti che si occupa di promozione e tutela delle persone LGBTI (lesbiche, gay, bisessuali, trans e intersex) ricorre al Tribunale per far dichiarare come discriminatoria la condotta del convenuto, e conseguentemente chiede al giudice di rimuovere gli effetti di tale condotta e di condannare l'avvocato convenuto al risarcimento dei danni. Il Tribunale accoglierà le domande dell'Associazione ricorrente e successivamente la Corte d'Appello confermerà integralmente quella decisione.

Si tratta della prima applicazione — con riferimento all'orientamento sessuale — della Direttiva 2000/78/CE, che più avanti si analizzerà dettagliatamente. Per il momento basti ricordare che tale direttiva ha determinato l'inserimento nell'ordinamento italiano di disposizioni volte a contrastare la discriminazione in ambito lavorativo, prendendo in considerazione varie caratteristiche personali, oltre quelle già contemplate dall'art. 15 dello Statuto dei lavoratori ⁽²⁾. Non è però la novità in sé delle decisioni a destare il maggiore interesse, bensì l'impressione che si trae dalla loro lettura, ossia che non sia ancora patri-

amministrativo per il rinnovo della patente deciso da Cass. civ., 22 gennaio 2015, n. 1126, in questa *Rivista*, 2015, 827, con nota di CITARELLA. Si vedano le riflessioni di ROTELLI, *Il danno da discriminazione fondata sull'orientamento sessuale*, in questa *Rivista*, 2008, 2536, a partire dalla sentenza di primo grado.

Il secondo riguarda ancora una discriminazione sul luogo di lavoro, Trib. Rovereto, 21 giugno 2016 (ord.), in *Foro it.*, 2016, I, 2564. La particolarità del caso, rispetto a quelli cui si fa riferimento nel testo, sta nel fatto che, pur in presenza di una vittima determinata nei due gradi di giudizio, si riconosce la sussistenza di una « discriminazione collettiva » sostenuta in giudizio da un'associazione sindacale e da un'associazione per i diritti delle persone LGBTI. Dal punto di vista risarcitorio, alla vittima principale si riconosceranno un danno patrimoniale pari a diecimila Euro a titolo di perdita di *chance* e un danno non patrimoniale pari a quindicimila Euro. Mentre le Associazioni riceveranno millecinquecento Euro ciascuna senza che la tipologia di danno venga qualificata e senza indicare alcun criterio per la determinazione equitativa dell'ammontare del risarcimento. Un'abitudine della giurisprudenza italiana che più volte si è segnalata. Si consenta il rinvio a BILOTTA-ZIVIZ, *Il nuovo danno esistenziale*, Bologna, 2009, 591, ove la questione è riferita esplicitamente al danno esistenziale, ma è estensibile alla valutazione equitativa del danno non patrimoniale più in generale.

In letteratura sulla discriminazione basata sull'orientamento sessuale si segnalano i seguenti contributi: BONINI BARALDI, *La discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale nell'impiego e nell'occupazione: esempi concreti ed aspetti problematici alla luce delle nuove norme comunitarie*, in *Dir. relaz. ind.*, 2004, 775 ss.; FABENI-TONIOLO (a cura di), *La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale: l'attuazione della direttiva 2000/78/CE e la nuova disciplina per la protezione dei diritti delle persone omosessuali sul posto di lavoro*, Roma, 2005; NUSSBAUM, *Disgusto e umanità: l'orientamento sessuale di fronte alla legge* (trad. it. Stefania De Petris), Milano, 2011; GUSMANO-LORENZETTI (a cura di), *Lavoro, orientamento sessuale e identità di genere: dalle esperienze internazionali alla progettazione di buone prassi in Italia*, Roma, 2014; DANISI, *Tutela dei diritti umani, non discriminazione e orientamento sessuale*, Napoli, 2015.

⁽²⁾ Ci si riferisce al d.lgs. n. 216/2003. La nuova disposizione rispetto all'art. 15 St. lav. genera due novità: da un lato amplia il novero delle caratteristiche della persona rilevanti per la valutazione della discriminarietà degli atti presi in considerazione; dall'altro lato prevede una serie di rimedi contro la discriminazione che vanno oltre l'invalidazione degli atti discriminatori.

Nel 1970 il comma 2 dell'art. 15 St. lav. prevedeva solo la discriminazione su base politica e religiosa; successivamente con l'art. 13, l. n. 903/1977, si aggiungeranno la razza, la lingua e il sesso e infine nel 2003 l'handicap, l'età, l'orientamento sessuale e le convinzioni personali.

monio comune l'ampiezza dell'impatto che il diritto privato europeo ha sul nostro sistema giuridico, con riferimento particolare al ruolo della magistratura nella c.d. « europeizzazione del diritto »⁽³⁾.

Sin dal primo grado, i decidenti sono perfettamente coscienti di essere soggetti, per la soluzione del caso, alle norme europee nell'interpretazione che di esse ci offre la Corte di Giustizia dell'Unione. Ciò nonostante, per rendere effettivo il loro ruolo di « attuatori » del diritto europeo, avrebbero dovuto affrontare criticamente il contenuto delle norme nazionali di recepimento, per chiedersi fino a che punto queste siano conformi ai dettami di Bruxelles⁽⁴⁾.

Oltre a ciò, i giudici avrebbero dovuto analizzare altrettanto criticamente i precedenti della Corte di Giustizia rilevanti nel caso di specie, per valutarne l'impatto sulle norme europee e sforzarsi in tal modo di attuare queste ultime più efficacemente a livello nazionale. Avrebbero, in tal modo, contribuito allo sforzo ermeneutico della Corte di Giustizia, influenzando dal basso l'evoluzione del sistema giuridico europeo. È proprio questo lavoro di analisi che ci accingiamo a fare riguardo alle note sentenze pronunciate nei casi *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding contro Firma Feryn NV*⁽⁵⁾ e *Asociația Accept contro Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*⁽⁶⁾.

In via preliminare, quindi, occorrerà interrogarsi sui rapporti tra la Corte di Giustizia e i giudici nazionali, in particolare considerando la ricaduta di tali rapporti sul sistema delle fonti del diritto italiano. Solo a questo punto si potranno compiutamente trattare due questioni che vanno oltre la contingenza del caso considerato.

La prima attiene strettamente alla responsabilità civile e alla sua funzione punitiva: tema che la recente decisione della Sezioni Unite rende estremamente attuale. Non sarà, quindi, superfluo analizzare nel dettaglio il testo della Direttiva 2000/78/CE per comprendere se il risarcimento del danno, quale sanzione prevista dalla direttiva, abbia sempre una funzione punitiva nelle intenzioni del legislatore europeo.

La seconda questione concerne la legittimazione ad agire di associazioni a tutela di gruppi socialmente esclusi in casi di discriminazione. A tal riguardo, sarà necessario analizzare gli aspetti problematici sul piano applicativo che emergono nella dialettica tra il diritto interno e il diritto europeo.

Scopo ultimo di tutta la disamina è dimostrare come per attuare efficacemente il diritto europeo a livello nazionale occorra prima di tutto avere una conoscenza precisa del testo delle norme europee rilevanti nel caso da decidere; in secondo luogo, verificare (e non dare per scontata) la corrispondenza delle norme nazionali a quelle europee, che potrebbero non essere state correttamente recepite; in terzo luogo, usare criticamente i precedenti

⁽³⁾ Sul cui v. BENACCHIO, *Diritto privato dell'Unione Europea. Fonti, modelli, regole*, VI ed., Padova, 2013, 28, 88 ss.

⁽⁴⁾ Sull'interpretazione conforme v. BENACCHIO, *op. cit.*, 115-117.

⁽⁵⁾ Corte giust. Ue, 10 luglio 2008, C-54/07, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. Firma Feryn NV*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1, 2009, 243, con nota di SAVINO; in *Riv. giur. lav. e prev. sociale*, 2008, 765, con note di IZZI e STRAZZARI; in *Common Market Law Review*, 2010, 47, 917, con nota di KRAUSE.

⁽⁶⁾ Corte giust. Ue, 25 aprile 2013, C-81/12, *Asociația Accept c. Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, 1, II, 133, con nota di CALAFÀ; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 751, con nota di AIELLO.

della Corte di Giustizia, perché — come nel caso di specie — la Corte spesso innova attraverso le sue pronunce il contenuto delle disposizioni europee.

2. LA CREAZIONE GIURISPRUDENZIALE DELLA REGOLA

La vicenda giudiziaria, da cui queste riflessioni originano, si caratterizza per il rilievo che assumono due precedenti della Corte di Giustizia che analizzeremo nel dettaglio più avanti. Prima di entrare nel merito di tali pronunce, occorre ricordare che il giudice nazionale è tenuto a interpretare le norme europee di cui fa applicazione, secondo i *dicta* della Corte di Lussemburgo. È questo il punto di arrivo dello scontro istituzionale tra la Corte dell'Unione Europea e la Corte costituzionale italiana, in merito alla prevalenza del diritto europeo sul diritto nazionale ⁽⁷⁾. Qui però interessa sottolineare un portato della «composizione» istituzionale del conflitto appena ricordata.

Dobbiamo certamente prendere atto di una profonda innovazione nel sistema delle fonti del diritto italiano, ormai caratterizzato da una integrazione tra le fonti previste nei Trattati europei e quelle contemplate nella nostra Costituzione, senza però trascurare la funzione della magistratura europea e i suoi rapporti con il potere legislativo, molto più dinamici di quanto lo siano a livello nazionale. In un'ottica unificatrice del diritto europeo, la Corte di Giustizia — e il caso in analisi è emblematico — esprime «la» interpretazione delle regole di fonte europea e a tale interpretazione il giudice nazionale non può sottrarsi. Senza entrare nel merito della vincolatività dei precedenti della Corte di Giustizia ⁽⁸⁾, non si può non sottolineare come — anche alla luce dell'art. 117 Cost. — il giudice italiano sia spinto ad adottare l'interpretazione più coerente con le norme primarie del diritto europeo ⁽⁹⁾.

Fin qui tutto sembra confinato all'esplicazione di una funzione nomofilattica della Corte di Giustizia. Eppure, la Corte di Giustizia di frequente enuclea regole che «innovano» il dettato legislativo ⁽¹⁰⁾. Si tratta di una vera e propria creazione giurisprudenziale del diritto, di cui in seguito il legislatore europeo spesso prende atto cristallizzando quelle regole in norme scritte ⁽¹¹⁾.

Per noi *civilians* è un bel salto culturale di cui forse non ci siamo completamente resi conto e che evidenzia l'opportunità, per gli operatori del diritto, di familiarizzare con quelle tecniche, note ai giuristi di *common law*, funzionali all'uso del precedente ⁽¹²⁾. Ma questo è

⁽⁷⁾ Per una sintetica ricostruzione della vicenda v. BENACCHIO, *op. cit.*, 73-83.

⁽⁸⁾ Sul punto non vi è un consenso generalizzato degli interpreti, che però non possono fare a meno di constatare come i giudizi nazionali si adeguino spontaneamente alle sentenze interpretative della Corte di giustizia. Vedi sul punto inoltre, MARTINICO, *Le sentenze interpretative della Corte di giustizia come forme di produzione normativa*, in *Riv. dir. cost.*, 2004, 249-282.

⁽⁹⁾ Molti sono gli esempi che si possono fare in merito. Tra gli altri, Trib. Novara, 1° marzo 2010, in *Dir. imm. cittad.*, 2010, 92, con nota di CHIAROMONTE; e Trib. Reggio Emilia, 13 febbraio 2012, in *Foro it.*, 2012, I, 2727, con nota di ROMBOLI.

⁽¹⁰⁾ MARTINICO, *L'integrazione silente. La funzione interpretativa della Corte di giustizia e il diritto costituzionale europeo*, Napoli, 2009.

⁽¹¹⁾ «La Corte chiamata a interpretare le disposizioni normative di Bruxelles, talvolta non si limita ad effettuare una mera attività ermeneutica di una disposizione normativa, come qualunque altro organo giurisdizionale, si spinge fino a colmare le lacune e a formulare regole non espresse o quantomeno non esplicitate», così BENACCHIO, *op. cit.*, 119.

⁽¹²⁾ In verità, il precedente ha una grande rilevanza anche nel nostro sistema giuridico, sebbene non esista un obbligo giuridico che imponga al giudice di non discostarsi dal precedente se non in casi ben determinati e

il meno. Nella giurisprudenza della Corte di Giustizia è ribadito in maniera martellante il principio della «leale collaborazione» che il giudice nazionale deve prestare alle istituzioni europee⁽¹³⁾. È un principio che nella stessa sentenza della Corte d'Appello di Brescia viene richiamato⁽¹⁴⁾. In sostanza, il giudice nazionale deve adottare l'ottica del legislatore europeo al fine di rendere effettivi quei diritti e le connesse tutele che — anche in caso di mancante o inesatto recepimento di una direttiva europea — le norme sovranazionali riconoscono ai cittadini. Per realizzare i principi e attuare le disposizioni contenute nelle direttive, sarà necessario «interpretare» in senso conforme il diritto nazionale, ossia le norme di recepimento delle direttive e tutte le norme vigenti a livello nazionale rilevanti per la decisione del caso.

Questo però non basta a ricostruire il sistema di integrazione tra il diritto di fonte europea e il diritto nazionale. In ciascuno dei Paesi membri dell'Unione, il giudice è tenuto a una duplice osservanza: delle disposizioni del legislatore europeo e delle statuizioni della Corte di Giustizia, che spesso crea regole del tutto innovative rispetto alle disposizioni normative⁽¹⁵⁾.

Il giudice italiano, in particolare, si trova immesso in una dinamica «schizofrenica», costretto com'è tra l'approccio della suprema magistratura europea che partecipa in modo trasparente alla creazione della regola di diritto, innovando se necessario le previsioni dei testi normativi, e quello della Corte di cassazione italiana, almeno a parole, del tutto refrattaria a farsi carico di tale compito. Come se non bastasse, la Corte di Giustizia preme affinché i giudici nazionali si spingano a operare una vera e propria «manipolazione» del tessuto normativo nazionale, in modo da «creare» la regola, di fronte all'inerzia (o alla inettitudine) del legislatore autoctono in sede di recepimento delle direttive europee, e così assicurare il raggiungimento degli obiettivi individuati a Bruxelles. Occorre quindi concludere che nell'attuazione delle norme europee non è più utilizzabile un approccio rigido al principio della divisione dei poteri, cui la Cassazione italiana almeno sul piano declamatorio si attiene in maniera ossessiva⁽¹⁶⁾.

Tale constatazione non cambia neppure se adottiamo un approccio minimale circa il

circoscritti, e sarebbe bene che di ciò rendessimo consapevoli gli operatori del diritto fin dai banchi dell'università. Sul tema illuminante il libro di BIFULCO, *Il giudice soggetto soltanto al "diritto". Contributo allo studio dell'art. 101, comma 2 della Costituzione italiana*, Napoli, 2008.

⁽¹³⁾ Tale principio — da ultimo ribadito dalla sentenza della Corte giust. Ue, 19 ottobre 2017, C-425/16, punto 41, nel caso *Raimund* — è sancito dall'articolo 4, par. 3, TUE, e si articola in due sotto principi: quello di *equivalenza*, in base al quale le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell'Unione non devono essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna e quello di *effettività*, in base al quale le modalità procedurali non devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione. Si tratta di un principio che non solo è sancito dal TUE ma che riposa su un orientamento costante della giurisprudenza della Corte, a partire dalle sentenze Corte giust. Ce, 16 dicembre 1976, C-33/76, *Rewe-Zentralfinanz* e *Rewe-Zentral*, punto 5; Corte giust Ue, 14 dicembre 1995, C-312/93, *Peterbroeck*, punto 12; e Corte giust. Ue, 27 giugno 2013, C-93/12, *Agrokonsulting*, punto 36.

⁽¹⁴⁾ Il riferimento è al caso *Rewe* già citato.

⁽¹⁵⁾ Un'attitudine della Corte di giustizia da tempo segnalata, cfr. MENGOSI, *La rule of law e il diritto comunitario di formazione giurisprudenziale*, in *Riv. dir. europeo*, 1992, 511 ss. Più in generale, CAPPELLETTI, *Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza nel tempo presente*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1982, 774 ss.

⁽¹⁶⁾ La letteratura sul tema dell'interpretazione e sul ruolo della magistratura nella «creazione» del diritto è sterminata. Sul dibattito recente in materia fa il punto il fascicolo n. 4/2016 della Rivista telematica *Questione giustizia*. In particolare si veda il bel saggio di LAMORGESE, *L'interpretazione creativa del giudice non è un ossimoro*.

dispiegarsi della creatività dei giudici nazionali, ai quali spetterebbe il compito di « gestire » le regole processuali, in modo da assicurare la perfetta armonizzazione degli ordinamenti degli Stati membri dell'Unione. In tal senso, la « creatività » del giudice sarebbe confinata agli aspetti procedurali e giustificata dal dovere di assicurare l'attuazione del diritto europeo. Pur spostando l'attenzione dal profilo sostanziale a quello processuale, la questione dal punto di vista italiano non cambia. Infatti, neppure rispetto alle regole processuali il giudice ha un potere « creativo » nel silenzio del legislatore.

