

Raffaello Santagata de Castro, Rosario Santucci
Diritto antidiscriminatorio e accesso alla giustizia:
Unione europea, Germania e Italia a confronto*

Sommario: **1.** La rilevanza delle tecniche processuali per l'effettività delle garanzie antidiscriminatorie. **2.** La legittimazione ad agire dei soggetti collettivi: il quadro comunitario. **3.** (segue). La legittimazione ad agire in assenza di un denunciante identificabile: un persistente squilibrio tra diritti e tutele giudiziali. **4.** La legittimazione attiva dei soggetti collettivi nell'esperienza tedesca: le *Antidiskriminierungsverbände*. **5.** (segue). La legittimazione ad agire degli organismi collettivi: il § 17 dell'*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*. **6.** L'esperienza italiana nei procedimenti in materia di discriminazioni. **7.** (segue). L'azione individuale ordinaria e urgente: identità e diversità tra i procedimenti di contrasto alle discriminazioni. **8.** (segue). La legittimazione attiva dei soggetti istituzionali e collettivi. **9.** Criticità e prospettive.

1. La rilevanza delle tecniche processuali per l'effettività delle garanzie antidiscriminatorie

Il tema delle tecniche processuali per le vittime di discriminazioni è tornato alla ribalta del dibattito anche europeo. La rinnovata, crescente attenzione si giustifica perché, come attestano anche le analisi empiriche condotte periodicamente dalle istituzioni europee, nel mercato del lavoro persistono disuguaglianze basate su razza, sesso, orientamento sessuale e disabilità, nonostante l'evoluzione della normativa dell'UE, la quale, come ben noto, ha apprestato un quadro sofisticato di speciali strumenti di tutela giurisdizionale¹.

* Il saggio prende spunto da una relazione tenuta al convegno internazionale "Access to Social Justice in International and Corporate Law" svoltosi a Bordeaux il 6-7 giugno 2013. Pur nella condivisione del lavoro, i §§ 2-5 sono ascrivibili a Raffaello Santagata de Castro, quelli 6-8 a Rosario Santucci. I §§ 1 e 9 sono frutto del lavoro di entrambi gli autori.

¹ Cfr. SCHIEK, *Enforcing (EU) Non-discrimination Law: Mutual Learning between British and Italian Labour Law*, in *IJCLLR*, 2012, p. 490. V. inoltre i dati riportati nel recente saggio di LA-

Le aspettative suscitate dall'introduzione di tecniche di tutela più innovative sono state comunque per lo più disattese, come dimostra la scarsa incidenza del contenzioso giurisprudenziale in materia che, in molti Paesi, continua ad essere per lo più virtuale²: al punto che non manca chi ritiene che la normativa europea debba considerarsi poco più che una “*tigre di carta*” ovvero una mera legislazione-manifesto³.

Se un simile giudizio appare eccessivamente critico, è indubbio che l'impianto prefigurato dalla normativa antidiscriminatoria comunitaria abbia evidenziato elementi di criticità, in quanto il legislatore europeo – specie in passato – ha privilegiato un modello di *enforcement* di stampo individualistico in cui l'azionabilità della tutela giudiziale è essenzialmente subordinata all'iniziativa individuale⁴. L'adozione di tale modello ha inciso negativamente sul piano dell'effettività della tutela: perché chi è vittima di una discriminazione, in genere, a causa della condizione di particolare debolezza e vulne-

HUERTA, *Untangling the application of the EU Equality Directives at national level: a bottom-up approach*, in *Cells Online Paper Series*, Volume 2, 2013, p. 2.

² V. BELL, *Extending EU-Anti-discrimination Law. Report of an ENAR ad hoc Expert Group on Anti-discrimination Law*, Brussels, 28 march 2008, p. 16. Cfr. già in passato lo studio in materia di discriminazioni di genere di BLOM, FITZPATRICK, GREGORY, KNEGT, O'HARE, *The Utilisation of Sex Equality Litigation in the Member States of the European Community*, V/782/96-EN (Report to the Equal Opportunities Unit of DG V, 1995), i quali, nel considerare gli aspetti processuali negli allora dodici Stati membri, concludevano che le procedure più informali di risoluzione alternativa delle controversie apparivano strumenti più adeguati a garantire l'accesso alla giustizia. Il rapporto suggeriva inoltre di estendere la cerchia dei soggetti investiti della legittimazione ad agire ed istituire agenzie specializzate per promuovere l'uguaglianza.

³ HABERL, *Zivilrechtlicher Schutz vor Diskriminierung im Spiegel der Europäischen Entwicklung: Deutschland und Italien im Vergleich*, Dissertation, 2009, p. 240. Sulla scarsa effettività del diritto antidiscriminatorio v. LASSANDARI, *Le discriminazioni nel lavoro. Nozioni, interessi, tutele*, Cedam, 2010, spec. p. 269 ss.

⁴ V. il rapporto di FREDMAN, *Making Equality Effective: Proactive Measures and Substantive Equality for women and men in the EU*, European Network Of Legal Experts in the field of gender equality, European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, December 2009, p. 49, la quale, concentrando l'attenzione sulle misure “proattive” che possono essere adottate dagli Stati membri per promuovere la parità per le donne e ovviare alle carenze del modello di *enforcement* individuale, afferma che “*a key element of proactive measures is the shift in responsibility away from the individual claimant to a body which is in a position to take action to address structural inequalities and to ensure that new policies promote equality rather than exacerbate inequalities. The question of who has such responsibility is therefore of central importance. Several different possible responsible bodies were identified: public bodies, trade unions, and private bodies (including private employers), private service providers, and private bodies with public functions*”. Cfr. anche LAHUERTA, *op. cit.*, p. 7.

rabilità (derivante anche dall'appartenenza ad un gruppo svantaggiato) in cui versa, potrebbe essere poco disposto a citare in giudizio il proprio datore di lavoro e a sopportare i sacrifici e i costi connessi, anche sotto il profilo emotivo, al processo⁵.

Per rafforzare l'effettività della disciplina e perseguire, più in generale, un fine di giustizia sociale, la normativa prodotta nell'ultimo decennio dall'UE ha cercato di muoversi in un'ottica in parte diversa da quella tradizionale, delineando nuove e più sofisticate tecniche di tutela processuale che si collocano in una dimensione collettiva e/o pubblica e si affiancano al modello di tutela giudiziale azionabile individualmente (v. le direttive "di seconda generazione" del Consiglio, quali 2000/43/CE del 29 giugno 2000 (razza e origine etnica), 2000/78/CE del 27 novembre 2000 (religione, convinzioni personali, handicap, età e tendenze sessuali), seguite dalle direttive n. 2002/73/CE del 23 settembre 2002 (parità di trattamento tra uomini e donne) e 2004/113/CE del 13 dicembre 2004 (parità di trattamento tra uomini e donne con riguardo all'accesso a beni e servizi e alla loro fornitura) e dal nuovo testo di rifusione 2006/54/CE del 5 luglio 2006 in materia di discriminazione di genere).

La previsione di un canale ulteriore per favorire l'accesso alla giustizia per chi ha subito discriminazioni – quello collettivo – rispecchia la nuova concezione da cui trae ispirazione il diritto antidiscriminatorio che, dunque, mira non più soltanto a predisporre un rimedio azionabile contro la lesione inferta al singolo individuo discriminato, bensì anche a perseguire una finalità redistributiva che attiene al modello della giustizia di gruppo.

Il nuovo approccio ha condotto dunque il legislatore europeo a rafforzare

⁵ Per questo motivo il *Committee on the Elimination of Racial Discrimination* già da tempo faceva notare ad uno Stato membro che "the mere absence of complaints and legal action by victims of racial discrimination may be mainly an indication of the absence of relevant specific legislation, or of a lack of awareness of the availability of legal remedies, or of insufficient will on the part of the authorities to prosecute". Ciò conferma che le tecniche di tutela erano ancora carenti in termini di efficacia e le norme processuali previste da quello Stato erano probabilmente ancora inadeguate (v. "Concluding Observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination: Estonia", Sixty-ninth Session, 31 July to 18 August 2006, CERD/C/EST/CO/7, section 19). Sulle ragioni del contenzioso ridotto v. FREDMAN, *Making Equality Effective*, cit., pp. 11-14, nonché BODROGI, *Legal standing. The practical experience of an Hungarian Association*, in *European Antidiscrimination Law Review*, 2007, Issue n. 5, p. 24, secondo cui "In cases of ethnic discrimination victims are usually from the periphery of society and lack the appropriate knowledge and information and have insufficient means to vindicate his rights".

la via del ricorso giurisdizionale non solo introducendo importanti previsioni relative all'alleggerimento dell'onere della prova, ma anche, e soprattutto, ponendo un forte accento sul ruolo di organismi collettivi, quali enti pubblici e/o associazioni portatrici di interessi diffusi, che vengono chiamati a coadiuvare o addirittura a sostituire in sede di giudizio il soggetto discriminato. In particolare, la normativa comunitaria, dopo aver garantito alle vittime delle discriminazioni il diritto ad "accedere (...) a procedure giurisdizionali e/o amministrative" (comprese le procedure di conciliazione), impone agli Stati membri di riconoscere ad associazioni, organizzazioni o altre persone giuridiche, che abbiano un legittimo interesse a far rispettare la direttiva, "il diritto ad avviare" (nella versione inglese "engage"), in via giurisdizionale o amministrativa, per conto o a sostegno della persona lesa, e con il suo consenso, una procedura finalizzata a perseguire fatti e condotte discriminatorie.

Tale previsione, nell'attribuire ai soggetti collettivi la possibilità di intraprendere un'azione a sostegno del singolo lavoratore, segna un primo passo importante nell'ottica di promuovere l'effettività del diritto antidiscriminatorio, sebbene, come è emerso chiaramente anche a seguito dei recenti interventi della giurisprudenza comunitaria (v. *infra*), sollevi aspetti problematici di particolare delicatezza, anche alla luce delle scelte che i legislatori nazionali hanno compiuto al riguardo.

In una prospettiva non dissimile, il legislatore europeo impone agli Stati membri di istituire uno o più organismi pubblici specializzati con il mandato di promuovere la parità, sia pure limitatamente al campo delle discriminazioni di razza e origine etnica (art. 13, dir. 2000/43) e delle discriminazioni sessuali (art. 12, dir. 2004/113 e art. 20, dir. 2006/54)⁶.

⁶ Peraltro, l'Ue, come emerge dai "considerando" delle direttive antidiscriminatorie, incoraggia i soggetti collettivi, come le associazioni dei dipendenti e dei datori di lavoro, oltre che le organizzazioni non governative (cc.dd. NGO), anche a concludere, al livello appropriato, accordi che fissino regole antidiscriminatorie, nonché a promuovere il dialogo tra le parti sociali e con le organizzazioni non governative per combattere le diverse forme di discriminazione (v. art. 11, dir. 2000/43). Con riguardo a tale aspetto cfr. TREU, FALASCA, *Il dialogo sociale: un'omissione voluta?*, in FABENI, TONIOLLO (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*, Ediesse, 2005, p. 435 (spec. p. 442) sostengono che nel sistema italiano "sarebbe opportuno introdurre una norma che vincoli il Ministero del lavoro ad attivare da subito momenti di confronto sia con le parti sociali, sia con le organizzazioni non governative, al fine di individuare le misure più opportune per la promozione sui luoghi di lavoro dei principi di parità e non discriminazione promossi dalla legge".

La Commissione aveva proposto una estensione dell'approccio istituzionale anche agli

A tali organismi vengono attribuiti sia compiti inerenti ad una attività di assistenza legale alle vittime di discriminazioni – che si può realizzare, in caso di instaurazione di un contenzioso legale, nel “*dare seguito alle denunce da esse inoltrate in materia di discriminazione*” – sia un potere non meglio definito di svolgere “*inchieste indipendenti in materia di discriminazione*”, pubblicare “*relazioni*” e formulare “*raccomandazioni su questioni connesse con tali discriminazioni*”. Il legislatore comunitario, pur richiedendo che l’organismo di parità sia in grado di svolgere le funzioni ad esso attribuite in modo “*indipendente*”, lascia ai legislatori nazionali un ampio spazio di manovra in ordine alla definizione della sua struttura e alla determinazione delle modalità per l’esercizio delle sue funzioni, prendendo atto della varietà della normativa già esistente nei singoli Stati membri⁷.

Un certo margine di discrezionalità viene riconosciuto dall’Ue agli ordinamenti nazionali (e dunque al giudice interno) anche su un altro profilo essenziale e strettamente connesso all’accesso alla giustizia, quello dei rimedi e delle sanzioni; ma in tal caso la discrezionalità deve ritenersi vincolata non soltanto nell’*an* ma anche nel *quomodo*. Gli Stati membri, infatti, oltre a dover riconoscere a tutti coloro che si ritengono vittime di discriminazioni illegittime la possibilità di far valere i propri diritti per via giudiziaria, sono tenuti a predisporre un sistema sanzionatorio adeguato – che può includere anche misure di riparazione per equivalente monetario – in grado di garan-

altri fattori di discriminazione, quali la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l’età o l’orientamento sessuale (cfr. Commission Proposal for a Council Directive on implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of religion or belief, disability, age or sexual orientation, COM/2008/0426 final, 2 July 2008, Article 12, 1); nonostante la risoluzione positiva del Parlamento europeo del 14 gennaio 2009 sulla situazione dei diritti fondamentali nell’Unione europea e sulla proposta di direttiva (della quale però sottolineava le lacune, specie per il vasto numero di eccezioni che, paradossalmente, avrebbero potuto codificare prassi discriminatorie esistenti anziché contrastarle), il Consiglio ha infine deciso di non adottarla per l’opposizione di un buon numero di Paesi membri.

⁷ LASKOWSKI, *Kommentierung der § 25 AGG (Antidiskriminierungsstelle des Bundes)*, in SCHIEK (Hrsg.), *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz AGG – Ein Kommentar aus europäischer Perspektive*, München 2007, pp. 408-409. In Italia, si è provveduto, per le discriminazioni di genere, con l’istituzione del Comitato nazionale per l’attuazione dei principi di parità tra lavoratrici e lavoratori e dei Consigli di parità (artt. 8-20 d.lgs. 198/06); per le discriminazioni fondate su motivi attinenti alla razza o all’origine etnica, il d.lgs. 216/03 (art. 7) ha istituito presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri un Ufficio per la promozione della parità di trattamento e la rimozione delle discriminazioni (UNAR), diretto da un responsabile di nomina governativa. Sul punto, per qualche cenno sull’attività dei consiglieri di parità, v. *infra* § 8.

tire “sanzioni” effettive, proporzionate e dissuasive (con riferimento alle sole discriminazioni per sesso v. l’art. 18 della dir. 2006/54/CE)⁸.

Lasciando da parte i profili poc’anzi richiamati, occorre ora circoscrivere l’analisi ad alcuni aspetti che assumono una rilevanza strategica per l’effettività delle garanzie sostanziali: quelli relativi ai rimedi processuali previsti a favore dei soggetti pubblici e/o collettivi per la tutela degli interessi collettivi ed alla legittimazione ad agire in giudizio a sostegno di una vittima di discriminazione. Con riferimento a tali profili, il saggio, dopo una rapida ricognizione sia del diritto antidiscriminatorio europeo, sia dell’elaborazione interpretativa della Corte di Giustizia, metterà a confronto il sistema tedesco con quello italiano per verificare la qualità ed il tipo di interventi che i singoli legislatori nazionali hanno previsto al fine di trasporre la normativa europea nel proprio diritto interno e favorire l’accesso alla giustizia per le vittime di discriminazioni. Infine, lo studio si interrogherà sulla possibilità di una trasposizione o di un potenziamento delle più moderne tecniche di *enforcement* tipiche del diritto antidiscriminatorio statunitense, come le *class action* o le azioni collettive, nei due sistemi presi in esame.