E qui emerge una prima questione attinente alle modalità di recepimento delle direttive europee. Proprio per favorire l'armonizzazione del diritto dei Paesi membri dell'Unione con l'apporto dei magistrati nazionali, il legislatore europeo rimane il più delle volte sul vago circa le regole processuali. Dovrebbe essere il legislatore nazionale a supplire a tale *deficit*, ma se ciò non avviene, secondo la Corte di Giustizia, il giudice nazionale non può comunque sottrarsi al dovere di raggiungere gli obiettivi indicati dal legislatore europeo. Si apre così — secondo la Corte di Giustizia — uno spazio per l'intervento creativo della giurisprudenza nazionale. È pur vero che — se si va oltre le declamazioni di principio — dinamiche simili non sono sconosciute al nostro ordinamento, a prescindere dalla necessità di attuazione del diritto europeo. Tuttavia, in questo caso assistiamo alla istituzionalizzazione della (a volte necessaria) creazione per via interpretativa della regola di diritto ⁽¹⁷⁾.

Fatte queste premesse di carattere generale, prima di sviscerare le questioni implicate dall'applicazione delle disposizioni contenute nella Direttiva 2000/78/CE, secondo la lettura che ne dà la Corte di Giustizia, per esigenze di chiarezza espositiva vale la pena richiamare i punti principali della direttiva stessa.

3. LA DIRETTIVA 2000/78/CE

La Direttiva 2000/78/CE — insieme alla coeva Direttiva 2000/43/CE — costituisce uno strumento di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri per contrastare la discriminazione in ambito lavorativo ⁽¹⁸⁾. Il legislatore europeo in tal modo individua un obiettivo che a due diversi titoli rientra nelle sue competenze. Infatti, da un lato la discriminazione incide pesantemente sulla società e viola principi fondamentali dell'Unione Europea, già in passato desumibili dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e oggi riconosciuti nella Carta di Nizza; dall'altro lato, l'ambito di intervento prescelto è quello lavorativo e non è certo contestabile che sia compito del legislatore europeo tutelare i lavoratori, la cui libertà di circolazione — uno tra i più risalenti principi dell'ordinamento europeo — potrebbe essere alterata o ostacolata se in tutti i Paesi membri dell'Unione non ricevessero le stesse garanzie in caso di discriminazioni e molestie. In passato, altre direttive erano state dedicate al caso archetipico di discriminazione, ossia quella fondata sul genere. Con la Direttiva 2000/43/CE, invece, si prende in considerazione la razza e l'origine etnica, per chiudere poi il cerchio con la Direttiva 2000/78/CE, che fa riferimento a caratteristiche personali diverse, eterogenee e percepite come idonee — in maniera differente, almeno in

⁽¹⁷⁾ Cfr. CALZOLAIO, *Il valore di precedente delle sentenze della Corte di giustizia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, 41-72.

⁽¹⁸⁾ Per un inquadramento generale sulle direttive in materia di diritto antidiscriminatorio v. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Milano, 2007.

Italia — a generare un trattamento peggiore o molestie ai danni di quei lavoratori, o aspiranti tali, che le dovessero possedere.

La discriminazione — recita il decimo considerando della direttiva — «può pregiudicare il conseguimento degli obiettivi del Trattato CE, in particolare il raggiungimento di un elevato livello di occupazione e di protezione sociale, il miglioramento del tenore e della qualità di vita, la coesione economica e sociale, la solidarietà e la libera circolazione delle persone». Questa, per così dire, è la spinta motivazionale della direttiva, ma il fine, esplicitato nell'articolo 1, consiste nell'armonizzare le legislazioni degli Stati membri per «rendere effettivo il principio di parità di trattamento».

Dunque, a rigore le norme non sono contro le discriminazioni, ma a favore della attuazione in concreto del principio di parità di trattamento, inteso prima di tutto (ma non esclusivamente) quale assenza di qualsiasi discriminazione (art. 2). Il contrasto alla discriminazione è un mezzo non il fine, tanto è vero che assumono giuridica rilevanza in tale ambito anche comportamenti diversi dalla discriminazione, come le molestie⁽¹⁹⁾. Dunque, la parola discriminazione è un termine «ombrello» (una sineddoche) che il legislatore europeo (e più ancora la giurisprudenza della Corte di Giustizia) utilizza per indicare qualsiasi comportamento che possa minare l'effettività del principio di parità di trattamento.

Per rimanere fedeli alla lettera della direttiva, la fattispecie astratta dovrebbe essere così rappresentata: in caso di discriminazione (diretta o indiretta) o di molestia (che l'art. 2, comma 3, equipara alla discriminazione sul piano della rilevanza giuridica e delle tutele), l'effetto che si produrrà sarà il sorgere di un diritto ad agire in giudizio al fine di rendere effettivo il principio di parità di trattamento. E ciò sia in capo al lavoratore vittima di tali comportamenti, sia in capo a determinate associazioni che avranno il diritto di agire «per conto o a sostegno della persona che si ritiene lesa e con il suo consenso» (art. 9, comma 2). Così delineata, la fattispecie determina come effetto il sorgere in capo al singolo di un diritto ad agire in giudizio a prescindere dalla sussistenza di un contratto di lavoro, dato che l'ambito oggettivo della norma abbraccia anche la fase della selezione del personale⁽²⁰⁾. Già da questo rilievo emerge come le tutele previste dalla direttiva siano pensate per rendere efficiente il mercato del lavoro nel suo insieme: il rapporto di lavoro in questo senso è solo un profilo di una dinamica economica, rilevante giuridicamente, molto più complessa.

Dunque, la discriminazione (quale sineddoche comprendente anche le molestie⁽²¹⁾) è l'atto, la cui sussistenza è necessaria per considerare violato il principio di parità di trattamento da parte del datore di lavoro o di chi si presenta come tale sul mercato. Senza il compimento di tale atto non vi è il presupposto necessario per ricorrere al giudice.

Qualche dubbio sulla correttezza della ricostruzione appena offerta può essere solleva-

⁽¹⁹⁾ Cfr. TROISI, *Divieto di discriminazione e forme di tutela. Profili comparatistici*, Torino, 2012, 95.

⁽²⁰⁾ È impossibile in questa sede affrontare la questione del diverso approccio del diritto italiano rispetto al diritto europeo sul rapporto tra titolarità dei diritti soggettivi e rimedi giudiziali in caso di lesione degli stessi. Si rinvia pertanto sul tema alle considerazioni di MAZZAMUTO-PLAIA, *I rimedi nel diritto privato europeo*, Torino, 2012, senza trascurare che sarebbe necessario tornare a riflettere sulla teorica predicabilità di una dissociazione tra titolarità della situazione giuridico-soggettiva e tutela giurisdizionale della stessa non tanto da un punto di vista dogmatico, come si è fatto in passato (cfr. il quadro delineato da MONATERI, *Pensare il Diritto civile*, Torino, 1997, 199-201), ma in ragione del mutato quadro istituzionale e sociale odierno.

⁽²¹⁾ In questo senso BARBERA, *Introduzione*, in BARBERA (a cura di), *op. cit.*, XXXII.

to — pur senza prendere in considerazione per il momento l'interpretazione della direttiva che la Corte di Giustizia ci ha offerto — a partire dal testo del comma 4 dell'articolo 2, a mente del quale l'ordine di discriminare è da considerarsi esso stesso una discriminazione. Questa norma si può leggere in due modi. Se si rimane fedeli all'impostazione poc'anzi riferita, in cui l'atto discriminatorio è il presupposto fattuale della fattispecie, una discriminazione deve necessariamente sussistere e quindi un ordine di discriminazione fine a se stesso, che rimanga privo di attuazione, non dovrebbe bastare a far scattare le tutele previste dalla direttiva. Sarà semmai l'ordine successivamente attuato a segnare il momento di lesione della sfera giuridica del lavoratore e quindi il presupposto per il ricorso alla tutela giurisdizionale. Anche privilegiando tale interpretazione, la norma non perderebbe la sua utilità, sebbene essa si ridimensioni parecchio, perché servirebbe a fondare una responsabilità solidale tra chi ha impartito l'ordine e chi lo ha eseguito. In tal modo, il datore di lavoro non potrebbe considerarsi irresponsabile solo perché si è limitato a ordinare l'atto discriminatorio pur non avendolo poi materialmente attuato. E non si tratterebbe di una responsabilità indiretta come quella discendente dall'art. 1229 c.c., ma una vera e propria responsabilità personale del datore di lavoro ⁽²²⁾.

L'alternativa a tale interpretazione è di ben altro respiro e a suo modo ha una indubbia portata sistematica. L'ordine di discriminare, pur essendo stato solo impartito e non attuato, ha comunque una giuridica rilevanza e determina la possibilità per il prestatore di lavoro di agire giudizialmente al fine di inibire la realizzazione di un atto discriminatorio, prevenendo in tal modo la violazione in concreto del principio di parità di trattamento. Ma se è ammissibile tale opzione ermeneutica, dobbiamo prendere atto che non ci troviamo di fronte a una «astratta» discriminazione. Qui ci troviamo di fronte a un comportamento, suscettibile di essere provato in giudizio e idoneo a mettere in pericolo la pretesa del lavoratore (o aspirante lavoratore) di non vedersi discriminato. Si può accettare l'espressione «discriminazione in astratto o potenziale» solo considerando la parola discriminazione una *sineddoche*, una parte per il tutto, dove il tutto è qualsiasi comportamento che venga considerato dal legislatore una violazione del principio di parità di trattamento. Secondo tale linea di pensiero, la regola così ricostruita fa emergere in modo cristallino la determinazione del legislatore europeo di aggredire qualsiasi comportamento che non ponga i lavoratori sullo stesso piano a prescindere dalle loro caratteristiche individuali.

In sintesi, una lettura sistematica della direttiva europea suggerisce due conclusioni: 1. che rendere effettivo il principio di parità di trattamento è l'obiettivo da raggiungere e ciò sia nel caso in cui si tratti di reagire a una sua violazione già perfezionatasi, sia nel caso in cui si tratti di prevenirla; 2. che le sanzioni e i rimedi da mettere in campo sono gli strumenti utili per raggiungere tale effettività.

4. LE SANZIONI PREVISTE DALLA DIRETTIVA E IL RISARCIMENTO DEL DANNO

Tutto quanto precede attiene al presupposto fattuale della fattispecie. Quanto invece ai suoi effetti e alle tutele connesse, è necessario analizzare l'art. 17 della direttiva. Si noti che fin dalla rubrica si usa il termine plurale di «sanzioni». Ora questo termine — anche nella

⁽²²⁾ Sul punto vedi le considerazioni di LA TEGOLA, *Parità e non discriminazione per ragioni di genere*, in CARINCI-PIZZOFERRATO (a cura di), *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Torino, 2010, 447.

nostra tradizione giuridica — è un termine polisemico. Esistono diverse tipologie di sanzioni in ambito giuridico, tra loro molto eterogenee. Sanzione in senso generico è qualsiasi reazione dell'ordinamento alla avvenuta violazione di una norma ⁽²³⁾. Sanzione in senso stretto è una punizione che l'ordinamento irroga a chi abbia violato una norma, a prescindere dal fatto che tale punizione abbia come riflesso il ristoro della vittima o il soddisfacimento di un suo interesse. Tipico il caso del meccanismo sanzionatorio in ambito penale, dove il risarcimento del danno si accompagna alla irrogazione della pena senza coincidere con essa: la pena affliggerà il reo in funzione individual-punitiva, e general-preventiva; il risarcimento reintegrerà la sfera giuridica del danneggiato o quanto meno lo compenserà per l'afflizione causatagli dal reato.

Il concetto di sanzione va ora riconsiderato per lo spazio sempre maggiore che ha assunto nell'ambito del diritto privato ⁽²⁴⁾. La mente corre subito alla recente decisione della Corte di cassazione a Sezioni Unite, su cui ci si soffermerà più avanti ⁽²⁵⁾. Eppure, per quanto diremo subito, già prima di quella sentenza non era impossibile far emergere dalle norme della direttiva in parola una chiara funzione punitiva del risarcimento del danno ⁽²⁶⁾. In altri termini, era possibile chiedersi se l'art. 17 della direttiva con il termine «sanzione» si riferisse al significato generico o al significato specifico del sostantivo.

Stando all'interpretazione che la Corte di Giustizia ha dato del termine «sanzioni» previsto dalla rubrica dell'art. 17 della Direttiva 78/2000 e di norme simili, è da ritenere che la parola sanzione sia intesa nella sua accezione generica ⁽²⁷⁾. Ciò non stupisce: conferendo un significato ampio alla parola, le norme della direttiva sono in grado di attivare nei diversi Paesi membri qualsiasi meccanismo di reazione (e quindi di contrasto) al compor-

⁽²³⁾ Non si pretende in questa sede di rendere conto compiutamente della complessità delle riflessioni in tema di sanzione che interessano la teoria generale del diritto, rispetto alle quali la definizione appena fornita potrebbe apparire semplificatrice. In questa sede preme piuttosto fissare il significato di sanzione avendo in mente l'accezione del termine comunemente diffusa tra i parlanti. Per approfondimenti si rinvia a N. BOBBIO, *Sanzione*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XX, Torino, 1960, 530-540. Inoltre, per un inquadramento sintetico della questione v. ROVERSI, *Norme giuridiche*, in FARALLI (a cura di), *Argomenti di teoria del diritto*, Torino, 2016, 23-26.

⁽²⁴⁾ Rileggere CENDON, *Il profilo della sanzione nella responsabilità civile*, in *Contratto impr.*, 1989, 886 ss., dà l'idea di quale sia stato il percorso prima di tutto culturale che abbiamo più o meno consapevolmente fatto per arrivare alla recente pronuncia delle Sezioni Unite. In verità, non sono mancati nel tempo riflessioni sul tema dei danni punitivi e sulla funzione deterrente della responsabilità civile a partire da BUSNELLI-SCALFI (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985; e GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996. Anzi, si può ben dire che la recente sentenza delle Sezioni Unite è il frutto tanto delle innovazioni normative più recenti, tanto delle riflessioni della dottrina. Tra gli altri: DI MAJO, *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*, in *Europa dir. priv.*, 2008, 289 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Danno morale e funzione deterrente della responsabilità civile*, in questa *Rivista*, 2007, 2485 ss.; PONZANELLI, *Calabresi, 35 anni dopo: il ritorno alla deterrence*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, II, 292 ss.

BARBIERATO, *Risarcimento del danno e funzione deterrente*, in questa *Rivista*, 2009, 1176, non aveva perplessità nell'individuare una « residuale funzione deterrente, circoscritta a determinati ambiti (...) per i quali l'ordinamento ha da sempre previsto un obbligo risarcitorio ultracompensativo incidente a tal punto sul patrimonio del danneggiante da indurlo a non compiere l'atto dannoso o a esercitare attività che coinvolgano un più ridotto margine di rischio ».

⁽²⁵⁾ Sez. Un. civ., 5 luglio 2017, n. 16601, in questa *Rivista*, 2017, 1198, con osservazioni di SCOGNAMIGLIO, 1109; e nota di BRIGUGLIO, 1597; in *Foro it.*, 2017, I, 2613, con note di D'ALESSANDRO; PALMIERI; PARDOLESI; SIMONE; MONTANERI.

⁽²⁶⁾ In questo senso si esprime anche CAPAREZZA FIGLIA, *Il divieto di discriminazione quale limite all'autonomia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 1416, anche se con motivazioni che non convincono.

⁽²⁷⁾ Sia nel caso *Feryn* (par. 37) sia nel caso *Asociația Accept* (par. 61) la Corte di Giustizia sottolinea come sia rimesso agli Stati stabilire in cosa debbano consistere le sanzioni, perché la direttiva non impone sanzioni determinate.

tamento lesivo del principio di parità. Questione del tutto autonoma è se il risarcimento del danno debba avere una funzione punitiva, una volta che si sia prescelto il risarcimento del danno come « sanzione » in caso di discriminazione, come ha fatto il nostro legislatore.