2. La legittimazione ad agire dei soggetti collettivi: il quadro comunitario

Il diritto europeo, come già anticipato, nell’ottica di garantire maggiore effettività alla tutela della parità di trattamento, oltre ad occuparsi del pecu-

⁸ Su questo argomento v., tra gli altri TOBLER, *Remedies and Sanctions in EC non-discrimination law*, European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, June 2005, p. 33; GAROFALO M.G., RECCHIA, *Le sanzioni e la loro efficacia*, in FABENI, TONIOLO (a cura di), *op. cit.*, 317-317; BELL, *op. cit.*, p. 16. La Corte, pur riconoscendo che l’ordinamento comunitario non impone ai legislatori nazionali una sanzione determinata, ha sempre manifestato l’esigenza che le sanzioni non si traducano nel riconoscimento di “un indennizzo puramente simbolico” (C. Giust. 10 aprile 1984, *von Colson*, in *Racc.*, 1984, p. 1908. V. in particolare ROCCELLA, *La Corte di giustizia ed il diritto del lavoro*, Giappichelli, 1997, p. 200). In *Feryn* (sent. C-54/07 del 10 luglio 2008), la Corte di Giustizia, dopo aver ribadito i tre criteri richiamati nel testo, peraltro ormai consolidati nella giurisprudenza comunitaria, elenca un’ampia gamma di ipotesi, nelle quali potrebbe ravvisarsi una sanzione adeguata. In particolare, riprendendo in parte l’esemplificazione contenuta in *von Colson* (v. § 16), si fa riferimento al caso in cui la sanzione sia strutturata in modo da garantire l’emissione di un provvedimento inibitorio del giudice o di un’autorità amministrativa che sia eventualmente corredato dalla pubblicazione di tale comando, ma anche a quello di una sanzione pecuniaria oppure della “concessione di un risarcimento dei danni in favore dell’organismo che ha avviato la procedura giurisdizionale”.

liare regime di agevolazione probatoria e a garantire alle vittime delle discriminazioni il diritto di “accedere (...) a procedure giurisdizionali e/o amministrative (comprese le procedure di conclusione)”, impone ai legislatori nazionali di ricorrere ad una tecnica di *enforcement*, non meno importante, che si sostanzia nel riconoscere ai soggetti collettivi una legittimazione ad avviare una procedura contenziosa a tutela del singolo lavoratore.

In particolare, la normativa comunitaria prevede che gli Stati membri devono assicurare che “*le associazioni, organizzazioni o altre persone giuridiche, che, conformemente ai criteri stabiliti dalle rispettive legislazioni nazionali, abbiano un interesse legittimo*” possano “*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 disciplina medesima (cfr. dir. UE 2000/43/CE, 2002/73/CE, 2004/113/CE, 2006/54/CE).

Le previsioni introdotte al riguardo, pur rappresentando un'importante novità sul piano del rafforzamento dei regimi di *enforcement* – la cui attivazione non è più rimessa solo all'iniziativa del singolo soggetto discriminato –, hanno suscitato non poche perplessità. È stato anzitutto rilevato da più parti che esse si limitano ad imporre agli Stati membri di garantire a favore degli enti esponenziali (delle collettività che il diritto antidiscriminatorio si propone di tutelare) la legittimazione ad “*avviare*” procedure giurisdizionali senza prevedere invece una vera e propria legittimazione diretta ad agire⁹.

Peraltro, si può anche notare che la disciplina antidiscriminatoria, se, da un lato, consente ai soggetti collettivi di partecipare al giudizio “*per conto o a sostegno della persona lesa*”, lasciando dunque intendere che essi possano esercitare in qualche modo un'iniziativa giudiziale a tutela di un interesse collettivo, dall'altro, li pone nelle condizioni di non poter svolgere tale ruolo nel migliore dei modi in quanto condiziona espressamente l'esperibilità dell'azione collettiva al consenso della vittima (v. espressamente art. 17, § 2, dir. 2006/54)¹⁰. La legittimazione ad agire del soggetto collettivo, che peraltro non è espressamente contemplata nelle ipotesi in cui a fronte della lesione dell'interesse collettivo non sia possibile individuare direttamente un soggetto leso, è “funzionalizzata”,

⁹ RIESENHUBER, *Europäisches Arbeitsrecht: eine systematische Darstellung*, Müller 2009, p. 191.

¹⁰ SCHOLTEN, *Diskriminierungsschutz im Privatrecht?*, Karl Heymanns Verlag, 2004, p. 194 ss. (spec. p. 226), sostiene che la normativa dell'Ue non consente di prevedere un diritto ad agire in giudizio così come concepito dal diritto tedesco poiché nel diritto tedesco la legittimazione ad agire (*Verbandsklagerecht*) non può essere fatta dipendere dal consenso individuale della vittima in quanto l'associazione fa valere diritti che rientrano nella propria sfera.

e di fatto subordinata, alla tutela dell'interesse individuale della persona lesa¹¹. Ciò induce a non sopravvalutare l'incisività dell'azione collettiva in quanto, come si è giustamente rilevato, il lavoratore potrebbe essere indotto a non prestare il proprio consenso per le stesse ragioni che lo inducono a non agire direttamente a tutela dei propri diritti violati dalla discriminazione¹².

Va anche considerato che il diritto dell'Ue ha demandato agli Stati membri un'ampia competenza a fissare i criteri per circoscrivere la cerchia dei soggetti collettivi legittimati ad avviare le procedure giurisdizionali. La scelta può riguardare (ma non necessariamente)¹³ associazioni impegnate nella lotta alle discriminazioni oppure sindacati, o ancora altri organismi di interesse pubblico dotati di competenze specifiche. La sola condizione è che sussista “*un interesse legittimo a garantire il rispetto delle disposizioni della direttiva*”. Peraltro, non è da escludere che le normative di recepimento prevedano che le associazioni debbano soddisfare altri requisiti inerenti alla struttura e all'organizzazione delle stesse, oppure impongano che, all'atto della costituzione, i loro statuti siano controllati da un organismo pubblico o ancora siano fondati su base democratica.

Ad ogni modo l'approccio “minimalista” con il quale l'Ue lascerebbe in questo campo un notevole margine di autonomia alla regolazione degli Stati membri è stato fortemente criticato, soprattutto perché, al fine di rendere veramente effettiva la tutela prevista dal diritto antidiscriminatorio, sarebbe essenziale che il diritto europeo attribuisca, agli organismi nazionali per la parità e alle organizzazioni con un interesse legittimo a far rispettare la direttiva, la facoltà di promuovere autonomamente l'azione giudiziaria¹⁴.

¹¹ HABERL, *op. cit.*, p. 243, che è orientato in tal senso anche in considerazione della formulazione utilizzata nella traduzione del testo in italiano e inglese. V. anche RIESENHUBER, FRANCK, *Verbot der Geschlechterdiskriminierung im Europäischen Vertragsrecht*, in *Juristenzeitung*, 2004, pp. 529 e 533.

¹² V. CHIECO, *Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione*, in *RIDL*, I, 2002, p. 75; GOTTARDI, *Lo stato di avanzamento dei lavori a livello di istituzioni europee sulla parità di genere*, in CALAFÀ e GOTTARDI (a cura di), *Il diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa*, Ediesse, 2009, p. 21 ss.; ROCCELLA, TREU, *Diritto del lavoro dell'unione europea*, Cedam, 2012, p. 287 ss.

¹³ Come fa notare KOCHER, *Instrumente einer Europäisierung des Prozessrechts. Zu den Anforderungen an den kollektiven Rechtsschutz im Antidiskriminierungsrecht*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP)*, 2/2004, S. 260, p. 267.

¹⁴ Secondo BELL, *op. cit.*, è essenziale a tal fine che “*a new Directive requires Member States to create equality bodies with a mandate that extends to all of the Article 13 EC discrimination grounds. Currently, EU anti-discrimination legislation only creates this obligation in relation to discrimination on grounds of sex and racial or ethnic origin*”. V. anche RAASCH, *Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien* BT-Drs. 15/4538 del 16 dicembre 2004, paper 25 febbraio 2005.

Del resto, il riconoscimento di una legittimazione ad agire in giudizio a favore di organismi di interesse pubblico/collettivo può assolvere diverse finalità. Da un lato, il riconoscimento di tale ruolo può contribuire a favorire l'“accesso alla giustizia” delle persone svantaggiate le quali, come è intuibile, a causa della condizione di debolezza strutturale nella quale versano, sono spesso indotte a non agire a tutela dei propri diritti; dall'altro, può essere un modo per aprire la strada ad un “processo nel pubblico interesse” e garantire, sia prima sia dopo di esso, l'assistenza di un organismo competente alle vittime di discriminazione¹⁵. Infine, quando una condotta discriminatoria abbia colpito una pluralità di persone, la legittimazione ad agire dei soggetti collettivi consente di evitare un aggravio di procedimenti giudiziari e dunque un inutile dispendio di risorse da parte della collettività.

3. (segue). *La legittimazione ad agire in assenza di un denunciante identificabile: un persistente squilibrio tra diritti e tutele giudiziali*

Nel caso *Feryn*¹⁶ la Corte di Giustizia sembra voler sopperire agli effetti negativi derivanti dal mancato riconoscimento di una legittimazione autonoma ad agire ai soggetti istituzionali e/o collettivi.

Una delle domande su cui era stata interrogata investiva una questione chiave relativa ai limiti e alle potenzialità delle azioni collettive: se i soggetti collettivi hanno diritto di avviare procedure giurisdizionali o amministrative intese a far rispettare gli obblighi derivanti dalla direttiva 2000/43/CE, anche quando non agiscono in nome di un denunciante determinato ovvero agiscono in mancanza di un denunciante identificabile. Nella specie, l'impossibilità di individuare direttamente una persona lesa derivava dal fatto che il datore di lavoro aveva dichiarato pubblicamente che non avrebbe assunto dipendenti aventi una determinata origine etnica o razziale. Con una scelta senz'altro coraggiosa, la Corte tenta di superare le argomentazioni formulate dai governi irlandese e del Regno Unito, i quali avevano fatto notare che accettare l'idea secondo cui una semplice dichiarazione, indipendentemente dalla presenza di vittime identificabili, potesse equivalere ad

¹⁵ Cfr. KOCHER, § 22, in RUTH LASKOWSKI, SCHIEK, WELTI, KOCHER (Hrg.), *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) – Ein Kommentar aus europäischer Perspektive*, Sellier Wissenschaftliches Verlagskontor, München, 2007, p. 382.

¹⁶ Sent. C-54/07 del 10 luglio 2008.

una discriminazione, non sarebbe stato coerente con l'assenza di un obbligo per gli Stati di prevedere un'*actio popularis*.

In proposito, la Corte di giustizia europea, per un verso, valorizza la dimensione collettiva della tutela giudiziale ed afferma che "l'assenza di un denunciante identificabile" (ovvero di un candidato scartato che contesti giudizialmente la natura discriminatoria della sua esclusione) non può indurre a "concludere per l'assenza di qualsivoglia discriminazione diretta" (v. § 23)¹⁷, in quanto l'obiettivo che la direttiva mira a realizzare – ossia "promuovere le condizioni per una partecipazione più attiva sul mercato del lavoro" delle minoranze etniche – sarebbe irrimediabilmente compromesso qualora si ritenesse sussistente una discriminazione solo in presenza di una vittima identificabile¹⁸; per altro verso, pone l'accento sul fatto che la questione relativa alla nozione di discriminazione diretta ai sensi della dir. 2000/43 deve essere tenuta "distinta da quella relativa ai rimedi giurisdizionali previsti dall'art. 7".

Secondo i giudici comunitari tale questione rientra nella sfera di competenza degli Stati membri, i quali, pur essendo obbligati a conferire a certi enti la legittimazione ad avviare procedimenti giudiziari "per conto o a sostegno della persona lesa, e con il suo consenso", possono scegliere liberamente se andare oltre le prescrizioni minime previste dalla normativa europea e riconoscere a quegli stessi organismi un potere di agire in giudizio per denunciare discriminazioni etnicamente connotate a prescindere dal consenso, e addirittura in assenza di una vittima identificabile.

È evidente che la Corte non avrebbe potuto spingersi oltre, a fronte di una formulazione criticabile della direttiva che subordina la legittimazione ad avviare il rimedio processuale alla condizione che la persona lesa presti il proprio consenso. Ciò non toglie che l'interpretazione estensiva della nozione di discriminazione diretta, pur in sé apprezzabile, finisca per evidenziare una incongruenza interna al testo comunitario, non di poco conto¹⁹: appare

¹⁷ "The fact that an employer declares publicly that it will not recruit employees of a certain ethnic or racial origin, something which is clearly likely to strongly dissuade certain candidates from submitting their applications, and, accordingly, to hinder their access to the labour market, constitutes direct discrimination in respect of recruitment within the meaning of Directive 2000/43".

¹⁸ L'importanza della dimensione collettiva della tutela contro le discriminazioni si ricava anche da un altro passaggio della sentenza che attiene al profilo delle sanzioni. Secondo l'opinione della Corte l'art. 15 della direttiva 2000/43 prescrive che, anche qualora non vi siano vittime identificabili, le sanzioni da irrogare in caso di violazione delle norme nazionali di attuazione di tale direttiva debbano essere effettive, proporzionate e dissuasive (§§ 39-40).

¹⁹ HENRARD, *The First Substantive ECJ Judgment*, cit.

infatti un controsenso affermare che una discriminazione diretta possa realizzarsi indipendentemente dalla presenza di un denunciante identificabile (e comunque in presenza di dichiarazioni imprenditoriali potenzialmente lesive)²⁰, senza poi obbligare, al contempo, gli Stati membri ad introdurre una tutela in via giudiziaria per sanzionarla.

Vi sarebbe infatti da chiedersi a cosa serve affermare la natura discriminatoria di un comportamento ai sensi della direttiva 2000/43 se poi la tutela giudiziale resta affidata solo alle scelte degli Stati dell'Unione, che, nella specie, potrebbero dunque decidere liberamente di non riconoscere ai soggetti collettivi una legittimazione ad agire autonoma, cioè sganciata dalla delega dei diretti interessati, così come avviene in Belgio o in Italia.

L'importanza della questione è confermata anche dal caso *Accept*²¹ emerso a seguito di un ricorso presentato da un'organizzazione non governativa rumena che tutela i diritti delle persone lesbiche, gay, bisessuali e transessuali (LGBT). La Corte di giustizia – ancora una volta – per un verso, conferma la lettura estensiva della nozione di discriminazione, affermando che una discriminazione diretta ai sensi dell'art. 2, (§ 2, a), della dir. 2000/78 si può configurare a prescindere dalla identificabilità della vittima, per altro verso, ribadisce che la normativa comunitaria non impedisce agli Stati membri di attribuire a certi enti la legittimazione ad agire anche in mancanza di un denunciante identificabile. In *Accept*, da tale acquisizione la Corte trae anche un'altra conseguenza, ammettendo che quando uno Stato membro prevede un diritto del genere, l'agevolazione dell'allegazione probatoria, come prevista dall'art. 10, § 1, trova applicazione altresì nei casi in cui l'associazione avvia un procedimento giudiziale senza agire per conto o a sostegno di un determinato denunciante o senza agire con l'approvazione di quest'ultimo (cfr. il combinato disposto degli artt. 8, § 1, 9, § 2, nonché 10, § 1, 2 e 4, della dir. 2000/78).