In questa sede, considerare la funzione sanzionatoria del risarcimento — ora resa esplicita e riconosciuta dalle Sezioni Unite — è necessario, perché i giudici di merito, nel caso da cui abbiamo preso le mosse per le nostre riflessioni, non l'hanno minimamente affrontata. Si sono limitati a far coincidere la sanzione con il risarcimento del danno, in base alla lettera dell'art. 28, comma 5, d.lgs. n. 150/2011, senza considerare le implicazioni — anche in termini di quantificazione del risarcimento del danno — che la funzione punitiva necessariamente porta con sé. Tuttavia, a tradire quantomeno una inconsapevole perplessità circa l'esclusiva funzione reintegratoria e/o compensativa del risarcimento, nel caso di specie, sono le stesse parole dei giudici. In primo grado, non si utilizza neppure l'espressione risarcimento del danno, ma si preferisce far menzione del « pagamento di una somma di denaro » come diretta conseguenza della violazione del principio di parità di trattamento. Mentre in secondo grado — in sintonia con la Corte di Giustizia nel caso *Feryn* che analizzeremo tra breve — si sovrappone il concetto di rimedio (che a rigore nel caso di specie consiste esclusivamente nella pubblicazione della sentenza) a quello di sanzione e di risarcimento ⁽²⁸⁾. La dissuasività, efficacia e proporzionalità della sanzione — qualità che è la direttiva a indicare — divengono solo i criteri per una motivazione implicita della condanna risarcitoria a favore dell'Associazione ricorrente.

Prima ancora del chiarimento giunto dalle Sezioni Unite, è dalla interpretazione del testo della direttiva che si poteva trarre la necessaria funzione punitiva del risarcimento del danno nel caso di specie. Nella versione italiana, l'art. 17 della direttiva così recita: « le sanzioni, che possono prevedere un risarcimento dei danni, devono essere effettive, proporzionate e dissuasive ». Tale frase può essere scomposta nelle due proposizioni che la compongono: 1. quella principale, per cui le sanzioni, nel senso di tutti i mezzi di reazione dell'ordinamento alla violazione del principio di parità di trattamento, devono essere effettive, proporzionate e dissuasive; 2. quella secondaria relativa, per cui tra queste sanzioni si può far rientrare anche il risarcimento dei danni. Ma se il risarcimento del danno è una *species* del *genus* sanzione, deve avere comunque le caratteristiche che il legislatore riconosce a quest'ultima, ossia l'effettività, la proporzionalità e la dissuasività. Ora, l'aggettivo « dissuasivo » apposto al termine sanzione, di riflesso riferito altresì al risarcimento del danno, fa immaginare un preciso risultato da raggiungere, poco compatibile con il pagamento di una somma di denaro con il solo fine di reintegrare la sfera giuridica della vittima: la punizione.

A rafforzare tali evidenze letterali, può essere utile un'esegesi filologica del testo. Se si compara il testo italiano della direttiva con quello redatto in altre lingue dei Paesi membri emerge un particolare di non poca importanza. Infatti, sia nella versione francese ⁽²⁹⁾ sia nella versione inglese ⁽³⁰⁾ il testo suona diversamente: « le sanzioni, che possono *comprendre* un risarcimento dei danni, devono essere effettive, proporzionate e dissuasive ». Il

⁽²⁸⁾ Per un approfondimento sul concetto di rimedio v. MAZZAMUTO-PLAIA, *op. cit.*

⁽²⁹⁾ « *Les sanctions ainsi prévues qui peuvent comprendre le versement d'indemnité à la victime* ».

⁽³⁰⁾ « *The sanctions, which may comprise the payment of compensation to the victim, must be effective, proportionate and dissuasive* ».

verbo comprendere (*comprendre, comprise*) si ritrova anche nella stragrande maggioranza delle versioni della direttiva nelle lingue dei Paesi membri, con qualche variante come l'espressione slovacca « di cui può far parte »⁽³¹⁾. Ciò sta a significare che la sanzione cui fa riferimento la direttiva sia qualcosa di più e in ogni caso di diverso dal risarcimento del danno, e comunque che la sanzione non coincida con il risarcimento del danno in senso proprio⁽³²⁾. In altre parole, nell'ottica del legislatore europeo, dinanzi all'infrazione del principio di parità di trattamento, un risarcimento del danno è uno degli effetti possibili, qualora un danno da risarcire effettivamente vi sia, mentre la sanzione è un effetto indeffettibile della stessa infrazione. Pertanto, laddove la sanzione e il risarcimento tendano a coincidere come nelle norme italiane di recepimento della direttiva, la somma liquidata dal giudice non può avere esclusivamente una componente reintegratoria/compensativa, ma dovrà essere caratterizzata altresì da una componente punitiva.

È di tutta evidenza che nei Paesi in cui l'ammontare del risarcimento può essere determinato anche in funzione punitiva, esso sia di per sé bastevole a raggiungere l'obiettivo. Il problema si pone in un Paese come il nostro, restio a riconoscere una funzione punitiva al risarcimento del danno ulteriore rispetto a quella reintegratoria/compensativa. E ciò — come si vedrà tra breve — anche sposando le argomentazioni in diritto della pronuncia delle Sezioni Unite.

La versione italiana della direttiva, e quella di pochi altri Paesi, induce a credere che la sanzione coincida con il (consista nel) risarcimento del danno. A dimostrare il contrario, vi sono le norme di recepimento di alcuni Paesi membri che hanno previsto il pagamento di un'ammenda, cioè di una somma di denaro del tutto slegata da un risarcimento del danno per la vittima⁽³³⁾. E ciò a riprova ulteriore del fatto che i due profili (quello sanzionatorio in senso stretto e quello risarcitorio) possono e per certi versi devono essere tenuti in considerazione dalle norme di recepimento.

⁽³¹⁾ In particolare: *включва*, bulgaro; *zahrnout*, ceco; *incluïr*, spagnolo e portoghese; *umfassen*, tedesco; *περιλαμβάνουν*, greco; *uključiti*, croato; *ietvert*, lettone; *sudaryti*, lituano; *jinvolvu*, maltese; *omvatten*, olandese; *byť súčasťou*, slovacco; *kuulua*, finlandese; *bestå*, svedese.

Le versioni che sembrano più vicine a quella italiana sono quella danese (Le sanzioni, che possono comportare il pagamento di un indennizzo); quella estone (Le sanzioni, che possono essere un risarcimento per il danno alla vittima); quella ungherese e rumena (Le sanzioni, che possono consistere in un risarcimento dei danni alla vittima); quella polacca (Le sanzioni, che possono prevedere un risarcimento dei danni alla vittima); quella slovena (Le sanzioni, compreso il pagamento di un risarcimento alle vittime).

⁽³²⁾ Sulla dissociabilità tra sanzione e risarcimento, v. GRANELLI, *In tema di « danni punitivi »*, in questa *Rivista*, 2014, 1760, che dubita « possa ritenersi principio di ordine pubblico il divieto, di fronte ad illeciti civili, di “prestazioni sanzionatorie” (estranei al sistema della responsabilità civile) accanto od in luogo di “prestazioni risarcitorie” (rette, queste sì, dai principi della responsabilità civile) ». *Contra* SCOGNAMIGLIO, *Principio di effettività, tutela civile dei diritti e danni punitivi*, in questa *Rivista*, 2016, 1120.

⁽³³⁾ Il discorso è relativo alla Direttiva 78/2000/CE, ma può essere esteso, stante l'identità dei due testi, alla Direttiva 43/2000/CE, sicché a titolo di esempio si possono considerare le norme vigenti nei due Stati interessati dai precedenti della Corte di Giustizia oggetto di analisi, che hanno appunto previsto (anche) il pagamento di una sanzione pecuniaria: in Belgio, l'art. 19, legge 25 febbraio 2003 (vigente al momento della pronuncia della Corte di giustizia che qui analizziamo e poi sostituito dalla legge 10 maggio 2007 «*Loi tendant à lutter contre certaines formes de discrimination*» poi modificata dalla legge 30 dicembre 2009 e dalla legge 17 agosto 2013, che agli artt. 18 e 19 prevede alternativamente — a discrezione della vittima — il pagamento di una somma di denaro forfettaria di cui il legislatore determina l'ammontare o il risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale, oltre al pagamento di un'*astrainte* nel caso in cui l'autore della discriminazione ritardi nel farla cessare); e in Romania, l'art. 26, paragrafi 1 e 2, del decreto n. 137/2000. Per un'analisi comparatistica v. TOBLER, *Remedies and sanctions in EC non discrimination law*, Bruxelles, 2005.

L'imprecisa traduzione italiana della direttiva è tanto più deprecabile perché il traduttore non aveva dinanzi a sé la tipica difficoltà di un testo giuridico, ossia la mancanza di un referente linguistico nella propria lingua. Nel tentativo di spiegare razionalmente l'accaduto (ed escludendo l'ipotesi di una vera e propria sciatteria, dal momento che a quanto pare il caso italiano non è l'unico) probabilmente si è cercato di adattare la regola europea alla tradizione civilistica italiana, in base alla quale in ambito civilistico «la» sanzione per antonomasia in caso di violazione di una norma è il risarcimento del danno. Ciò non toglie che il nostro ordinamento non solo non esclude, ma prevede espressamente sanzioni di diritto civile che nulla hanno a che vedere con il risarcimento del danno ⁽³⁴⁾.

Quindi, la questione che si pone all'interprete non è tanto quella di concepire un risarcimento «punitivo» del danno — questione che ormai possiamo ritenere superata una volta per tutte — quanto di corrispondere al monito del legislatore europeo affinché venga inflitta, in ogni caso, una sanzione all'autore dell'illecito, anche quando un danno in senso proprio non sussista. Il valore aggiunto della norma europea, che il legislatore italiano nel recepire la direttiva avrebbe potuto cogliere, sta proprio nel prevedere la necessità di inserire nell'ordinamento nazionale una sanzione in senso stretto, cioè una «reazione punitiva» alla violazione della norma primaria. Una regola questa coerente con la constatazione che il principio di parità di trattamento non ha solo una dimensione individuale, ma un riflesso di carattere sociale: incide sulla sfera della vittima e altresì sull'organizzazione del mercato del lavoro, nazionale ed europeo e sulla qualità delle relazioni sociali.

Del resto, nel caso che sta alle origini delle presenti riflessioni, non è stato violato alcun interesse individuale, bensì un interesse diffuso al rispetto del principio di parità di trattamento. Una discriminazione, quale trattamento peggiore subito dalla vittima in forza di una sua caratteristica individuale, non è riscontrabile nel caso di specie. Il comportamento del convenuto non ha concretamente inciso negativamente — con riguardo al principio di parità di trattamento — né la sfera giuridica di un singolo, né la sfera giuridica di una collettività. Eppure, sulla scorta dei precedenti della Corte del Lussemburgo, quello stesso comportamento è da considerarsi idoneo ad alterare l'andamento del mercato del lavoro, perché l'annuncio di una politica di assunzione discriminatoria è di per sé atto a scoraggiare i lavoratori, anche competenti e meritori, dall'avanzare candidature per una certa posizione lavorativa. Ed è idoneo, quindi, ad alterare la qualità dei rapporti sociali, incidendo sulla dignità di persone e di lavoratori la cui «colpa» è essere anche omosessuali.

In casi simili, la lesione del principio di parità non crea alcun danno a una o più sfere giuridiche determinate, ma altera il funzionamento del mercato del lavoro e la qualità delle relazioni sociali. Quindi, se rimanessimo ancorati alla funzione reintegratoria/compensativa del risarcimento, e la sanzione prevista dalla direttiva coincidesse con esso, come sembra suggerire la normativa italiana di recepimento, arriveremmo al paradosso che in assenza della prova di un danno (e prima ancora nell'assenza di un individuo o di una collettività che quel danno hanno subito) non si potrebbe disporre alcuna condanna risarcitoria e pertanto l'autore della violazione non subirebbe alcuna sanzione. Né si potrebbe giungere a una diversa conclusione, qualora gli altri rimedi previsti dalle norme di attua-

⁽³⁴⁾ Sul punto si rinvia alla ricognizione delle fonti nazionali effettuata da due pronunce della Corte di cassazione, ossia la Cass. civ. n. 7613/2015, §§ 5.3. e 5.4., in questa *Rivista*, 2015, 1894, con nota di VENCHIARUTTI; e Cass. civ. ord. n. 9978/2016, § 8, in questa *Rivista*, 2016, 1232.

zione (come la pubblicazione della sentenza) si considerassero sanzioni, in senso lato, dal momento che di per sé tali mezzi di reazione al comportamento illecito non sembrano assicurare alcuna «dissuasività», anche in ragione del loro costo contenuto.

4.1. Le Sezioni Unite sul risarcimento del danno da discriminazione

La sentenza delle Sezioni Unite n. 16601/2017 è nota per aver espresso un principio di diritto con cui si è riconosciuto, dopo un lungo travaglio dottrinale e giurisprudenziale, che «nel vigente ordinamento, alla responsabilità civile non è assegnato solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, poiché sono interne al sistema la funzione della deterrenza e quella sanzionatoria», dove la prima funzione tende a prevenire la commissione di illeciti, mentre la seconda tende alla punizione in senso stretto ⁽³⁵⁾.

In questa sede, non rilevano tanto i margini di permeabilità nel nostro ordinamento di sentenze straniere emanate in sistemi che conoscono l'istituto dei danni punitivi, fattispecie da cui la pronuncia prende le mosse, ma ciò che, nella motivazione della decisione, la Corte afferma in merito alla ricostruzione del sistema interno di norme concernenti la responsabilità civile.

Prima di tutto, se la responsabilità civile incorpora anche una funzione punitiva, occorrerà verificare il rispetto del principio di tipicità quale corollario del principio di legalità desumibile — ricorda la Corte — tanto dagli artt. 23 e 25, comma 2, Cost. tanto dall'art. 7 CEDU ⁽³⁶⁾.

Ciò posto, la Corte si mostra consapevole di quanto sia radicata nei diversi settori dell'ordinamento la presenza di disposizioni che consentono al giudice di irrogare una condanna risarcitoria avente una funzione punitiva. Funzione che — lo si sottolinea — non è alternativa a quella reintegratoria/compensativa, data la natura polifunzionale della responsabilità civile: nello stesso caso possono sussistere tanto esigenze di reintegrazione della sfera giuridica della vittima dell'illecito (sia di carattere patrimoniale sia di carattere non patrimoniale), tanto esigenze punitive, qualora — ecco il punto — la legge attribuisca espressamente al giudice il potere di irrogare tale sanzione in ambito civile.

In secondo luogo, la Corte fa espresso riferimento all'ambito del diritto antidiscriminatorio, citando come esempio di danno punitivo la previsione dell'art. 28, d.lgs. n. 150/2011. Occorre notare che la Corte non si riferisce all'art. 28 nel suo complesso, ma a un comma ben preciso: il sesto, concernente i criteri di liquidazione del danno nel caso di condanna al risarcimento qualora l'atto o il comportamento discriminatorio costituiscano 1) ritorsione a una precedente azione giudiziale; ovvero 2) ingiusta reazione a una precedente attività del soggetto leso volta a ottenere il rispetto del principio della parità di trattamento. È invece il comma precedente che conferisce genericamente al giudice il potere di condannare il convenuto al risarcimento del danno anche non patrimoniale. Stando quindi alle Sezioni Unite della cassazione, il risarcimento del danno nel diritto antidiscriminatorio sembrerebbe poter assumere una connotazione punitiva solo nelle ipotesi previste dall'art. 28, comma

⁽³⁵⁾ Sez. Un. civ., 5 luglio 2017, n. 16601, *cit.*, in particolare si fa riferimento al § 5.1. della motivazione.

⁽³⁶⁾ Sul tema v. BRECCIA, *Il principio di legalità nel diritto privato*, in *Studi in onore di Davide Messinetti*, Napoli, 2008, 151-167; e in particolare, con riferimento alle sanzioni nel diritto privato, BENAZZO, *Le "pene civili" nel diritto privato d'impresa*, Milano, 2005, 261 ss.

6, d.lgs. n. 150/2016, perché solo in tal caso, infatti, sarebbe rispettato il principio di legalità di cui agli artt. 23 e 25, comma 2, Cost., e 7 CEDU.

Se questo è il senso della pronuncia delle Sezioni Unite, si può ben dire che non sono molti i passi in avanti che si possono fare per predicare una generale funzione punitiva del risarcimento in caso di danni da discriminazione. Nella logica della Corte Suprema, al risarcimento del danno in caso di molestie sessuali si potrebbe riconoscere solo una funzione reintegratoria/compensativa; il che appare un esito ermeneutico manifestamente paradossale.

Nella direttiva europea, tale particolare rilevanza ai fini risarcitori delle condotte individuate dall'art. 28, comma 6, non è presente, mentre era stata introdotta già a far data dal 2003 nei d.lgs. nn. 215 e 216. Occorre chiedersi, allora, se si tratti di un inesatto recepimento della direttiva europea (o comunque una sua lettura riduttiva) e se si possa superare tale difetto della legislazione nazionale interpretando l'art. 28, comma 5, d.lgs. n. 150/2016, in una prospettiva europea e riconoscendo al risarcimento del danno da discriminazione sempre una funzione (anche) punitiva. Del resto, sono le stesse Sezioni Unite a dirsi consapevoli che la possibilità per il legislatore nazionale di configurare danni punitivi costituisce «una misura di contrasto della violazione del diritto eurounitario»⁽³⁷⁾.