Resta tuttavia un'evidente sfasatura tra diritti e tutele giurisdizionali a cui il legislatore europeo dovrebbe rimediare, predisponendo gli strumenti e le forme di tutela necessarie a far valere i valori ed i principi basilari – primo tra tutti l'“accesso alla giustizia” – in cui la stessa Unione dichiara di riconoscersi.

²⁰ Esse si porrebbero in contrasto con l'obiettivo della direttiva che, a parere della Corte, è quello “to foster conditions for a socially inclusive labour market” and that “objective would be hard achieved if the scope of the Directive were to be limited to only those cases in which an unsuccessful candidate for a post, considering himself to be the victim of direct discrimination, brought legal proceeding against the employer”.

²¹ Sent. C- 81/12 del 25 aprile 2013.

4. *L'esperienza tedesca: le Antidiskriminierungsverbände*

In Germania già prima dell'emanazione della c.d. legge generale sulla parità di trattamento (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz* del 2006, d'ora in poi AGG) si era aperto un dibattito dottrinale in merito all'opportunità di rafforzare gli strumenti giuridici idonei a rendere più agevole l'accesso alla giustizia alle vittime di una discriminazione, le quali, come s'è detto, spesso, per varie ragioni, sono scoraggiate dal far valere i propri diritti. A tal fine occorre offrire un sostegno alle organizzazioni impegnate nella lotta alle discriminazioni e consentire l'istituzione di organismi pubblici per la promozione della parità; taluni, al fine di garantire un più elevato grado di effettività del diritto antidiscriminatorio, erano anche giunti ad accarezzare l'idea di riconoscere ad esse un'autonoma azione giudiziale (*Verbandsklage*)²².

Tuttavia, l'AGG, su cui conviene soffermarsi nel prosieguo, si muove solo in parte nell'ottica di una valorizzazione delle forme di rappresentanza collettiva in quanto, pur estendendo la cerchia dei soggetti collettivi e/o istituzionali legittimati a prestare assistenza alle vittime da discriminazione (§§ 23.2 e 17.2), riconosce in genere a tali soggetti un ruolo processuale ancora piuttosto residuale²³.

Ed infatti²⁴, se le organizzazioni impegnate nella lotta alle discriminazioni

²² V. RAASCH, *op. cit.*, p. 7.

²³ In conformità con gli obblighi previsti dal diritto europeo l'AGG contempla anche una sezione (§§ 13-16) dedicata ai diritti dei singoli soggetti discriminati. In particolare, tali diritti includono: il diritto di adire l'organismo competente nell'azienda, nella società o nel reparto (*Beschwerderecht*) (§ 13); il diritto di rifiutarsi di adempiere la prestazione di lavoro se il datore non predispone misure, o predispone misure inadeguate, per impedire le molestie sul luogo di lavoro (*Leistungsverweigerungsrecht*) (§ 14); la previsione di un diritto al risarcimento del danno o alla riparazione (§ 15); il diritto ad essere tutelato contro comportamenti discriminatori ritorsivi del datore di lavoro (c.d. vittimizzazione) (§ 16).

²⁴ L'espressione "*Antidiskriminierungsverbände*" adottata dal § 23 AGG (Sostegno delle organizzazioni impegnate nella lotta contro le discriminazioni) allude ad una qualsiasi associazione di persone (*Personenzusammenschlüsse*) che tuteli gli interessi specifici di persone o gruppi di persone che hanno subito discriminazioni per un qualsiasi motivo contemplato dal § 1 AGG. Il legislatore si riferisce alle organizzazioni che sono politicamente impegnate nella lotta contro la discriminazione e per la parità di trattamento o per il riconoscimento di gruppi di persone discriminate e dei loro interessi. Questo è il caso, per esempio, delle organizzazioni che si impegnano a difendere gli interessi dei migranti, i diritti degli uomini e delle donne, gli interessi particolari degli anziani, uomini e donne dello stesso sesso e le persone con disabilità. Possono venire in considerazione anche chiese e comunità religiose. Il § 23 riconosce anche alcuni poteri a tali organizzazioni impegnate nella lotta contro le discriminazioni purché abbiano almeno 75 membri o raggruppino

(*Antidiskriminierungsverbände*) sono legittimate solo a partecipare al processo in qualità di rappresentanti processuali (*Beistände*) delle vittime di discriminazioni – e dunque nell’ambito di azioni individuali da esse intraprese – (§ 23 (2), 1 dell’AGG), e a prestare loro assistenza, in conformità con il loro statuto, anche al fuori dei procedimenti giudiziari²⁵, un discorso non molto diverso vale per l’apposita Agenzia federale (*Antidiskriminierungsstelle des Bundes*), istituita presso il Ministero federale per la famiglia, gli anziani, le donne e i giovani, con il compito di prestare “autonomamente” assistenza, anche legale, a chi intende essere tutelato contro le discriminazioni. Tale Agenzia può fornire informazioni “circa i reclami e le possibilità di azioni legali (...)” e tentare la via conciliativa al fine di prevenire la controversia (§ 27 c. 2, n. 3, AGG), peraltro svolgendo, in tal caso, un ruolo non chiaramente definito²⁶, ma non è legittimata ad agire in giudizio, neppure in caso di discriminazioni di genere.

Tale legittimazione spetta, come vedremo più avanti, solo al sindacato e al *Betriebsrat* – che, notoriamente, è l’organismo di rappresentanza elettivo titolare dei diritti di *Mitbestimmung* all’interno dello stabilimento – nell’ipotesi in cui sussista una grave discriminazione basata su uno dei motivi di cui al § 1 AGG (§ 17.2 AGG).

Soffermando per ora l’attenzione sul § 23.2 AGG, conviene subito porre l’accento sul fatto che il legislatore tedesco, nella sostanza, ha ripiegato su una trasposizione, più o meno “automatica”, delle prescrizioni comunitarie, senza spingersi oltre gli standard minimali di tutela antidiscriminatoria previsti dalle stesse²⁷. Ed infatti gli enti esponenziali a cui la norma fa riferimento non hanno la facoltà di esperire né un’azione collettiva, né una *class action* dinanzi ai tri-

almeno sette organizzazioni. In particolare, esse sono autorizzate, in conformità col loro statuto, ad intervenire come consulenti legali di una persona svantaggiata durante le udienze (2 co.) e ad occuparsi degli affari legali di persone svantaggiate (3 co.). Sono fatti salvi i diritti speciali di azione ed i poteri di rappresentanza delle associazioni a tutela delle persone con disabilità (4 co.).

²⁵ Si ritiene che possano redigere memorie, mozioni e altre dichiarazioni processuali che hanno effetto per le vittime di discriminazione ove non siano immediatamente revocate per loro volontà (§ 90.2, ZPO). RÜHL, HOFFMANN, *Das AGG in Der Unternehmenspraxis. Wie Unternehmen und Personalführung Gesetz und Richtlinien rechtssicher und diskriminierungsfrei umsetzen*, Gabler, 2008, p. 99.

²⁶ Sulle varie impostazioni teoriche v. ora l’ampio studio di HERMAN, SCHWENZER, *Leitfaden zur gütlichen Einigung in Diskriminierungskonflikten*, Humboldt Universität zu Berlin Juristische Fakultät, Working paper 2012.

²⁷ Di “*Minimalumsetzung*” parla HABERL, *op. cit.*, p. 258 con riferimento alle previsioni che disciplinano al § 23.2 il ruolo processuale delle associazioni impegnate nella lotta contro le discriminazioni.

bunali civili e la loro partecipazione in giudizio, per conto o in supporto della vittima della discriminazione, richiede, comunque, il consenso di quest'ultima.

Proprio in ragione dell'opzione per una tutela giudiziaria solo minimale, la disciplina in esame si discosta da quella delineata originariamente in una proposta di legge, presentata nell'estate del 2005, la quale attribuiva alle organizzazioni impegnate nella lotta alle discriminazioni anche la legittimazione (*Prozessstandschaft*) ad esercitare un'autonoma azione giudiziale (*Verbandsklage*). Nel corso del tormentato *iter* che ha portato nel 2006 all'adozione dell'AGG, la scelta di introdurre l'azione in esame ha suscitato alcune censure da parte degli interpreti, anche in considerazione della sua portata dirompente sul sistema²⁸, per cui il legislatore ha preferito investire tali organizzazioni solo della funzione di rappresentare e “sostenere” (“*unterstützen*”) le vittime di discriminazioni nei giudizi dalle stesse instaurati (§ 23.2 AGG).

Peraltro, la possibilità di partecipare al giudizio è assoggettata ad un regime di limiti, non sempre contemplati dalle direttive comunitarie, che potrebbero rendere più gravosa la via giudiziaria e ridimensionare, in qualche misura, il ruolo di sostegno delle *Antidiskriminierungsverbände*.

Diversamente dalla normativa italiana, il legislatore tedesco non prevede criteri per individuare le *Antidiskriminierungsverbände* legittimate a svolgere tale ruolo, ma stabilisce che tali soggetti non possano avere un fine lucrativo (*gewerbsmäßig nicht*) e debbano operare in modo stabile e non temporaneo (*nicht nur vorübergehend*). In analogia con il § 4, Abs 2 della *Unterlassungsklagegesetz*²⁹, tale requisito viene interpretato nel senso di ritenere che gli organismi di parità devono esistere da almeno un anno, in modo tale da poter offrire adeguata garanzia di professionalità e di serietà di intenti per adempiere diligentemente ed incisivamente la propria funzione di tutela nei confronti di individui particolarmente deboli³⁰.

Talune perplessità ha sollevato la disciplina originariamente prevista nel § 23 dell'AGG che riconosceva alle associazioni impegnate nella lotta contro le discriminazioni la legittimazione a prestare assistenza ai ricorrenti solo nei procedimenti giudiziari in cui non fosse obbligatoria la rappresentanza pro-

²⁸ Su tale proposta v. tra gli altri RAASCH, *op cit.*, p. 7-8.

²⁹ Cfr. RÜHL, HOFFMANN, *op. cit.*, p. 97-99.

³⁰ Peraltro, tali organizzazioni sono legittimate ad esercitare i poteri previsti dall'AGG solo se soddisfano un requisito dimensionale, e cioè abbiano almeno 75 membri o raggruppino almeno sette organizzazioni. Spetta al giudice controllare se tale requisito è presente. L'attore deve farsi carico dell'onere della prova.

cessuale per mezzo di procuratori³¹. La scelta di limitare a tali ipotesi la facoltà di intervento si poneva in contrasto con il diritto comunitario che riconosce la legittimazione “ad avviare, in via giurisdizionale o amministrativa”, una qualsiasi “procedura finalizzata all’esecuzione degli obblighi” derivanti dalla direttiva di riferimento. Per tal motivo, è stata salutata con favore la modifica apportata al testo della norma in esame in occasione della riforma della legge sulla consulenza legale (*Gesetz zur Neuregelung des Rechtsberatungsgesetzes*), approvata il 12 dicembre 2007, che ha consentito di prestare assistenza ai ricorrenti nei procedimenti giudiziari anche nelle ipotesi in cui non sia imposta la rappresentanza processuale per mezzo di avvocati.

Non deve essere invece posta eccessiva enfasi sul fatto che il legislatore tedesco non abbia subordinato al rilascio di una procura la possibilità dei soggetti collettivi di svolgere attività giudiziale a sostegno della persona lesa. Ed infatti, non appare dubbio che un consenso sia comunque necessario dal momento che la regolamentazione comunitaria, pur senza prescrivere specifiche forme per il conferimento della rappresentanza, lo impone espressamente³².

In ogni caso, in Germania l’idea di riconoscere alle associazioni di cui si discute la possibilità di esercitare un’autonoma azione giudiziale non sarebbe affatto rivoluzionaria in quanto la legge, in conformità col § 23.4, già riserva un regime diversificato di favore alle associazioni che promuovono gli interessi del tutto particolari delle persone con disabilità, le quali ben possono avvalersi di tale potere. La normativa di riferimento è contenuta anzitutto nel § 63 del codice di sicurezza sociale IX (*Sozialgesetzbuch, SGB IX*)³³, ove si prevede che in caso di lesione dei diritti delle persone con disabilità, così come garantiti in SGB IX, queste associazioni hanno il diritto di proporre un ricorso in nome e con il consenso delle persone interessate³⁴. Una analoga legittimazione ad agire è contemplata anche dai §§ 12 e 13 della legge sulle discriminazioni basate sulla disabilità (*Behindertengleichstellungsgesetz*)³⁵.

³¹ Cfr. KOCHER, § 23 (Rechtsschutz), in RUTH LASKOWSKI, SCHIEK, WELTI, KOCHER (Hrg.), *op. cit.*, p. 388.

³² Sulla questione della qualificazione dell’intervento processuale degli organismi collettivi v., tra gli altri, LASSANDARI, *op. cit.*, p. 305.

³³ Legge del 19 giugno 2001, BGBl. I S. 1046.

³⁴ Questo diritto è garantito solo se sono soddisfatte tutte le condizioni richieste. Ma secondo alcuni studiosi le organizzazioni che hanno ottenuto l’autorizzazione formale sono anche legittimate ad agire per proprio conto. BAUER, GÖPFERT, KRIEGER, *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz: AGG*, Beck, 2011, p. 309.

³⁵ Inoltre, le associazioni per la parità hanno il diritto di contestare in giudizio le violazioni

5. (segue). *La legittimazione ad agire degli organismi collettivi: il § 17 dell'Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*

Al fine di garantire l'applicazione effettiva del diritto antidiscriminatorio dell'UE, la c.d. legge generale sulla parità di trattamento (AGG), come già accennato, contempla anche una specifica norma processuale che conferisce al sindacato ed al consiglio aziendale la legittimazione ad adire il giudice, a sostegno della vittima della discriminazione, in tutte le ipotesi in cui il datore di lavoro commetta una “grave violazione” (“*ein grober Verstoß*”) degli obblighi previsti dalla normativa antidiscriminatoria (§ 17.2 AGG). Tale disposizione non innova l'apparato rimediabile in quanto è modellata sulla falsariga del procedimento previsto dal § 23.3 della c.d. legge sull'ordinamento aziendale (*Betriebsverfassungsgesetz; BetrVG*)³⁶: essa si limita ad estendere l'ambito di applicazione del cosiddetto *Unterlassungsanspruch* previsto da tale disposizione a tutte le ipotesi di discriminazione vietate dalla AGG³⁷, in modo tale che gli

del divieto di discriminazione nel diritto civile in generale, anche in base alla legge del 27 agosto 2002 (*Unterlassungsklagengesetz, UklG*). Secondo tale legge, se ci sono disposizioni che violano la AGB-Regelung del codice civile (BGB) in relazione alle condizioni generali (*Allgemeine Geschäftsbedingungen*) (v. § 1 UKlaG), è garantita una richiesta per ottenere un provvedimento d'urgenza ai sensi del § 1 UKlaG (*Unterlassungsanspruch*). Ciò anche se le condizioni generali violano l'AGG poiché i §§ 19, 20 AGG mirano, almeno in una certa misura, alla tutela dei consumatori. Per proporre azioni e ricorsi giudiziari, l'organizzazione, dopo aver ottenuto la registrazione presso l'Ufficio federale di giustizia, deve soddisfare determinati requisiti: in particolare deve avere la capacità giuridica ed essere inserita nella lista dei cosiddetti soggetti abilitati (§ 3 Abs. 1 Nr. 1, § 4 UklG).