5. IL CASO *FERYN*

Alla luce delle considerazioni appena svolte sul testo della Direttiva 2000/78/CE, passiamo ad analizzare i precedenti della Corte di Giustizia a cui i giudici italiani si sono conformati.

Il primo caso — *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding contro Firma Feryn NV* — concerne l'applicazione della Direttiva 2000/43/CE sul principio di parità di trattamento indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, il cui ambito di applicazione non è limitato solo al settore lavorativo, come nel caso della Direttiva 2000/78/CE, ma si estende alla protezione sociale, comprese la sicurezza sociale e l'assistenza sanitaria; alle prestazioni sociali; all'istruzione; all'accesso a beni e servizi e alla loro fornitura, incluso l'alloggio⁽³⁸⁾.

Le parti in causa sono l'Autorità indipendente belga, istituita in attuazione della direttiva, e un'impresa specializzata nella vendita e nell'installazione di porte basculanti. Il direttore dell'impresa aveva dichiarato che intendeva assumere operai installatori che non fossero stranieri, perché la sua clientela temeva di farli accedere alla propria abitazione per svolgere il loro lavoro. In primo grado, la richiesta dell'Autorità indipendente belga di far accertare la politica di assunzione discriminatoria dell'impresa convenuta viene respinta, perché non era stato provato né poteva presumersi che qualcuno non fosse stato assunto a causa della sua origine etnica. La Corte d'Appello di Bruxelles, cui l'Autorità indipendente si rivolge successivamente, sottopone la questione alla Corte di Giustizia. Come appare subito chiaro, sul piano fattuale il caso è esattamente identico a quello italiano.

Sia il giudice d'appello belga, sia il Regno Unito e l'Irlanda sollecitano la Corte a chiarire

⁽³⁷⁾ Sez. Un. civ., 5 luglio 2017, n. 16601, *cit.*, § 5.3. Significativo il riferimento a Sez. Un. civ., 15 marzo 2016, n. 5072 (in *Foro it.*, 2016, I, 2994, con nota di ROMBOLI), che utilizza l'espressione « danno comunitario » per indicare « una sorta di sanzione *ex lege* a carico del datore di lavoro », peraltro già utilizzata da Cass. civ., 30 dicembre 2014, n. 27481, in *Foro it.*, 2015, I, 2858, con nota di PERRINO.

⁽³⁸⁾ Corte giust. Ue, 10 luglio 2008, C-54/07, *cit.*

se le dichiarazioni pubbliche di un datore di lavoro in merito alla procedura di assunzione possano essere ricondotte alla nozione di «discriminazione diretta» presente nella Direttiva 2000/43/CE. La Corte non può evitare di constatare che nella direttiva (analogamente a quanto si fa nella Direttiva 2000/78/CE) il «trattamento» meno favorevole che qualcuno subisce per una propria caratteristica personale sia il cuore della nozione di discriminazione. Dunque, la fattispecie normativa sembra chiara: il presupposto fattuale è un comportamento ben individuato con conseguenze altrettanto determinate. Ciò che è centrale però nel ragionamento della Corte non è la fattispecie legale, ma l'obiettivo del legislatore, ossia «promuovere le condizioni per una partecipazione più attiva sul mercato del lavoro». Questo obiettivo sarebbe frustrato se ci si attendesse a un'interpretazione letterale della direttiva, limitando la sua applicazione alle sole ipotesi in cui il candidato non sia stato assunto o sia stato trattato in modo peggiore rispetto a un suo collega, in ragione di una sua caratteristica personale.

5.1. La creazione di una nuova tipologia di discriminazione

Il comportamento del datore di lavoro portato all'attenzione della Corte di Giustizia in questo caso, ancorché non coincidente con quello considerato dalla direttiva, anzi completamente ignorato dalla stessa, è in tutta evidenza idoneo a impedire il raggiungimento dell'obiettivo del legislatore europeo. Quel comportamento, infatti, può dissuadere gli interessati a proporre le proprie candidature e quindi è idoneo a ostacolare il loro accesso al mercato del lavoro.

Nella motivazione della decisione della Corte di Giustizia non è centrale la constatazione di un atto discriminatorio in senso proprio, bensì di un'attività consistente nell'alterazione del mercato del lavoro basata sulla violazione della parità di trattamento. La discriminazione, pertanto, non è solo l'atto concreto di violazione della parità di trattamento ai danni di uno o più soggetti determinati. La discriminazione è — nell'accezione pervasiva adottata dalla Corte — tutto ciò che non consente la più efficiente allocazione della forza lavoro sul mercato.

Ma ragionando in questo modo, la Corte non dice espressamente ciò che sta nelle cose. Qui il problema non è — come sembra affermare la Corte — che la «discriminazione diretta» di cui alla norma europea «non presuppone un denunciante identificabile che asserisca di essere stato vittima di tale discriminazione». Il punto semmai è che la discriminazione è tale, in base alla definizione offertaci dalla direttiva, se incide negativamente sulla sfera giuridica di uno o più soggetti determinati. Né basta a confermare la statuizione della Corte il richiamo all'art. 7, Direttiva 2000/43/CE, che fa riferimento alla «discriminazione collettiva» («tutte le persone che si ritengono lese») e agli organismi di interesse pubblico «che agiscono in giudizio per conto o a sostegno della persona che si ritiene lesa», perché si tratta di una norma di rilevanza processuale che indica chi può stare in giudizio in un caso di discriminazione, ossia il singolo individuo o l'insieme degli individui discriminati, un ente che agisca come suo/loro rappresentante processuale ovvero che intervenga a suo/loro sostegno. Tale norma concerne, dunque, la dimensione soggettiva dell'azione giudiziale, mentre dal punto di vista oggettivo permane la necessità che vi sia una «lesione» attuale della sfera giuridica di uno o più soggetti determinati.

Nel caso sottoposto alla Corte, invece, il problema principale è che non vi è la lesione della sfera giuridica di alcuno, poiché a essere violato è il principio di parità di trattamento

in sé. Detto in altri termini, mentre la direttiva presuppone la lesione di un interesse individuale o collettivo, la fattispecie all'attenzione della Corte presuppone la violazione di un interesse diffuso. Quindi, è solo un gioco linguistico quello di definire «discriminazione diretta» la condotta tenuta dal convenuto. Per come si esprime la Corte, ci troveremo dinanzi a un'interpretazione estensiva della disciplina legale, mentre qui si crea una vera e propria nuova fattispecie per via pretoria al fine di supplire a una evidente lacuna normativa.

Per l'operatore del diritto italiano, si tratta di una decisione che obbliga a un notevole sforzo di comprensione. In una logica formalista, non solo il giudice nazionale deve attersi alla fattispecie legale, ma non può — anche in ragione del principio di divisione dei poteri — creare una nuova fattispecie, pur nel tentativo di rimanere fedele alle finalità espresse *per tabulas* dal legislatore. La Corte è al di là di tale approccio e per ragioni di carattere istituzionale lo «deve» essere anche il giudice italiano. Quindi, se vogliamo continuare a fingere che si tratti solo di un'interpretazione estensiva della nozione di «discriminazione diretta» possiamo pure farlo, ma sarebbe preferibile ammettere che le cose stanno altrimenti. Affrontare *ex professo* la novità della fattispecie significa sforzarsi di comprenderne tutte le implicazioni operative, quali la legittimazione ad agire in giudizio di enti portatori dell'interesse diffuso o il contenuto della prova liberatoria per il convenuto ⁽³⁹⁾.

Dopo il caso *Feryn*, non possiamo più considerare esistenti nel sistema solo la «discriminazione diretta» e la «discriminazione indiretta», che in modo differente incidono sempre su sfere giuridiche determinate o determinabili. Dobbiamo constatare piuttosto che si è pervenuti all'enucleazione di una terza tipologia di discriminazione, che potremmo definire «diffusa», cioè violativa del principio di parità di trattamento in sé ⁽⁴⁰⁾. Caratteristico di tale nuova tipologia di discriminazione, che si produce in occasione della procedura di reclutamento del personale, è la sua attitudine a esporre (ancorché solo potenzialmente) a una discriminazione tutti i potenziali candidati a un certo impiego. Poiché al momento della verifica della discriminazione la relazione giuridica non è ancora sorta, il rimedio più efficace è una sorta di misura inibitoria, consistente nell'avvisare tutti i futuri interessati al posto di lavoro che sono a rischio di discriminazione. Allo stesso tempo, però, proprio perché è impossibile utilizzare il risarcimento del danno, poiché nella fattispecie un danno ascrivibile a una determinata sfera giuridica non si è ancora prodotto, ci sarà bisogno di una sanzione che induca chi ha comunicato la propria politica di assunzione discriminatoria a non metterla in pratica e comunque a non replicarla in futuro ⁽⁴¹⁾.

⁽³⁹⁾ Segnala come particolarmente problematico tale profilo della decisione IZZI, *Il divieto di discriminazioni razziali preso sul serio*, in *Riv. giur. lav e prev. sociale*, 2008, 769 s.

⁽⁴⁰⁾ Parla di «discriminazioni diffuse», sebbene non come una fattispecie a sé stante di discriminazione GENTILI, *Il principio di non discriminazione nei rapporti civili*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, 225.

⁽⁴¹⁾ La tutela general-preventiva è un meccanismo di protezione già conosciuto dal diritto privato europeo se solo si pone mente alla tutela inibitoria prevista nel caso di contratti dei consumatori, volta a impedire che le clausole vessatorie contenute in condizioni generali di contratto vengano poi effettivamente trasfuse nei singoli contratti individuali (cfr. art. 37 cod. cons.).

5.2. Aspetti applicativi connessi alla nuova fattispecie di discriminazione

Quanto ai riflessi della nuova fattispecie di discriminazione sull'onere della prova, la Corte è piuttosto evasiva. Dal momento che le dichiarazioni del datore di lavoro, allegate dal ricorrente, sono di per sé bastevoli a far presumere l'esistenza di una discriminazione (diffusa), scatta l'inversione dell'onere della prova a carico del datore di lavoro che — così si esprime la Corte — deve dimostrare «che la prassi effettiva di assunzione da parte dell'impresa non corrisponde a tali dichiarazioni». Cosa la Corte voglia dire in concreto è difficile comprendere, ma torneremo in seguito sul punto analizzando la sentenza *Asociatia Accept*, che in qualche modo costituisce il prosieguo del ragionamento della Corte in materia. Intanto, si può evidenziare che ciò che si presume non è l'esistenza dell'atto discriminatorio, ma di un comportamento precedente al sorgere della relazione contrattuale tra datore e prestatore di lavoro, consistente nell'individuazione di criteri in base ai quali si svolgerà la selezione dei candidati.

Quanto ai riflessi sulla legittimazione ad agire, il trascorrere da una fattispecie incentrata sulla lesione di una o più sfere determinate o determinabili a una fattispecie volta a tutelare un interesse diffuso comporta l'impossibilità di continuare ad applicare alla lettera la norma europea, come se nulla fosse. Qui l'interesse ad agire non si può radicare nella sfera giuridica di uno o più individui in quanto titolari della pretesa (del diritto soggettivo) a non essere discriminati già nella fase di assunzione, poiché non vi è in concreto un comportamento violativo del diritto che giustifichi il ricorso alla giustizia da parte di uno o più individui affinché il torto venga sanzionato. Le strade che abbiamo dinanzi sono due e sono quelle tipiche che l'ordinamento conosce in caso di atti potenzialmente incidenti su un numero indeterminato di sfere giuridiche. O, sul modello dell'interesse legittimo di diritto pubblico, immaginiamo un interesse legittimo di diritto privato che fondi il diritto di agire in giudizio per chiunque dimostri che l'atto illecito è destinato a incidere (anche) sulla propria sfera giuridica ⁽⁴²⁾; oppure — nel silenzio del legislatore, focalizzato solo sulla tutela dell'interesse individuale — prendiamo atto del mutamento sociale e giuridico (dovuto alla vigenza nel nostro ordinamento di modelli di tutela alternativi a quello incentrato sull'individuo e di fonte europea) in cui è centrale la presenza di enti (privati e pubblici) che statutariamente, in forza di un atto di autonomia negoziale, o in forza di una previsione legale, curano in vario modo un certo interesse diffuso, traendo da ciò il diritto a sollecitare l'intervento della magistratura ⁽⁴³⁾.

Un siffatto scenario è proprio quello che si è manifestato sia nel caso *Feryn* sia nel caso deciso a Brescia, anche se con un elemento distintivo importante nei due casi. Nel caso *Feryn*, vi era un ente pubblico che potremmo qualificare come Autorità amministrativa indipendente, mentre nel caso di Brescia si tratta di un ente privato (segnatamente un'associazione dotata di personalità giuridica).

⁽⁴²⁾ Su cui v. DELL'UTRI, *Poteri privati e situazioni giuridiche soggettive (riflessioni sulla nozione di interesse legittimo in diritto privato)*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, 303 ss.

⁽⁴³⁾ Su cui v. ALPA, *Interessi diffusi*, in *Dig. civ.*, IX, Torino, 1993, 611; Id., *Gli interessi diffusi: una categoria rivisitata*, in *Econ. dir. terz.*, 2014, 2, 167-197; LANFRANCHI, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, Torino, 2003; DONZELLI, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, Napoli, 2008, in particolare il capitolo ottavo, 601 ss.; ORESTANO, *Interessi seriali, diffusi e collettivi: profili civilistici di tutela*, in MENCHINI, (a cura di), *Le azioni seriali*, Napoli, 2008, 21 ss.

Quindi, mentre nel caso belga, una norma nazionale ha istituito un soggetto pubblico indipendente per la lotta contro le discriminazioni ⁽⁴⁴⁾, il nostro legislatore ha scelto di istituire – su pressione della normativa europea – un Ufficio presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, che non può qualificarsi come un soggetto indipendente, né è dotato di personalità giuridica (di diritto pubblico) e pertanto è privo di legittimazione ad agire ⁽⁴⁵⁾. In Italia, grazie alla previsione dell'art. 5, comma 2, d.lgs. n. 216/2003, i soggetti legittimati ad agire in giudizio sono « le organizzazioni sindacali, le associazioni e le organizzazioni rappresentative del diritto o dell'interesse leso » tutte le volte in cui vi sia una discriminazione (che la legge definisce) « collettiva » e rispetto alla quale non sono « individuabili in modo diretto e immediato le persone lese dalla discriminazione ».

Cosa si debba intendere con la parola « rappresentatività » lo chiariremo più avanti. Qui basta solo sottolineare il fatto che è lo statuto dell'Associazione ricorrente a essere posto alla base della individuazione del presupposto della sua legittimazione processuale. E ciò consente all'Autorità giudiziaria di verificare una circostanza, ossia che oggetto dell'agire associativo sia la cura di un interesse diffuso: più precisamente l'interesse a radicare nella società una cultura di rispetto delle persone omosessuali, sia quando, come cittadini, entrano in contatto con il mondo della giustizia sia quando essi stessi sono operatori della giustizia.

⁽⁴⁴⁾ La denominazione attuale dell'ente è UNIA, che ha sostituito il più risalente Centro per le pari opportunità e la lotta al razzismo, istituito il 15 febbraio 1993, quindi ben prima dell'entrata in vigore delle norme europee. Per maggiori informazioni v. www.unia.be/en/about-unia (ultima visita il 26 dicembre 2017).

⁽⁴⁵⁾ L'art. 13 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, sulla base del quale originariamente è stato costituito l'UNAR, chiaramente fa riferimento a un organismo « indipendente ». Infatti, tale non può essere considerato un Ufficio sottoposto al controllo politico del Governo. La mancanza di indipendenza e di poteri sufficienti dell'UNAR è stata contestata, di recente, tanto dal Rapporto ECRI (*European Commission against Racism and Intolerance*) sull'Italia del 18 marzo 2016 (§ 25-29), tanto dalle Osservazioni contenute nell'ultimo report del CERD (*Committee on the Elimination of Racial Discrimination*) del 9 dicembre 2016 (§ 12 e 13).

La lettera della direttiva è chiarissima in tal senso, ma ogni dubbio scompare se si nota come lo stesso legislatore europeo conceda agli Stati membri la possibilità che tale Ufficio sia incaricato in un'Agenzia « incaricata, a livello nazionale, della difesa dei diritti umani o della salvaguardia dei diritti individuali ».

A questo riguardo, da diverse legislature sono all'attenzione del Parlamento progetti di legge che prevedono la creazione di una Istituzione Nazionale indipendente per la promozione e la protezione dei Diritti Umani. L'Italia è infatti uno dei pochissimi Paesi europei a risultare ancora inadempiente alla Risoluzione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite 48/134 del 1993 e alla risoluzione del Consiglio d'Europa (97) 11 del 30 settembre 1997 circa la costituzione di tale istituzione. L'iter legislativo nella legislatura appena conclusasi si è bloccato nel dicembre 2015 presso la Commissione Affari Costituzionali del Senato (Disegni di legge abbinati 865, 1908, 1939), nonostante l'approvazione della legge sia diventata improcrastinabile almeno dal 2010, quanto l'Italia si è impegnata ad attuare la Risoluzione ONU con il *Pledge* formulato in occasione della sua candidatura al Consiglio dei diritti umani.