³⁶ Il § 17 AGG è una norma speciale che consente di reagire contro una grave violazione delle disposizioni della Parte 2 in materia di tutela contro la discriminazione e si distingue dal § 23.3 BVerfG che si applica se “*il datore di lavoro ha gravemente violato i suoi obblighi ai sensi della presente legge*”, come i diritti di cogestione. Tuttavia, vale la pena notare che le violazioni a cui si riferiscono le due leggi vengono sanzionate nello stesso modo e, in entrambe, la legittimazione è riconosciuta al consiglio aziendale o a un sindacato rappresentato nello stabilimento. Tali organismi “possono chiedere al tribunale del lavoro un provvedimento che ingiunga al datore di lavoro di cessare, astenersi da una condotta, o porre in essere una condotta. Se il datore di lavoro non rispetta la decisione del tribunale di cessare o astenersi da una condotta, il tribunale del lavoro deve, a richiesta e previo avvertimento, infliggergli un'ammonda per ogni violazione di tali doveri. Se il datore di lavoro non pone in essere la condotta imposta da parte del provvedimento giudiziale, il tribunale del lavoro, a richiesta, emette una decisione con la quale gli ordina di adempiere, minacciando l'irrogazione di una penale”.

³⁷ Questo è il motivo per cui il § 23, Abs 3 della legge sull'ordinamento aziendale (*BetrVG*), può offrire un supporto significativo per risolvere i problemi di interpretazione che pone il § 17 AGG. Con riferimento a tale previsione i Tribunali del lavoro hanno già svolto un

organismi collettivi siano legittimati a richiedere un provvedimento inibitorio al fine di indurre il datore di lavoro ad astenersi da una condotta antidiscriminatoria³⁸.

È da notare che tale procedimento presenta alcune analogie con la tutela inibitoria e ripristinatoria contemplata dall'articolo 28 dello Statuto dei lavoratori italiano, che, come è noto, in presenza di un comportamento anti-sindacale del datore di lavoro, riconosce al sindacato la possibilità di proporre un'azione collettiva a tutela dell'interesse proprio al fine di ottenere dal giudice – non la condanna del convenuto al risarcimento del danno che ha causato – bensì un provvedimento che ordini al datore di lavoro la cessazione del comportamento che ritiene illegittimo e la rimozione degli effetti. Anche i soggetti collettivi indicati nel § 17.2 AGG possono esperire un'azione avente natura inibitoria, e dunque diretta ad ottenere un ordine del giudice, rivolto alla parte soccombente, di inibire la continuazione della condotta antidiscriminatoria o di cessare dal fatto lesivo.

Ciononostante la normativa antidiscriminatoria tedesca si differenzia dall'art. 28 St. lav.³⁹ in quanto riconosce l'accesso a questa speciale tutela processuale a qualsiasi sindacato che abbia una rappresentatività minima nello stabilimento, a prescindere dal livello (esclusivamente periferico o no) a cui esso svolge la propria azione, essendo sufficiente a tal fine che almeno uno dei lavoratori occupati nello stabilimento sia iscritto a quel sindacato⁴⁰. Pertanto, il legislatore tedesco non considera ai fini della legittimazione attiva la dimensione nazionale dell'associazione sindacale, compiendo una scelta condizionata, con ogni probabilità, dalla struttura organizzativa del sindacato tedesco e dalla tendenziale debolezza del sindacato confederale.

Inoltre, il procedimento per la repressione del comportamento discriminatorio previsto dal § 17.2 AGG può essere promosso dal sindacato, indipen-

ruolo importante sul piano interpretativo. Ed ora è convinzione comune che sia possibile attingere pienamente i risultati di tale giurisprudenza. In tal senso BERTELSMANN, *AGG und BetrVG: Mitwirkungsmöglichkeiten von Betriebsräten an der Verhinderung und Beseitigung von Benachteiligungen, Aktualisierte Fassung der Kommentierung zu § 17 AGG*, in RUST, FALKE, *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – AGG, Kommentar*, Erich-Schmidt-Verlag Berlin (Juli), 2007.

³⁸ DUGAR, *Der Gleichheitsgrundsatz in Bezug auf das allgemeine Gleichbehandlungsgesetz im deutschen und mongolischen Recht*, Herbert Utz Verlag, 2010, pp. 169-170.

³⁹ Su cui v., per tutti, da ultimo, VISCOMI, *Le relazioni sindacali nell'impresa*, in AA.VV., *Istituzioni di diritto del lavoro e sindacale. Organizzazione e attività sindacale*, Giappichelli, 2013, pp. 117-128.

⁴⁰ THÜSING, *Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz*, cit., p. 245.

dentemente dal fatto che sia stato costituito un consiglio aziendale (il che spesso non si verifica per inerzia o contraria volontà dei dipendenti), essendo necessario piuttosto che trovi applicazione la legge sull'ordinamento aziendale (*BetrVG*)⁴¹, e in particolare che l'unità produttiva interessata superi la soglia prevista dal § 1.1 del *BetrVG*, cioè che siano occupati almeno cinque lavoratori con contratto a tempo indeterminato e con diritto di voto, di cui tre eleggibili⁴².

Per esperire l'azione processuale prevista dal § 17.2 AGG, come già accennato, occorre un comportamento del datore di lavoro che configuri una "grave violazione" degli obblighi previsti dalla parte seconda dell'AGG. L'inadempimento sanzionato non può riguardare obblighi che derivano da un contratto collettivo (o da un contratto individuale di lavoro), mentre può sostanzarsi in un comportamento omissivo del datore di lavoro che non assuma misure idonee ed appropriate per tutelare i propri dipendenti ovvero una violazione dei divieti di discriminazione per motivi di razza o origine etnica, sesso, religione o convinzioni personali, disabilità, età o orientamento sessuale ecc.⁴³.

Affinché gli organismi collettivi siano legittimati ad agire ai sensi del § 17.2 AGG tale inadempimento deve superare una certa soglia di gravità⁴⁴ e, in particolare, essere oggettivamente notevole ("*erheblich*") e chiaramente importante ("*schwerwiegend*")⁴⁵. Qualora l'azione processuale venga esperita dal

⁴¹ Tra gli altri, KOCHER, §§ 13-18 (Rechte der Beschäftigten), in LASKOWSKI, SCHIEK, WELTI, KOCHER (Hrg.), *op. cit.*, p. 293.

⁴² Le comunità religiose o le loro istituzioni caritative ed educative (a cui la legge non si applica a prescindere dalla loro forma giuridica, § 118 *BetrVG*), nonché le istituzioni pubbliche (i *Länder*, i comuni e gli altri enti pubblici, istituzioni e fondazioni) – che sono esentati dall'applicazione della legge sulla costituzione aziendale – non hanno il diritto di contestare in giudizio una discriminazione. Neanche le associazioni impegnate nella lotta alla discriminazione (*Antidiskriminierungsverbände*) e gli altri organismi rappresentativi del personale (*Personalräte*, *Sprecherausschüsse*, *Mitarbeitervertretungen*) hanno il diritto di intraprendere un'azione giudiziaria.

⁴³ Per esempio il consiglio di fabbrica può richiedere al giudice del lavoro un provvedimento che ingiunga al datore di lavoro di astenersi dal fissare in un bando per l'assunzione di un commesso particolari requisiti di età o di sesso; di adottare misure idonee e appropriate per tutelare i dipendenti musulmani, in particolare per prevenire la diffusione di immagini ostili ai musulmani o sessiste; di impegnarsi a formare i propri dipendenti in modo appropriato al fine di prevenire la discriminazione. Nella stessa richiesta il consiglio può chiedere che se il datore di lavoro non rispetta l'ordine giudiziario di cessare e astenersi da comportamenti o permettere un comportamento da eseguire, il tribunale del lavoro gli infligga una multa per ogni violazione dei doveri.