Immaginare l'approvazione di una Istituzione Nazionale indipendente per la promozione e la protezione dei Diritti Umani presso cui incardinare l'attività dell'UNAR presenta diversi vantaggi. Prima di tutto, l'Ufficio diventerebbe un'Autorità indipendente nella piena ottemperanza alle previsioni europee. In secondo luogo, la lotta contro le discriminazioni sarebbe inserita nel più ampio contesto della tutela dei diritti umani: le occasioni per rilevare l'esistenza e conseguentemente combattere le discriminazioni in tal modo aumenterebbero. Del resto, è la stessa Convenzione europea dei diritti umani a instaurare una relazione tra la violazione dei diritti umani e la discriminazione: è un diverso modo di considerare la violazione della dignità dell'essere umano. In terzo luogo, l'accentramento in un'unica istituzione della lotta contro le discriminazioni e della tutela dei diritti umani favorirebbe un uso più razionale delle risorse.

5.3. Le sanzioni

E arriviamo infine alle sanzioni, che sono l'oggetto dell'ultima questione pregiudiziale. Anche rispetto a tale profilo, l'analisi testuale svolta dalla Corte, che in apparenza «esplicita» il testo della direttiva, di fatto «adegua creativamente» alla nuova fattispecie della «discriminazione diffusa» le reazioni che gli ordinamenti nazionali possono prevedere qualora se ne constati la sussistenza. I due punti fermi sul piano normativo sono, secondo la Corte: 1. che è compito degli Stati membri determinare le sanzioni (e qui il termine viene utilizzato sicuramente in senso generico); 2. che tali sanzioni devono essere effettive proporzionate e dissuasive. Nel paragrafo 39 si esemplificano in cosa possano consistere le sanzioni degli ordinamenti nazionali in caso di discriminazione diffusa: a) nell'accertamento della discriminazione diffusa; b) nella pubblicità della constatazione, con costi a carico del convenuto; c) nell'ordine di porre fine alla discriminazione accertata; d) in una sanzione pecuniaria; e) nel risarcimento dei danni in favore dell'organismo che ha avviato la procedura giudiziale.

Ciò che non è chiaro è se la statuizione della Corte su quest'ultimo punto costituisca una semplice elencazione a beneficio del futuro legislatore europeo o se essa possa dispiegare una efficacia vincolante per il giudice. In forza del principio di collaborazione, espresso fin dal caso *Rewe* (pure citato nella sentenza che si annota), i giudici nazionali hanno il compito di garantire la tutela giurisdizionale delle norme di diritto europeo che — si precisa però nella sentenza *Rewe* — abbiano efficacia diretta, *i*) seguendo le modalità e i termini stabiliti dalle norme interne, a meno che ciò renda impossibile l'esercizio del diritto; *ii*) applicando le norme nazionali di recepimento nella logica del diritto europeo. Nel nostro caso, la norma primaria è certamente precisa e determinata: la discriminazione è vietata, con le eccezioni previste dalla stessa direttiva. Il problema semmai è l'indeterminatezza della norma secondaria, quella che prevede che vi siano (ma non quali siano) le sanzioni da irrogare in caso di discriminazione.

Probabilmente la soluzione al dubbio ermeneutico sta nella stessa giurisprudenza della Corte, che agli organi giudiziari nazionali affida in definitiva la realizzazione dell'effettività del diritto europeo. Dal divieto di una discriminazione (anche) diffusa discende che una volta accertata, essa debba essere neutralizzata, in modo da impedire che si possa in concreto realizzare un trattamento peggiore ai danni di un soggetto rispetto a un altro in ragione di una sua caratteristica personale. Sebbene il divieto di discriminazione diffusa sia privo di dispositivo, perché enucleato direttamente dalla Corte, nondimeno si tratta di una norma di diritto europeo (di fonte pretoria). Ciò nonostante, non si può trascurare di considerare che il giudice nazionale si trova davanti a un vuoto normativo, poiché la normativa nazionale di recepimento, non contemplando la nuova ipotesi di discriminazione, per l'ovvio motivo che non era una fattispecie presente nella direttiva da recepire, non prevede altresì rimedi funzionali alla sua neutralizzazione. Ferma restando la possibilità di una modificazione della normativa europea o nazionale in futuro, il decidente si trova immediatamente esposto alla necessità di definire il caso sottoposto al suo giudizio, dovendosi per giunta fare attuatore sul piano nazionale del diritto europeo, come enunciato dalla Corte di Giustizia, affinché esso divenga «effettivo» anche in Italia.

Per quanto riguarda le prime tre misure di tutela giurisdizionale individuate dalla Corte (constatazione della discriminazione diffusa; pubblicità della constatazione, con costi a carico del convenuto; ordine di porre fine alla discriminazione accertata), il giudice italiano

ha tutto l'agio di adeguarvisi alla luce di quanto previsto dall'art. 28, commi 5 e 7, d.lgs. n. 150/2011. Sempre ai sensi del citato comma 5 ha il potere di irrogare una condanna al risarcimento del danno (anche non patrimoniale) e la Corte precisa, nel caso *Feryn*, che a beneficiarne sarà l'organismo che ha avviato la procedura giudiziale. Sembrerebbe rimanere esclusa la sola sanzione pecuniaria, di cui nelle norme attuative italiane non si fa alcun cenno. Trova così conferma l'assunto che abbiamo precedentemente cercato di dimostrare, in forza del quale il risarcimento e la sanzione in senso stretto non sono la stessa cosa e che quindi irrogare una condanna al risarcimento del danno è compatibile con una condanna al pagamento di un'ulteriore somma di denaro con funzione eminentemente afflittiva e deterrente. Resta da capire se poggiando su questo cenno della Corte, il giudice italiano possa interpretare le norme vigenti in modo da condannare il convenuto a una sanzione pecuniaria che assicuri quell'effetto dissuasivo espressamente richiesto come obiettivo delle sanzioni dalla direttiva e soprattutto se in questo modo sia rispettato il principio di legalità che le Sezioni Unite pongono come condizione per la legittimità di un risarcimento di carattere punitivo.

6. IL CASO *ASOCIAȚIA ACCEPT*

Il secondo precedente della Corte di Giustizia, che i giudici italiani hanno tenuto presente, è quasi completamente coincidente sul piano fattuale con il caso sottoposto al loro giudizio e costituisce un'applicazione della Direttiva 2000/78/CE, che, come è noto, concerne l'effettività del principio di parità in ambito lavorativo anche in ragione dell'orientamento sessuale. Si tratta del caso *Asociația Accept contro Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*.

Ad agire in giudizio, è un'organizzazione non governativa per la promozione e la tutela delle persone LGBT (lesbiche, gay, bisessuali e trans) che denuncia un azionista di un noto club sportivo, il quale nel corso di un'intervista aveva dichiarato che, piuttosto che ingaggiare un calciatore professionista presentato come omosessuale, avrebbe preferito un giocatore della squadra giovanile⁽⁴⁶⁾. Questo atteggiamento negativo verso le persone omosessuali, secondo la stampa e secondo la ONG agente, aveva impedito la firma di un contratto di lavoro con un certo giocatore. Il procedimento viene attivato dinanzi all'Autorità nazionale per il contrasto delle discriminazioni, la quale si trova nell'impossibilità di condannare il convenuto al pagamento di un'ammenda, poiché la decisione viene adottata dopo sei mesi dalla verifica dei fatti, circostanza che aveva determinato lo spirare del termine prescrizione. Esito del procedimento sarà, pertanto, un mero ammonimento nei confronti del convenuto. La decisione viene impugnata dall'associazione e il giudice adito si rivolge in via pregiudiziale alla Corte, invocando maggiore chiarezza sulla fattispecie, nonostante le statuizioni del caso *Feryn*. Qui, infatti, colui che comunica il criterio discriminatorio della politica di assunzione non è né il datore di lavoro, né una persona che abbia il potere di obbligare la società calcistica ad assumere o meno un certo calciatore. Inoltre, al giudice remittente non è chiaro in cosa debba consistere la prova cui è onerato il convenuto al fine di sottrarsi alla condanna. Infine, stante il breve tempo di prescrizione previsto dalla legge nazionale, il remittente sottolinea l'impossibilità di irrogare una sanzione pecuniaria,

⁽⁴⁶⁾ Nel § 35 della sentenza della Corte è possibile leggere nel dettaglio le dichiarazioni del Signor Becali che sono straordinariamente simili a quelle del convenuto nel procedimento deciso dalla Corte d'Appello di Brescia.

in contrasto con il caso *Feryn* e con l'obiettivo di rendere effettivo il principio di parità di trattamento.

6.1. La prova liberatoria a carico del convenuto

Per quanto riguarda la prima questione, la Corte ha buon gioco ad affermare che quanto stabilito nel caso *Feryn* si possa estendere anche al nuovo caso, giacché — precisa — in quella decisione «non traspare che (...) l'autore delle dichiarazioni relative alla politica di assunzioni di una determinata entità debba per forza giuridicamente disporre della capacità di definire in modo diretto tale politica o di vincolare o rappresentare questa entità in materia di assunzioni» (par. 47). La prova liberatoria, dunque, non può consistere nella semplice evidenziazione da parte della società convenuta che le dichiarazioni provengono da una persona che non è giuridicamente titolata ad assumere decisioni in materia di assunzioni. Infatti, premesso che il dichiarante afferma pubblicamente di ricoprire un ruolo importante nella gestione della società e quindi appare come capace di prendere decisioni vincolanti per la stessa, anche in materia di assunzioni, vi è in ogni caso una circostanza dirimente: la società — a seguito di quelle dichiarazioni — non ha mai espresso un'opinione contraria volta a contrastarle. La prova liberatoria — pare di capire — può essere anche di carattere presuntivo. Infatti, la Corte chiarisce che il convenuto, per sfuggire alla condanna, non ha solo a disposizione la prova diretta del fatto che in passato l'orientamento sessuale non abbia influito sulla selezione dei candidati al posto di lavoro. Vi è il pericolo, in tal caso, di ledere il diritto al rispetto della vita privata dei lavoratori già assunti. Il convenuto, in definitiva, potrebbe limitarsi a fornire indizi concordanti volti a escludere l'adozione di una politica di assunzione discriminatoria, come per esempio una reazione del convenuto alle dichiarazioni dell'azionista della società per prendere nettamente distanza dalle stesse, ovvero l'esistenza di disposizioni espresse che connotino la politica di assunzione concretamente seguita dalla società come rispettosa del principio di parità di trattamento.

6.2. Le sanzioni

Quanto alle sanzioni, si ribadisce la discrezionalità degli Stati membri nella loro individuazione e al contempo il limite imposto dalla direttiva a tale discrezionalità ossia l'effettività, la proporzionalità e la dissuasività delle sanzioni, anche qualora non vi siano vittime identificabili ovvero — si potrebbe aggiungere, portando fino alle estreme conseguenze il ragionamento della Corte — anche qualora non vi siano affatto vittime, giacché la «discriminazione diffusa» non è detto che incida sulla sfera giuridica di uno o più soggetti determinati o determinabili. E qui la Corte fa alcune affermazioni che sembrano rilevanti per una corretta ricostruzione dei rimedi contro le discriminazioni invocabili dinanzi al giudice italiano: a) il sistema di sanzioni statale deve assicurare una tutela giuridica effettiva ed efficace dei diritti sanciti dalla direttiva; b) le sanzioni devono essere *i)* adeguate alla gravità delle violazioni che esse reprimono e *ii)* comportare un effetto realmente deterrente (par. 63); c) una sanzione meramente simbolica non può essere considerata compatibile con un'attuazione corretta ed efficace della direttiva (par. 64).

Nell'ordinamento romeno, è praticamente impossibile che una denuncia per discriminazione sfoci in una condanna al pagamento di un'ammenda a causa della combinazione tra il breve termine prescrizione e la tempistica dello svolgimento della procedura dinanzi all'autorità nazionale, competente a sanzionare la discriminazione. Per stabilire se il mec-

canismo sanzionatorio nazionale sia efficace il giudice dovrebbe considerare — secondo la Corte di Giustizia — due circostanze: 1) se il sistema sanzionatorio così delineato scoraggi gli eventuali interessati dal denunciare la pratica di una discriminazione diffusa; 2) se coloro che violano il principio di parità di trattamento tendano a reiterare la loro condotta in quanto consapevoli della levità delle conseguenze cui possono andare incontro sul piano sanzionatorio. È compito del giudice nazionale, quindi, stabilire se la sanzione dell'ammonizione sia adeguata al caso di specie e valutare se un'azione per il risarcimento del danno possa ovviare alle carenze sul piano dell'effettività, della proporzionalità e della deterrenza, dovute alla impossibilità (per le ragioni prima esposte) di comminare una sanzione pecuniaria.

In definitiva, possiamo inferire dalla statuizione della Corte che il risarcimento, pur non essendo coincidente con la sanzione pecuniaria — come era già chiaro nel caso *Feryn* e come è possibile desumere da un'attenta interpretazione del testo della direttiva — potrebbe «fare le veci della sanzione pecuniaria» purché nell'ambito del diritto nazionale: a) consenta agli interessati di godere effettivamente — per mezzo della tutela giurisdizionale — dei diritti sanciti dalla direttiva; b) permetta al giudice di determinare un risarcimento proporzionale alla gravità del comportamento tenuto dal convenuto (e non solo alle perdite subite dalla vittima); c) costituisca una misura capace di scoraggiare il convenuto dal tenere in futuro la stessa condotta ⁽⁴⁷⁾.

Anche se la Corte non lo dice espressamente, probabilmente per non invadere le prerogative dell'autorità giudiziaria romena, nel caso sottoposto al suo giudizio, è chiaro che tale «equivalenza» del risarcimento rispetto alla sanzione pecuniaria non sia riscontrabile, perché per l'associazione ricorrente è difficile provare la sussistenza di un danno da risarcire in un giudizio di responsabilità (questione rilevante anche per il diritto italiano) e perché l'ammonizione è una misura prevista solo per infrazioni marginali e dunque non è affatto proporzionale alla violazione del principio di parità perpetrata dal convenuto. In breve, la Corte rivolge un monito al giudice nazionale a rispettare la sua giurisprudenza consolidata, volta a sollecitare una applicazione del diritto interno per quanto possibile orientata al testo e allo scopo delle direttive europee e lo invita a disapplicare il termine prescrizione che impedirebbe l'irrogazione dell'ammenda.

7. I PASSAGGI ARGOMENTATIVI DELLA DECISIONE BRESCIA-NA

Come più volte la Corte di Giustizia ha ricordato, le norme nazionali che non garantiscono l'attuazione del diritto europeo vanno «piegate» allo scopo della direttiva. È questa la chiave di lettura con cui analizzeremo nel dettaglio la decisione della Corte d'Appello di Brescia, cercando di inserirla nel più generale contesto delle norme nazionali di attuazione della direttiva e dei principi informatori della responsabilità civile.

Abbiamo scelto di concentrare l'attenzione sulla sentenza d'Appello, perché essa in parte assorbe, in parte sviluppa, tutte le argomentazioni spese in motivazione dal Tribunale

⁽⁴⁷⁾ Sulla possibilità che in caso di danno non patrimoniale la responsabilità civile possa assolvere sia a una funzione prettamente risarcitoria sia a una funzione sanzionatoria e deterrente, v. SCOGNAMIGLIO, *Danno morale e funzione deterrente della responsabilità civile*, in questa *Rivista*, 2007, 2496; BUSNELLI, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito e danni punitivi*, in *Europa dir. priv.*, 2009, 920.

di Bergamo. Quando si riterranno rilevanti, si segnaleranno comunque le differenze tra le due decisioni di primo e secondo grado.

Le questioni analizzate dalla Corte d'Appello di Brescia sono numerose e tutte piuttosto rilevanti, anche se, per un'esigenza di sintesi, non si potranno in questa sede approfondire tutte nello stesso modo. Due sono i criteri di selezione qui prescelti: 1. la novità delle statuizioni dei giudici del gravame, che costituiscono una «attuazione» delle decisioni della Corte di Giustizia europea appena analizzate, 2. la loro compatibilità con il sistema del diritto privato italiano.

Sotto il primo profilo, emerge la nozione di discriminazione accolta dai giudici di secondo grado, che richiama da vicino quella della Corte di Giustizia e che viene precisata anche in ragione del fatto che l'appellante ha insistito nel difendersi, sottolineando di non aver tenuto alcun «comportamento discriminatorio». Sotto il secondo profilo, spicca la questione della legittimazione ad agire dell'Associazione ricorrente, e infine la condanna al risarcimento del danno di cui l'appellante nega, coerentemente con la propria impostazione difensiva, la sussistenza.

7.1. La legittimazione ad agire della parte ricorrente

Seguendo l'ordine di trattazione dei suddetti temi prescelto dai giudici, viene subito in considerazione la legittimazione ad agire della Associazione ricorrente. La Corte d'Appello enfatizza il dettato dell'art. 5, comma 2, d.lgs. n. 216/2003, a mente del quale le organizzazioni sindacali, le associazioni e le organizzazioni rappresentative del diritto o dell'interesse leso sono «legittimate ad agire nei casi di discriminazione collettiva, qualora non siano individuabili in modo diretto e immediato le persone lese dalla discriminazione». Da ciò si evince, secondo la Corte d'Appello, che le dette associazioni siano qualificate dal legislatore quali enti esponenziali, cioè portatrici di un interesse collettivo, purché abbiano due caratteristiche che possono essere — pare di capire — tra loro alternative: 1. i loro associati appartengano alla categoria dei soggetti lesi dalla discriminazione; 2. il loro scopo statutario sia la tutela dell'interesse leso, ossia l'effettività del principio di non discriminazione con riferimento a uno dei fattori contemplati dalla normativa, nella specie l'orientamento sessuale.

A questo punto, per corroborare l'interpretazione letterale della normativa di recepimento, si cita l'art. 9 della direttiva. Il riferimento appare del tutto impreciso e meramente strumentale, volto com'è a sostenere che possano agire in giudizio non solo le associazioni «rappresentative del diritto o dell'interesse» bensì anche quelle meramente «portatrici dell'interesse». Ora, al di là della distinzione discutibile — che probabilmente potrebbe essere spiegata con riferimento a una differente fonte della legittimazione ad agire: negoziale, nel primo caso e legale, nel secondo caso — è interessante notare che la citazione della disposizione invocata, «le associazioni, organizzazioni e altre persone giuridiche che (...) abbiano interesse legittimo a garantire le disposizioni della presente direttiva siano rispettate», è una frase che va coordinata con la principale «gli Stati membri riconoscono alle associazioni il diritto di avviare, in via giurisdizionale o amministrativa, per conto o a sostegno della persona che si ritiene lesa e con il suo consenso, una procedura finalizzata all'esecuzione degli obblighi derivanti dalla presente direttiva». Ammesso che le associazioni in parola siano quelle «portatrici dell'interesse», la direttiva nulla aggiunge alla normativa nazionale di recepimento, che anzi sotto il profilo processuale sembra più aperta

rispetto alla fonte europea, enfatizzando la dimensione collettiva della discriminazione e il più ampio potere di azione delle associazioni, svincolato dalla sussistenza di una o più sfere giuridiche effettivamente lese ⁽⁴⁸⁾. Dunque, è del tutto ultroneo seguire l'argomentazione dei giudici di appello e invocare sotto questo profilo la necessità di un'interpretazione che sia il « più lata possibile » delle norme che regolano la legittimazione ad agire, perché in tal modo « si consente alla norma europea di spiegare la sua massima efficacia ». Infatti, almeno sotto questo profilo, la normativa italiana per certi versi è più tutelante — almeno sulla carta — rispetto a quella europea, poiché amplia la platea dei soggetti che possono attivare la macchina della giustizia ⁽⁴⁹⁾.

7.2. La nozione di discriminazione

E veniamo al cuore della vicenda processuale: il comportamento del convenuto è una discriminazione in base alla direttiva oppure no? Secondo il convenuto, non può essere considerata sussistente alcuna discriminazione perché manca la possibilità di un giudizio comparativo tra il soggetto discriminato ed un soggetto che in una situazione analoga sia, sia stato, o sarebbe stato trattato in un modo diverso, giudizio necessario ai sensi dell'art. 2, lett. a), d.lgs. n. 216/2003. È qui che la Corte d'Appello fa uso della giurisprudenza della Corte di Giustizia, richiamando lunghi stralci delle conclusioni dell'Avvocato generale usate come supporto interpretativo della decisione della Corte ⁽⁵⁰⁾. Ed è proprio nelle parole dell'Avvocato generale che si coglie la diversità tra la discriminazione « collettiva » cui si riferisce la Corte d'Appello e la discriminazione « diffusa » cui si riferisce la Corte di Giustizia. La differenza tra i due piani andrà analizzata maggiormente più avanti. In questa sede, basta solo sottolineare la coerenza sul piano logico dei giudici d'appello: poiché la nozione di discriminazione accolta è una discriminazione di carattere collettivo, la sua caratteristica saliente è la mera potenzialità lesiva, mancando un danno in concreto a una determinata sfera giuridica. In tal modo, si supera — almeno apparentemente — l'obiezione dell'appellante circa la necessità di un riscontro fattuale delle lesioni discendenti dal comportamento discriminatorio e l'imprescindibilità di un giudizio comparativo. È da evidenziare come la

⁽⁴⁸⁾ È bene ricordare che l'art. 5, d.lgs. n. 216/2003, è stato modificato dall'art. 1, l. 6 giugno 2008, n. 101, con la quale in sede di conversione del d.l. 8 aprile 2008, n. 59, è stato inserito l'art. 8-*septies*. Grazie a questa modificazione si è ampliata la platea dei soggetti che possono agire in caso di discriminazione « collettiva ». Inizialmente, infatti, i soggetti legittimati erano « Le rappresentanze locali delle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello nazionale », mentre attualmente il riferimento è a « Le organizzazioni sindacali, le associazioni e le organizzazioni rappresentative del diritto o dell'interesse leso ».

⁽⁴⁹⁾ In verità, dal punto di vista della legittimazione ad agire, il legislatore italiano in sede di recepimento ha optato per una chiara scelta di politica del diritto volta a non enfatizzare l'effettività nel nostro ordinamento del principio di pari opportunità, rendendo diffuso il controllo del rispetto delle norme antidiscriminatorie. Questo ampliamento del novero dei soggetti che possono agire in giudizio, in apparenza, è più tutelante, perché rende maggiormente probabile l'attivazione di un procedimento contro episodi di discriminazione, anche in assenza di vittime individuabili in modo diretto e immediato, ma di fatto, data la scarsità di mezzi e la poca sensibilità dell'associazionismo italiano per il ricorso alla leva giudiziaria, garantisce il mantenimento dello *status quo*, come dimostra la scarsità delle sentenze in materia di diritto antidiscriminatorio soprattutto rispetto all'orientamento sessuale, in quindici anni di vigenza della normativa. Sottolineava la limitatezza dell'intervento europeo sotto questo profilo ЧНЕКО, *Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, 109, ricordando invece la previsione di segno contrario dell'art. 28 St. lav. (nt. 80).

⁽⁵⁰⁾ Conclusioni dell'Avvocato generale POIARES MADURO, presentate il 12 marzo 2008 nella causa C-54/07.

Corte d'Appello espressamente si riferisca alla tutela di una «categoria di soggetti», che in tal caso avrebbero difficoltà a reperire un bene della vita, quale l'occupazione.

7.3. Le sanzioni

Tralasciando il profilo della prova, di cui il convenuto sarebbe onerato per sfuggire a una condanna risarcitoria, perché completamente in linea con le pronunce della Corte di Giustizia che abbiamo prima analizzato, passiamo alla questione che qui interessa in modo particolare: le sanzioni e il risarcimento del danno.

Il penultimo paragrafo della sentenza è interamente dedicato alla tutela risarcitoria. A un'attenta analisi del testo si coglie la piena sintonia linguistica con le decisioni della Corte di Giustizia. Il termine per indicare i provvedimenti adottati dal giudice di *prime cure* è «sanzioni» al plurale. In questo grande contenitore, che dovrebbe essere concettuale, ma appare solo come un termine di sintesi di tutte le conseguenze dell'accertamento giudiziale dell'illecito, finisce tanto la decisione di far pubblicare sul Corriere della Sera a spese del convenuto un estratto del provvedimento di primo grado, tanto la condanna al risarcimento del danno non patrimoniale richiesto dall'Associazione ricorrente. La correttezza dell'operato del Tribunale è confermata, secondo la Corte d'Appello, da un'esegesi letterale dell'art. 28, comma 5, d.lgs. n. 150/2011, a mente del quale possono essere irrogate più «sanzioni e non necessariamente alternative».

Nello specifico, la Corte d'Appello precisa che l'ordine di pubblicazione per estratto della decisione di primo grado va ricondotto alla previsione legale di rimozione degli effetti della condotta di discriminazione, di cui all'art. 28, comma 7, d.lgs. n. 150/2011. E in verità, anche per le modalità con cui è avvenuta la comunicazione della politica di assunzione discriminatoria, pare assolutamente condivisibile la scelta di rendere nota la decisione a mezzo di un grande quotidiano nazionale. In verità, tale «sanzione», in senso generico, va considerata più precisamente un rimedio proporzionato rispetto al comportamento tenuto dal convenuto e idoneo a rendere effettivo il principio di pari opportunità. Bisognerebbe chiedersi tuttavia se si tratta anche di una misura dissuasiva, giacché tale caratteristica deve coesistere con l'effettività e la proporzionalità.

È qui che la sentenza — come già quella di primo grado — si dimostra debole. Letteralmente la Corte d'Appello sostiene che la «sanzione» della pubblicazione per estratto del provvedimento di primo grado «non può ritenersi sufficiente anche a risarcire il danno non patrimoniale subito dall'Associazione appellata, in quanto rappresentativa dell'interesse leso». In tale contesto, «sufficiente» potrebbe voler dire due cose: a) non è bastevole affinché la reazione dell'ordinamento disposta dal giudice si possa considerare dissuasiva; b) il rimedio della pubblicazione lascia completamente senza risposta la questione del risarcimento del danno richiesto dalla Associazione. Scegliere tra l'uno e l'altro significato non è indifferente, perché in un caso vi è una coloritura punitiva della sanzione, nell'altro caso si sottolinea l'esigenza di reintegrazione della sfera giuridica del danneggiato. Tale distinzione non è tenuta in nessun conto dai giudici della Corte d'Appello. La prova lessicale di tale cortocircuito concettuale sta nell'uso del sostantivo «sanzione» (questa volta al singolare) per indicare il risarcimento del danno non patrimoniale conseguente alla lesione dell'interesse collettivo (*sic!*) di cui l'Associazione ricorrente viene considerata portatrice.

Sul punto la sentenza di primo grado è più interessante. Dopo un generico riferimento al profilo risarcitorio e al danno non patrimoniale, l'intenzione punitiva del risarcimento è resa

evidente, immediatamente prima dell'indicazione della quantificazione del risarcimento, dall'uso dell'espressione ellittica «condanna al pagamento di una somma di denaro». Il ragionamento del Tribunale è così sintetizzabile: 1. vi è la lesione di un interesse tipizzato in via legislativa e comunque afferente a situazioni giuridiche costituzionalmente protette; 2. la condotta del convenuto, personaggio che gode di notorietà sul piano nazionale, è stata grave, reiterata e mai seguita da ammenda; 3. tutto ciò giustifica il pagamento di una somma di denaro, equitativamente determinata. Tale ragionamento è integralmente condiviso dalla Corte d'Appello, che infatti conferma la condanna, perché «la lesione è stata significativa», reiterata e le affermazioni fortemente scoraggianti. Nessun cenno nelle sentenze di merito alla prova anche presuntiva del danno subito dall'Associazione o alla motivazione della quantificazione equitativa del risarcimento. Il pagamento di diecimila Euro è dissuasivo ed è l'oggetto di un'obbligazione risarcitoria, perché i giudici dicono che è tale. La dissuasività e la natura giuridica della condanna dovrebbero essere autoevidenti secondo i giudici di merito, che non spendono una sola parola in motivazione sul punto. Eppure, non v'è niente che induca a pensare che una persona abbiente come il convenuto possa essere dissuaso dal tenere ulteriormente la condotta illecita in forza del pagamento di una somma in definitiva così contenuta, né vi sono elementi in motivazione che facciano considerare l'Associazione ricorrente integralmente compensata per il danno che ha subito.

Dopo tale analisi, il cui scopo è evidenziare i punti più problematici della sentenza bresciana, nei successivi paragrafi si svolgeranno alcune riflessioni su tre questioni: 1. in che senso il comportamento del convenuto costituisca un illecito nel caso di specie; 2. per quale ragione sia giusto considerare legittimata all'azione l'Associazione ricorrente; 3. quali siano i percorsi argomentativi che il giudice italiano potrebbe seguire per cercare di coniugare l'esigenza di rispetto dei precedenti della Corte di Giustizia, con il sistema sanzionatorio italiano.

8. LA DISCRIMINAZIONE DIFFUSA

Come abbiamo avuto modo di sottolineare, le direttive europee in materia antidiscriminatoria, presentano almeno due caratteristiche: 1) sono incentrate sulla tutela di una o più sfere giuridiche determinate; 2) definiscono la discriminazione come un trattamento peggiore, che è tale in senso comparativo, emergendo dal raffronto tra il trattamento riservato alla vittima e quello riservato a un altro soggetto non avente certe caratteristiche peculiari della persona discriminata. Tale comparazione — necessaria in ogni caso a definire un certo comportamento come discriminatorio — potrebbe anche essere solo ipotetica. In altri termini, non importa che in concreto un soggetto diverso da colui che assume di essere stato discriminato effettivamente sia stato trattato in modo più favorevole, ciò che rileva è che in un certo contesto il trattamento più favorevole ci sarebbe potuto essere. La comparazione, infine, può avere anche una dimensione diacronica: si può confrontare il trattamento ricevuto da una persona con quello ricevuto in passato da un'altra persona che si trovava a vivere le stesse circostanze senza possedere quella certa caratteristica qualificante il soggetto discriminato ⁽⁵⁴⁾.

⁽⁵⁴⁾ Secondo BARBERA, *op. ult. cit.*, XXXII, si prescinde dalla comparazione tutte le volte in cui il comportamento vietato coincide con la violazione della dignità della persona. Si vedano inoltre le considerazioni di PEZZINI,

A tutto ciò si aggiunga che, in senso ampio, discriminazione in un'accezione più ampia è ogni trattamento che mini profondamente la dignità della persona e per questa ragione le molestie sono assimilate quanto alla loro rilevanza giuridica alla discriminazione in senso proprio ⁽⁵²⁾. È trascurabile, invece, in questa sede la distinzione tra discriminazione diretta e indiretta perché attiene alle modalità di realizzazione del comportamento discriminatorio e non invece alla struttura della fattispecie ⁽⁵³⁾.

Nel caso deciso dalla Corte d'Appello di Brescia, invece, sulla scorta della giurisprudenza della Corte di Giustizia, al centro della vicenda c'è un comportamento che non incide su sfere giuridiche determinate (o determinabili) e il giudizio comparativo è, pertanto, di impossibile effettuazione. Ciò che connota la condotta del convenuto, infatti, è l'enunciazione di una regola per la selezione del personale. La regola viene solo enunciata. Non si contesta al convenuto di averla applicata, anche solo in passato. È la stessa comunicazione della regola di selezione del personale, che qualifica una caratteristica personale come ostacolo ad accedere alla procedura, a essere considerata un illecito. In tal guisa, ogni giudizio comparativo diventa superfluo. Qui non si sta parlando della modalità di regolamentazione del rapporto contrattuale di lavoro: il come venga trattato un certo lavoratore rispetto a un altro è del tutto inconferente. Ciò che rileva è che l'enunciazione della regola di selezione del personale esclude automaticamente tutti coloro che abbiano una certa caratteristica dalla possibilità di svolgere quel determinato lavoro. Ciò che l'ordinamento non tollera è, da un lato, che il tessuto sociale venga « avvelenato » da atteggiamenti neganti la dignità sociale di alcuni lavoratori e, dall'altro lato, che l'allocatione della forza lavoro avvenga seguendo logiche che non hanno niente a che fare con le capacità del lavoratore. Non importa che tale trattamento venga effettivamente subito da uno o più individui determinati (o determinabili), poiché è funzionale al miglioramento delle relazioni sociali e dell'efficienza del mercato del lavoro a) impedire che all'enunciazione della regola segua la sua concreta applicazione; b) stigmatizzare pubblicamente tale comportamento; e c) disincantare chi lo ha tenuto a reiterarlo in futuro.

È importante sottolineare che al centro della fattispecie non v'è la mera opinione del

Costruzione del genere e costituzione, in PEZZINI (a cura di), *La costruzione del genere. Norme e regole. Corso di analisi di genere e diritto antidiscriminatorio*, Bergamo, 2012, 68, che giustifica il mancato ricorso alla comparazione tutte le volte in cui l'uguaglianza opera in senso valutativo e lo esemplifica in questo modo: « affermando che A è uguale a B, lo riconosciamo "degnò" dello stesso trattamento di B che, implicitamente, viene assunto come *standard*; in realtà, lo schema ternario agisce anche in questo caso, ma è dissimulato dal fatto che il termine di paragone C viene fatto coincidere direttamente con B. In tal caso, la differenza tra A e B appare una proprietà assoluta, non relazionale, che stigmatizza A ». Come si vede le due opinioni coincidono nell'evidenziare come la necessità della comparazione si affievolisce dinanzi alla necessità di tutela della dignità della persona. In questo senso v. GENTILI, *op. cit.*, 229, con riferimenti bibliografici sul punto alla nota 76.

⁽⁵²⁾ Cfr. GENTILI, *op. cit.*, 228 s.: « discriminazione non è in sé stessa disparità di trattamento, quantunque nei fatti la disparità sia il modo più frequente di praticare la discriminazione (...) la discriminazione è sempre offesa alla dignità di una persona. Ogni ulteriore pregiudizio, come il non poter esercitare una libertà, o il patire rifiuti nelle forniture di bene e servizi, o subire condizioni svantaggiose, è conseguenza e non essenza della discriminazione, che in sé stessa è negazione dell'altrui dignità ». La dignità è centrale anche nell'analisi di PALMERI, *Il principio di non discriminazione*, in *Famiglia*, 2004, 523. Sul concetto di dignità, v. da ultimo, MAZZONI-PICCINI, *La persona fisica*, in *Trattato dir. priv.*, a cura di IUDICA-ZATTI, Milano, 2016, 159 ss.; e MALVESTITI, *La dignità umana dopo la "Carta di Nizza"*. *Un'analisi concettuale*, Napoli-Salerno, 2015.

⁽⁵³⁾ Sembra non essere della stessa opinione BARBERA, *op. ult. cit.*, XXXIII, secondo la quale nel caso di discriminazione indiretta « chi lamenta di essere discriminato non deve avere necessariamente sofferto un pregiudizio concreto e attuale ».

convenuto in merito all'orientamento omosessuale. Quella espressa dal convenuto è una ben precisa intenzione di violare, in date circostanze, il principio di parità di trattamento in ambito lavorativo: viene enunciata una regola per la selezione del personale, con cui si preannuncia la volontà di escludere dalla selezione stessa coloro che sono omosessuali. Non è detto che questa regola in passato sia stata seguita né è dirimente attendere che la regola venga applicata in futuro. Ciò che rileva è il presente: nella selezione del personale l'autonomia privata ha un limite perché il meccanismo di selezione dei lavoratori non può basarsi su una loro caratteristica personale. Questo non vuol dire che la libertà di espressione del datore di lavoro sia di per sé compressa. Ben potrebbe continuare a esprimere un profondo disgusto per le persone omosessuali, pur senza conferire rilevanza a tale opinione personale ai fini dell'assunzione.

Escludendo quindi che l'esercizio di un diritto (peraltro fondamentale quale la libertà di espressione del pensiero) possa fungere da scriminante in questo caso, resta comunque l'impossibilità di riscontrare gli elementi costitutivi della nozione di discriminazione ipostatizzata nella direttiva europea. Infatti, non si tratta di proteggere un interesse dell'individuo o di una categoria di individui, qui si tratta di proteggere la dignità sociale dei lavoratori e il funzionamento del mercato del lavoro nel suo insieme⁽⁵⁴⁾. Due interessi che non possiamo in alcun modo riferire a individui o a gruppi di individui determinati e che conseguentemente non possiamo qualificare né come interessi individuali né come interessi collettivi. È la compagine sociale nel suo insieme che beneficerà di un trattamento degli aspiranti lavoratori improntato al rispetto della loro dignità, in vista dell'attribuzione del posto di lavoro al candidato più capace, a prescindere dalle sue caratteristiche personali. Dunque, è del tutto evidente che vi siano interessi diffusi a monte della regola di fonte giurisprudenziale che considera violato il principio di parità tutte le volte in cui il criterio di selezione del personale consista nell'esclusione automatica dalla procedura delle persone aventi determinate caratteristiche. Di certo, non si tratta di interessi di mero fatto, perché, oltre ad avere una rilevanza dal punto di vista economico e sociale, assurgono a posizione giuridicamente protetta.

In quest'ottica, non è corretto parlare di «potenzialità lesiva della condotta», come fa la Corte d'Appello. La lesione non è solo potenziale, ma è attuale. Non occorre attendere che un interesse individuale o collettivo sia leso in concreto perché possa scattare la tutela discendente dalla norma europea, altrimenti, per dirla con le parole dell'Avvocato generale nel caso *Feryn*, «se una discriminazione di questo tipo fosse del tutto esclusa dall'ambito di applicazione della direttiva (...) gli Stati membri sarebbero implicitamente autorizzati, in forza della stessa, a consentire ai datori di lavoro di distinguere effettivamente i candidati in ragione dell'origine razziale o etnica, semplicemente rendendo pubblico in anticipo, nel modo più chiaro possibile, il carattere discriminatorio della loro politica di assunzione».

Dunque, tra la discriminazione in senso proprio e quella che abbiamo definita «diffusa» vi sono differenze che attengono alla loro struttura, ai diversi interessi protetti e infine ai diversi obiettivi da raggiungere. Fermo restando che il contrasto di ogni tipo di discriminazione ha come fine ultimo il rispetto del principio di parità di trattamento, possiamo dire che nel caso della discriminazione in senso proprio a essere violata è una parità (o un'egua-

⁽⁵⁴⁾ PERLINGIERI, *Il "diritto privato europeo" tra riduzionismo economico e dignità della persona*, in *Europa dir. priv.*, 2010, 345.

glianza) in senso sostanziale, mentre nel caso della discriminazione diffusa a essere violata è una parità (o un'eguaglianza) in senso formale.

Nel primo caso, il comportamento del datore di lavoro è tale da ostacolare la realizzazione personale dell'individuo nel contesto lavorativo. La discriminazione, in tale ipotesi, si esplica nell'uso di un potere conformativo del rapporto giuridico, nascente dal contratto di lavoro. Il datore di lavoro si serve delle differenze tra i lavoratori per accrescere il proprio potere su alcuni di essi, trattandoli peggio rispetto ad altri lavoratori e quindi disconoscendo il loro diritto all'eguaglianza (sostanziale). Il comportamento discriminatorio del datore di lavoro connota gli atti (a carattere negoziale o meno) che si realizzano all'interno della relazione giuridica con il prestatore di lavoro.

Nel secondo caso, il comportamento del datore di lavoro è tale da impedire che tutti i potenziali aspiranti al lavoro siano messi sullo stesso piano nella fase della selezione del personale: la discriminazione in questo caso si traduce nell'eleggere una caratteristica personale a criterio di accesso alla relazione giuridica. In ambito lavorativo l'eguaglianza (formale) o pari opportunità — che dir si voglia — diventa limite alla autonomia negoziale. Il datore di lavoro non è costretto a stipulare un contratto di lavoro subordinato con chiunque, ma certamente il suo rifiuto non può fondarsi su una delle caratteristiche personali individuate dalla legge. Si invero così un controllo sociale sulle attività economiche dei privati, che anche ai sensi dell'art. 41 Cost., non si possono realizzare in spregio della dignità umana ⁽⁵⁵⁾.

In definitiva, nella «discriminazione diffusa» l'atto illecito si inserisce nella fattispecie procedimentale che precede la stipulazione del contratto di lavoro, ossia la selezione del personale. L'atto (che latamente possiamo definire discriminatorio, accettando la categorizzazione europea) consiste nello stabilire *contra legem* una regola di esclusione da quel procedimento di tutti quegli individui aventi una certa caratteristica personale tutelata dalle norme sulle pari opportunità. In tal guisa, l'atto non solo è *non iure* ma altresì *contra ius*, dal momento che più interessi protetti dalla legge sono violati: non solo (e non tanto) quello di «una "categoria di soggetti" che in tal caso avrebbero difficoltà a reperire un bene della vita, quale l'occupazione» ⁽⁵⁶⁾, bensì quelli dell'intera società al corretto funzionamento del mercato del lavoro, giacché non si garantisce che a essere assunto sarà il più dotato delle abilità necessarie a svolgere il lavoro. E ciò in spregio, prima ancora della normativa europea sulle pari opportunità, del dovere di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. e della dignità sociale di tutti i cittadini di cui all'art. 3 Cost.

9. LA LEGITTIMAZIONE AD AGIRE DELLE ASSOCIAZIONI

Nel nostro ordinamento, il diritto all'azione giudiziaria è il riflesso processuale della titolarità del diritto soggettivo o dell'interesse sotteso alla domanda di giustizia. Il titolare del diritto o dell'interesse (per usare il termine di cui all'art. 100 c.p.c.) è l'unico e il solo a poter chiedere un provvedimento al magistrato. Nel caso che andiamo analizzando però, ci troviamo di fronte a un interesse che in quanto diffuso è adespotato, cioè privo per definizione

⁽⁵⁵⁾ In questo senso v. ALPA, *Istituzioni di diritto privato*, Torino, 1994, 184, la cui affermazione, in verità riferita agli interessi collettivi, può essere analogicamente estesa agli interessi diffusi.

⁽⁵⁶⁾ Così si esprime la Corte d'Appello a pag. 24 della sentenza.

di un titolare ⁽⁵⁷⁾. Il paradosso che si genera è che pur di fronte a un interesse (diffuso) tutelato dal diritto europeo, seguendo la logica originaria del diritto processuale italiano e in mancanza di un'indicazione normativa che attribuisca la rappresentanza processuale dell'interesse stesso a un soggetto determinato, non vi sarebbe alcuno legittimato a chiederne la tutela in giudizio.

Non è certo la prima volta che alle nostre latitudini si debba affrontare il problema della risarcibilità di un interesse diffuso. Per superare l'*impasse*, si possono adottare due differenti strategie: o si attribuisce la legittimazione ad agire a un ente pubblico, considerato il soggetto che per le sue finalità istituzionali può meglio rappresentare in giudizio un interesse appartenente all'intera collettività ⁽⁵⁸⁾ ⁽⁵⁹⁾ o si individuano soggetti di diritto privato che, dotati di certe caratteristiche legislativamente individuate, possono agire in giudizio per la tutela di interessi diffusi ⁽⁶⁰⁾.

La «discriminazione diffusa» e più in generale la tutela degli interessi diffusi, rispondono a una logica differente rispetto all'impianto tradizionale italiano in materia di legittimazione ad agire. In ambiente europeo ciò che conta principalmente è l'effettività dell'armonizzazione tra le norme vigenti nei diversi Paesi membri, mentre è del tutto secondaria (anche se non meno importante) la tutela della sfera giuridica dei singoli. È questa la ragione per cui il rimedio — si potrebbe dir così — precede ogni indagine sulla titolarità dell'interesse protetto dalla norma ⁽⁶¹⁾. In tal guisa, la magistratura non riveste più una funzione suppletiva, ma esercita un potere pariordinato a quello della macchina amministrativa dello Stato e quindi costituisce un'alternativa istituzionalizzata all'azione della pubblica amministrazione.

⁽⁵⁷⁾ GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, I, 1990, 180.

⁽⁵⁸⁾ Si pensi alle norme in materia ambientale: lo Stato o una sua articolazione è il soggetto legittimato all'azione risarcitoria, potendo le associazioni ambientaliste al massimo intervenire nei giudizi per danno ambientale. Sulla legittimazione ad agire per il risarcimento del danno ambientale, v. LEONARDI, *L'esclusione della legittimazione ad agire degli enti locali nell'azione risarcitoria in tema di danno ambientale: la negazione del «federalismo ambientale»*, in *Foro amm. TAR*, 2013, 2925; SALVI, *La tutela civile dell'ambiente alla luce del testo unico ambientale*, in questa *Rivista*, 2007, 656.

Oppure si consideri il noto caso relativo alla risarcibilità del danno non patrimoniale a favore della Consob, costituitasi parte civile in un processo penale per aggravi, Trib. Milano, Sez. I pen., 21 dicembre 2006, in *Danno resp.*, 2007, 791, con nota di BELLINI. Da notare che il Tribunale è esplicito nell'affermare che «il risarcimento del danno in via generale svolge anche una *funzione deterrente* [corsivo mio] nella commissione degli illeciti e, in particolare, nella fattispecie di danno al mercato, si configura anche come strumento idoneo a promuovere la trasparenza». Così come a una natura di «sanzione civile» con finalità repressivo-deterrenti, sempre in un caso di risarcimento del danno a favore della Consob, ai sensi dell'art. 187-*undecies* del TUF, si riferisce Cass. pen., Sez. V, 3 marzo 2010, n. 8588, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 992, con nota di MAUCERI, che sottolinea criticamente le implicazioni sistematiche di una ricostruzione in termini di sanzione civile del risarcimento del danno non patrimoniale.

⁽⁵⁹⁾ La logica di un tale assetto normativo è facilmente comprensibile (sebbene non completamente condivisibile): un interesse diffuso va tutelato prima di tutto attraverso atti di alta amministrazione e quindi con interventi che potremmo definire «politici», non attraverso azioni giudiziarie. La magistratura riveste in questo scenario una funzione suppletiva: entra in azione quando il bene è compromesso in mancanza di azioni politico-amministrative, sicché l'ente (pubblico) esponenziale, individuato dalla legge, si determina ad azionare la macchina della giustizia. Cfr. NIGRO, *Le due facce dell'interesse diffuso: ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 1987, V, 9.

⁽⁶⁰⁾ Sicché i privati che agiscono per la tutela degli interessi diffusi assumono il ruolo di collaboratori dell'attuazione della volontà dell'ordinamento, cfr. CRESTI, *Contributo allo studio della tutela degli interessi diffusi*, Milano, 1992, 94.

⁽⁶¹⁾ Cfr. MAZZAMUTO-PLAIA, *op. cit.*

Le norme europee che giuridificano l'interesse diffuso — in assenza di un intervento del legislatore — sono norme che esigono un'attuazione o per mezzo dell'agire della pubblica amministrazione o per mezzo dell'agire della magistratura, in vista dell'armonizzazione tra i sistemi giuridici dei diversi Paesi membri. Non è pensabile che l'intervento della magistratura sia precluso dalla mancata individuazione da parte del legislatore nazionale di un soggetto legittimato ad adire un giudice, come un'Autorità amministrativa indipendente (*Equality Body*). In Italia un tale organismo non esiste ⁽⁶²⁾. Dunque, se non si fosse riconosciuto a un soggetto privato la legittimazione ad agire per fronteggiare casi di «discriminazione diffusa» (come nel caso *Accept*, che a tal riguardo costituisce un precedente interessante) la norma europea che la vieta sarebbe rimasta priva di ogni effettività nel nostro Paese ⁽⁶³⁾.

Il punto è come procedere all'individuazione di tale soggetto nel silenzio del legislatore, che usa l'espressione generica di soggetti dotati di «rappresentatività» dell'interesse, a mente dell'art. 5, comma 2, d.lgs. n. 216/2003. Proprio per meglio circostanziare il concetto di «rappresentatività» sul piano ermeneutico, si potrebbe valorizzare il testo dell'art. 100 c.p.c.: «per proporre una domanda o per contraddire alla stessa è necessario avervi interesse». Il verbo «avere» potrebbe essere inteso in un'accezione più lata rispetto a quella che tradizionalmente gli si riconosce. Non dovrebbe più essere riferito alla titolarità dell'interesse da parte dell'attore, bensì alla relazione di cura dell'interesse (diffuso) cui l'attore dedica tutta o parte della sua attività per disposizione di legge o (come nel nostro caso) per autonoma scelta, per esempio grazie alle previsioni dello statuto associativo.

In questa prospettiva, l'Associazione agente — nei casi da cui il nostro ragionamento ha preso l'abbrivio — non si può qualificare come ente esponenziale, perché qui non è in gioco la tutela di un interesse di una collettività determinata, ma la tutela di un interesse riferibile all'intera società. Vale come dire che non ci troviamo dinanzi a un ente portatore di un interesse collettivo, ma a un ente che si è attribuito statutariamente la cura di un interesse diffuso. Un interesse che strutturalmente rimane adespota, nel senso che nessuno in una logica proprietaria se ne può considerare titolare o rappresentante in giudizio in via esclusiva. Ma un interesse, che proprio per la sua diffusività, può essere tutelato (anche giudizialmente) da chiunque lo abbia in cura in maniera non episodica, salvo che — come nel caso dei consumatori — non sia lo stesso legislatore a stabilire dei criteri di selezione dei soggetti legittimati ad agire.

10. LA SANZIONE E IL RISARCIMENTO DEL DANNO

I giudici nei due gradi di giudizio di merito concordano nello stabilire che il pagamento di diecimila Euro sia una condanna adeguata. Si tratta — secondo la tassonomia fatta propria dai magistrati — di un risarcimento del danno. Non può esservi dubbio al riguardo, consi-

⁽⁶²⁾ Per quanto si è già detto in nt. 43, l'UNAR non è un'autorità amministrativa indipendente, ma un ufficio della Presidenza del Consiglio dei Ministri.

⁽⁶³⁾ Si è detto che il caso *Accept* nasca da una vera e propria *actio popularis*, cfr. BELAVUSAU, *A penalty card for homophobia from EU non-discrimination law: comment on Asociația Accept (C-81/12)*, in *Col. J. Eur. Law*, vol. 21.2, 2015, 370. L'espressione *actio popularis* è ormai invalsa nel linguaggio del diritto antidiscriminatorio europeo come dimostra POPOSKA (a cura di), *Use of actio popularis in Cases of Discrimination*, Helsinki Committee for Human Rights, Skopje, 2016; e l'uso che ne fa FAVILLI, *Country report, Non-discrimination Italy, European Commission*, Bruxelles, 2015, *passim*.

derando il richiamo all'art. 28, comma 5, d.lgs. n. 150/2011. Eppure, se si fa riferimento all'istituto della responsabilità civile nella sua funzione reintegratoria/compensativa, le decisioni vanno incontro a incongruenze che è difficile superare, a partire dalla necessità di una prova del danno che si risarcisce. Per quanto si può leggere nelle due decisioni, infatti, il danno sembra ascrivibile alla categoria del danno *in re ipsa*, giacché non vi è alcun riferimento né alle conseguenze negative della discriminazione né si motiva sul punto del suo esatto ammontare.

Occorre, quindi, ancora una volta, astrarsi rispetto al caso concreto e porsi alcune domande. Nella prospettiva della tutela di un interesse diffuso ha senso parlare del risarcimento del danno aquiliano, privo di una funzione punitiva, come di un rimedio coerente con le previsioni della direttiva che i giudici sono chiamati a rendere effettive? È immaginabile una rilettura della disposizione di cui all'art. 28, comma 5, d.lgs. n. 150/2011, che caratterizzi in senso punitivo il risarcimento del danno?

Nella sua funzione reintegratoria, il risarcimento del danno è perfettamente coerente con un sistema giuridico che concede l'azione aquiliana in caso di lesione di un diritto o un interesse di cui è titolare chi agisce in giudizio. La lesione dell'interesse giuridicamente rilevante — si opina — comporterà quasi certamente la perdita totale o comunque una diminuzione delle utilità a disposizione del titolare prima di subire l'illecito. Dunque, ha senso che tale perdita sia trasferita nella sfera giuridica del soggetto danneggiante. Questa lettura della responsabilità civile deve oggi essere rivista alla luce delle statuizioni delle Sezioni Unite sul risarcimento del danno con funzione punitiva: il risarcimento del danno (anche del danno arrecato al singolo) può avere una componente punitiva quando il legislatore espressamente lo preveda.

Nel caso che andiamo considerando, però, vi è un elemento aggiuntivo non trascurabile: non ci troviamo dinanzi a un danno inferto alla sfera giuridica di uno o più soggetti determinati, bensì dinanzi alla lesione di un interesse diffuso. Nell'ottica reintegratoria/compensativa della responsabilità civile, potremmo percorrere due strade per individuare il danno da risarcire. O dovremmo prendere in considerazione la perdita di utilità che tutta la collettività ha subito a seguito dell'illecito perpetrato: in tal caso il danno sarebbe difficilmente valutabile in concreto e il giudice potrebbe far appello al suo potere di quantificazione in via equitativa del risarcimento⁽⁶⁴⁾. Ma questo farebbe sorgere il dubbio sull'individuazione del soggetto a cui corrispondere il risarcimento in assenza di un ente esponenziale⁽⁶⁵⁾. Oppure, dovremmo considerare la discriminazione diffusa un illecito con un danno solo eventuale: solo nel momento in cui la regola di selezione del personale fosse messa in atto il danno diventerebbe attuale e quindi risarcibile. Ma in questo caso — seguendo i precedenti della Corte di Giustizia — la violazione della direttiva sarebbe patente, perché vi sarebbe il compimento di un atto discriminatorio a cui non seguirebbe alcuna sanzione nell'immediato.

È evidente quindi che occorra uscire dalla logica reintegratoria/compensativa della responsabilità civile, per non correre il rischio di privare di effettività le disposizioni euro-

⁽⁶⁴⁾ Sui criteri per la determinazione della sanzione civile v. GALLO, *op. cit.*, 195 ss.

⁽⁶⁵⁾ In assenza di una previsione normativa, che individui un ente esponenziale, nemmeno la qualificazione del danno come « danno collettivo » consente di uscire dalle aporie cui va incontro la lettura di questa fattispecie nell'ottica del risarcimento del danno non patrimoniale. Sulle questioni connesse alla risarcibilità del « danno collettivo » v. ZIVIZ, *Il danno non patrimoniale. Evoluzione del sistema risarcitorio*, Milano, 2011, 494 ss.

pee. Nei casi di discriminazione, il risarcimento del danno è lo strumento che il nostro legislatore ha prescelto per attualizzare nel nostro ordinamento le «sanzioni» previste dalla direttiva. Risarcire il danno in caso di discriminazioni significa, in altri termini, garantire l'effettività della norma europea a tutela della parità di trattamento. Anche se si trattasse di una discriminazione in senso proprio (individuale o collettiva), quindi, ferma la necessità di reintegrare le utilità perdute dalle vittime, non si dovrebbe escludere la necessità — nella logica della direttiva — di un risarcimento in funzione punitiva. Nel caso di discriminazione diffusa, è il funzionamento del mercato del lavoro improntato alle pari opportunità a dover essere garantito. E questo in base a un'interpretazione (potremmo dire così) «additiva» della Corte di Giustizia. Il giudice nazionale, che deve conformarsi alle decisioni della Corte di Giustizia, non può evitare di far seguire alla constatazione di una discriminazione diffusa l'irrogazione di una sanzione. Adottando la logica del risarcimento del danno in funzione reintegratoria/compensativa, in un caso simile si dovrebbe constatare che non vi è alcuna sfera giuridica determinata direttamente incisa dall'illecito da reintegrare o compensare. Dunque, l'unica strada percorribile, per evitare di lasciare la constatata discriminazione priva di sanzione, rimane il risarcimento del danno (lo strumento prescelto dal legislatore italiano) con funzione punitiva.

Alla luce delle recenti statuizioni delle Sezioni Unite, l'unico ostacolo che si potrebbe frapporre a questa ricostruzione, è l'assenza di un'espressa previsione normativa; a meno che non si consideri la stessa direttiva europea la disposizione in forza della quale, in caso di discriminazioni, è possibile considerare legittimo un risarcimento del danno in funzione punitiva. Si tratta, in altri termini, di generalizzare la regola ricordata nella recente decisione delle Sezioni Unite con riferimento al comma 6 dello stesso articolo, alla luce della direttiva e sulla scorta della giurisprudenza della Corte di Giustizia, sì da far assumere sempre al risarcimento del danno in caso di discriminazione (anche) una funzione deterrente e punitiva.

Corollario di tale opzione ermeneutica è il parziale abbandono della regola nazionale in forza della quale il risarcimento sia strettamente connesso alla prova di un danno, inteso come conseguenza peggiorativa sulla sfera giuridica della vittima. Tale regola continuerà a sussistere limitatamente al caso in cui un danno in senso proprio si sia prodotto a seguito della lesione di una o più sfere giuridiche determinate. In tal caso, infatti, il risarcimento sarà composito: da un lato una somma servirà a reintegrare le utilità perse dalla vittima, una volta provato il *quantum debeatur*, e dall'altro lato una somma aggiuntiva servirà a dissuadere per il futuro l'autore dell'illecito dal reiterare la condotta discriminatoria.

Nel caso della «discriminazione diffusa», invece, la somma di denaro avrà come unico scopo la «punizione» dell'autore della condotta discriminatoria, e dovrà essere corrisposta non sulla base della prova del *quantum* fornita dal soggetto agente, bensì sulla base dei parametri indicati dalla Corte di Giustizia, ossia la gravità del comportamento tenuto dal convenuto e l'idoneità della somma a scoraggiarlo per il futuro dal tenere comportamenti analoghi, il che significa prima di tutto che deve trattarsi di una somma il cui ammontare sia proporzionale alle capacità economiche del convenuto stesso. Circostanza quest'ultima che non sembra sia stata presa in considerazione dai giudici o quantomeno sulla quale né in primo né in secondo grado si è ritenuto di dover motivare.

10.1. Due questioni connesse al risarcimento dei danni punitivi

In un sistema come quello italiano in cui non esiste un'Autorità amministrativa indipendente che si occupi di discriminazioni, può destare qualche perplessità il fatto che il pagamento di un risarcimento in funzione punitiva avvenga a favore di un'associazione privata, come quella ricorrente. Potrebbe altresì domandarsi quale regola si dovrebbe seguire nel caso in cui più associazioni chiedessero al giudice l'irrogazione di una condanna al risarcimento con finalità punitive.

Le due questioni sono il portato di una regola che connota la responsabilità civile, in base alla quale un risarcimento del danno non può determinare uno spostamento di ricchezza a favore dell'attore che non corrisponda alla perdita subita, finendo altrimenti per arricchirlo. Pertanto, il destinatario del pagamento potrà essere solo chi ha sofferto una perdita o un suo avente causa. Vale come dire che è sulla vittima dell'illecito che si appunta l'attenzione dell'ordinamento quando il risarcimento svolge una funzione reintegratoria/compensativa.

Nel caso del risarcimento del danno in funzione punitiva, invece, ciò che rileva è essenzialmente la posizione dell'autore dell'illecito. Finalità della condanna risarcitoria, infatti, è che l'autore dell'illecito risenta una perdita patrimoniale significativa, cioè capace di dissuaderlo dal ripetere la stessa azione in futuro. In tal caso, non importa chi sarà il destinatario della somma di denaro, né rileva che quella somma sia distribuita tra uno o più ricorrenti. Quello che importa è che l'esborso della somma affligga significativamente il condannato.

Del resto, la Corte di Giustizia ha affermato che la somma debba essere corrisposta al soggetto che agisce in giudizio, senza precisare se debba essere un soggetto pubblico o privato. Ciò allora non esclude che anche un'associazione dedita statutariamente alla cura dell'interesse diffuso implicato dalla discriminazione possa essere ricevere il pagamento del risarcimento del danno punitivo.

Quanto invece alla possibilità che si sia in presenza di un numero superiore a uno di ricorrenti, occorre precisare due aspetti. La pluralità dei ricorrenti non si rifletterà sulla determinazione della somma a titolo di danno punitivo se non nella misura in cui il numero dei ricorrenti non sia indice della gravità e diffusività della condotta discriminatoria. Inoltre, una volta determinato l'ammontare del risarcimento, non vi sarà alcun problema a ripartire la somma tra i ricorrenti, giacché si applicherà la regola prevista per le obbligazioni solidali, in forza della quale le parti di ciascuno (dei creditori in solido in questo caso) si presumono uguali (art. 1298, comma 2, c.c.).

11. CONCLUSIONI

Possiamo trarre a questo punto le fila delle nostre riflessioni.

Si è cercato di dimostrare che le sentenze *Feryn* e *Asociaqia Accept* hanno introdotto una nuova fattispecie di violazione del principio di pari opportunità, che pur essendo impreciso definire discriminazione si può certamente qualificare come « diffusa », dal momento che colpisce l'interesse al corretto funzionamento del mercato del lavoro, che non è suscettibile di essere riferito a una o più sfere giuridiche determinate. Il giudice nazionale, pertanto, deve prendere atto della sussistenza di una nozione lata di discriminazione nel sistema giuridico europeo, che si allarga fino a comprendere la « discriminazione diffusa ».

Ciò si ripercuote immediatamente sulla predicabilità della legittimazione ad agire di enti che si dedicano statutariamente alla lotta contro le discriminazioni, in assenza di un'Autorità amministrativa indipendente (*Equality Body*). Si tratta di una scelta obbligata, frutto di una interpretazione estensiva delle norme di recepimento italiane che letteralmente fanno riferimento a interessi collettivi e non a interessi diffusi. Se così non fosse non ci sarebbe modo di rendere effettiva la direttiva europea in materia, mancando un soggetto legittimato a ricorrere al giudice per l'irrogazione delle sanzioni nei casi in cui «non siano individuabili in modo diretto e immediato le persone lese dalla discriminazione».

La peculiarità della fattispecie della «discriminazione diffusa» emergente dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, si riflette altresì sulle conseguenze sanzionatorie. Le direttive antidiscriminatorie mettono essenzialmente a disposizione del giudice tre diversi strumenti di tutela: 1. il rimedio, ossia l'ordine di un *facere* che possa inibire la produzione del danno o che possa rimuovere le conseguenze negative dell'illecito; 2. il risarcimento che reintegri giuridicamente la sfera giuridica del danneggiato; 3. la condanna al pagamento di una somma di denaro con funzione deterrente. In queste pagine abbiamo riflettuto esclusivamente sugli ultimi due e abbiamo constatato che la corresponsione di una somma di denaro in caso di discriminazione nella prospettiva europea ha sempre due finalità: una di carattere reintegratorio, quando vi sia un danno in senso proprio in una sfera giuridica determinata, e una di carattere punitivo ⁽⁶⁶⁾.

Tale lettura combinata della direttiva europea e dei precedenti della Corte di Giustizia ci porta in definitiva a prendere atto di un duplice vuoto normativo nelle norme di recepimento italiane: uno, per così dire, reale e uno apparente. E allo stesso tempo ci obbliga a uno sforzo ermeneutico per il loro superamento.

Il vuoto normativo reale consiste nella mancata menzione della «discriminazione diffusa» tra le ipotesi in cui si riconosce la sussistenza di un risarcimento del danno in funzione punitiva di cui al comma 6 dell'art. 28, d.lgs. n. 150/2011. È evidente che questa non possa essere considerata una scelta deliberata del legislatore, dal momento che la fattispecie della «discriminazione diffusa» non era prevista originariamente dalle direttive antidiscriminatorie, trattandosi di una creazione pretoria.

Il vuoto normativo apparente, invece, si riferisce alla necessaria caratura punitiva del risarcimento del danno da discriminazione. A tal riguardo, una norma c'è e può pertanto dirsi rispettato il principio di legalità, a cui le recenti Sezioni Unite hanno vincolato la risarcibilità del danno in funzione punitiva. La norma è contenuta nella stessa Direttiva 2000/78/CE, ma non è chiaramente riconoscibile nella sua traduzione italiana per le ragioni che abbiamo innanzi esposto. Se la direttiva fosse stata correttamente tradotta il legislatore non avrebbe avuto alcuna discrezionalità nell'escludere una funzione punitiva al risarcimento del danno in presenza di una discriminazione o nel limitarla solo alle ipotesi previste

⁽⁶⁶⁾ Occorre precisare che in questo caso sarebbe più corretto parlare di «pena privata» e non di danno punitivo, cfr. ZIVIZ, *op. ult. cit.*, 501. Occorre precisare che in questo caso sarebbe più corretto parlare di «pena privata» e non di danno punitivo, cfr., ZIVIZ, *op. ult. cit.*, 501. Il che è coerente con quanto statuito nel caso Corte giust. Ue, 17 dicembre 2015, C-407/14, *Camacho contro Securitas Seguridad España, SA*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, II, 444, con nota di CALAFÀ. Qui la Corte esclude che l'art. 18, Direttiva 2006/54, imponga il risarcimento di danni punitivi, poiché la finalità del risarcimento è reintegrare integralmente la sfera giuridica della vittima, senza però considerare il caso in cui non vi sia alcuna perdita da reintegrare nella sfera giuridica della vittima: il risarcimento in tal caso avrà unicamente una funzione dissuasiva e quindi sarà una vera e propria pena privata.

dal comma 6 dell'art. 28, d.lgs. n. 150/2011. La constatazione di tale difetto di traduzione illumina di diversa luce l'intero sistema sanzionatorio italiano in questo ambito: la funzione punitiva del risarcimento del danno da discriminazione sussiste sempre, a prescindere dalla ricorrenza di una «discriminazione diffusa» e a prescindere da una norma nazionale che espressamente attribuisca al risarcimento del danno da discriminazione una componente punitiva.

Se si condividono tutte le premesse del ragionamento svolto fin qui, non sembra necessario un nuovo rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia affinché chiarisca ulteriormente quali siano i presupposti e le sanzioni nel caso di «discriminazione diffusa». Ciò, a maggior ragione, se si guarda alla portata tutta nazionale della questione giuridica qui discussa. Pertanto, è auspicabile che la Corte di cassazione, dinanzi alla quale il caso è ancora pendente, assolvendo alla sua funzione nomofilattica, la affronti, cogliendo altresì l'occasione per meglio circostanziare il contenuto della sentenza delle Sezioni Unite n. 16601/2017 in materia di diritto antidiscriminatorio. Del resto, non si tratterebbe di discostarsi dal principio di diritto espresso in questa decisione, ma di adattarlo per una più puntuale interpretazione dell'art. 28, d.lgs. n. 150/2011, alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia e del testo della direttiva condiviso dalla larga maggioranza dei Paesi membri dell'UE.