⁴⁴ BAG v. 26.7.2005, NZA 2006, 1374.

⁴⁵ BAG I ABR 11/92 AP Nr. 20 zu § 23 *BetrVG*.

Betriebsrat la valutazione della gravità (*Erheblichkeit*) dell'illecito deve essere effettuata tenendo conto del principio della “fiduciosa collaborazione” che obbliga il consiglio aziendale ed il datore di lavoro a tenere un comportamento di disponibilità e lealtà (*vertrauensvollen Zusammenarbeit*) (§ 2 del *BetrVG*). La gravità oggettiva dell'inadempimento si può desumere dal fatto che le misure adottate dal datore di lavoro coinvolgono gran parte della forza lavoro⁴⁶. Non è necessario che la violazione sia reiterata anche se non è da escludere che più violazioni di scarsa importanza, ove siano reiterate, possano configurare una “grave” violazione⁴⁷.

Nonostante il procedimento previsto dal § 17.2 AGG segni un passo in avanti sul piano dell'effettività della tutela antidiscriminatoria, non sembra che esso sia destinato a svolgere (ed abbia di fatto svolto sinora) un ruolo veramente incisivo.

Un aspetto rilevante per quanto riguarda tale diritto all'azione è dato dal fatto che il § 17.2 AGG è strutturato in modo diverso da quello previsto dalle direttive comunitarie e non consente al consiglio aziendale ed al sindacato rappresentativo nello stabilimento di agire in rappresentanza dei singoli lavoratori colpiti dalla condotta antidiscriminatoria e di far valere in giudizio un diritto rientrante nella loro sfera individuale dei lavoratori⁴⁸. La scelta se agire a tutela del suo diritto leso compete solo ed esclusivamente al singolo lavoratore che ritenga di aver subito una lesione del suo interesse individuale a seguito della condotta discriminatoria.

Del resto, si è fatto rilevare che già con riferimento al procedimento di cui al § 23.3 del *BetrVG* – previsto per l'ipotesi in cui il datore non tiene in conto i diritti di codeterminazione e di coinvolgimento di cui dispone il consiglio aziendale – si era posta la questione se i consigli aziendali abbiano o no la legittimazione ad agire (*Prozessstandschaft*) a tutela degli interessi in-

⁴⁶ KOCHER E., §§ 13–18 (Rechte der Beschäftigten), in LASKOWSKI, SCHIEK, WELTI, KOCHER (Hrg.), *op. cit.*, p. 293. BERTELSMANN, *op. cit.*, sostiene che non importa se la differenza di trattamento riguardi un solo dipendente.

⁴⁷ THÜSING, *op. cit.*, p. 245.

⁴⁸ Per fare un esempio il consiglio di fabbrica non ha alcun diritto di chiedere un provvedimento che ingiunga al datore di lavoro di pagare un importo di € 300 in considerazione del diverso trattamento retributivo riservato a lavoratori più anziani con per le stesse mansioni. Al contrario, il consiglio di fabbrica può esigere che il datore di lavoro si impegni a non trattare un gruppo di dipendenti più giovani in modo meno favorevole rispetto al gruppo dei lavoratori più anziani, come potrebbe accadere se si paga a ciascun membro del gruppo più giovane per la stessa attività 300 € meno al mese rispetto ai loro dipendenti più anziani.

dividuali di lavoratori e che, in tale occasione, la Corte federale del lavoro aveva già avuto modo di rispondere in senso negativo⁴⁹, chiarendo che il consiglio aziendale, nell'esercizio dei poteri riconosciutigli dal *BetrVG*, rappresenta interessi collettivi e non può farsi portatore di interessi individuali dei lavoratori⁵⁰.

Ne consegue che anche la *ratio* del § 17.2 AGG deve essere inquadrata nell'ottica del perseguimento di una tutela in via giudiziale di un interesse collettivo, passibile di lesione per effetto della violazione della normativa antidiscriminatoria. Si tratta di un interesse collettivo, del quale i soggetti collettivi indicati dal § 17.2 AGG sono i titolari e i gestori autonomi⁵¹, anche quando l'azione sia idonea a tutelare indirettamente l'interesse della persona lesa dalla condotta antidiscriminatoria e anche quando il singolo decida di non agire per la difesa dei propri diritti. Nel caso di un illecito discriminatorio possono semmai insorgere due distinte azioni – quella collettiva e quella individuale – che tuttavia non interferiscono tra loro neppure in un caso di conflitto di interessi, cioè quando la realizzazione dell'interesse collettivo imponga di sacrificare l'interesse del dipendente⁵².

Non deve dunque meravigliare se la formula del § 17.2 AGG sia stata, in passato, criticata da alcuni studiosi, sul presupposto che tale disposizione non si ponesse del tutto in linea con le previsioni comunitarie, il cui scopo principale sembra quello di promuovere la tutela degli interessi individuali⁵³. Sebbene le direttive 2000/43 e 2000/78 riconoscano ad associazioni, organizzazioni o altre persone giuridiche il diritto di avviare azioni “*a sostegno*” della persona lesa, la disciplina prevista dal § 17.2 AGG, allo stato, non consente ai sindacati ed ai consigli aziendali di fare alcunché per conto dei singoli

⁴⁹ BAG I ABR 75/88 AP Nr. 53 zu § 112 BetrVG 1972; BAG I ABR 78/91 AP Nr. 97 zu § 99 BetrVG.

⁵⁰ KOCHER, PFARR, *Kollektivverfahren im Arbeitsrecht. Arbeitnehmerschutz und Gleichberechtigung durch Verfahren*, Baden-Baden, Nomos, 1998, p. 51, i quali sostengono che il consiglio di fabbrica non ha capacità giuridica (*Rechtsfähigkeit*) e dunque i diritti individuali non possono essere ad esso trasferiti.

⁵¹ KOCHER, §§ 13-18 (*Rechte der Beschäftigten*), in LASKOWSKI, SCHIEK, WELTI, KOCHER (Hrg.), *op. cit.*, p. 295.

⁵² A questo proposito, non sarebbe sbagliato un accostamento con il procedimento speciale di cui all'art. 28 St. lav. Potrà accadere che la realizzazione di tale interesse soddisfi anche l'interesse di un singolo ma potrebbe anche accadere che tale interesse venga danneggiato. Si pensi, ad esempio, al caso di uno spostamento di mansioni operato per impedire l'attività di proselitismo, dove il fine dell'azione si identifica nel ripristino dello *status quo ante*.

⁵³ Tra gli altri, THÜSING, *op. cit.*, p. 244.

individui, e dunque, da questo punto di vista, pone alcuni dubbi di compatibilità con la normativa comunitaria; dubbi, questi, confermati dal fatto che anche gli organismi di cui al § 23 AGG, come già detto nel § precedente, sono solo in grado di “dare un sostegno” agli individui, ma non di agire nel processo per loro conto.

Ulteriori perplessità solleva il procedimento di esecuzione che si apre allorché il giudice accolga la domanda del consiglio aziendale o del sindacato e condanni il datore di lavoro a un *facere*, a un *non facere* o a un *pati*. Tale procedimento, disciplinato dal § 23.3 del *BetrVG*, al quale rinvia la norma in esame, si articola in modo diverso a seconda del tipo di obbligo imposto al datore di lavoro. Qualora il datore di lavoro sia tenuto ad astenersi da una condotta discriminatoria, il tribunale del lavoro, su richiesta e previa intimazione, gli infligge un’ammenda per ogni caso di inottemperanza a tali doveri (*Ordnungsgeld*)⁵⁴. Nel caso in cui il datore di lavoro non esegua un comportamento che gli è stato imposto con un ordine giudiziale, il tribunale del lavoro, invece, su richiesta, emette una decisione con la quale gli ordina di adempiere, minacciando l’irrogazione di una penale (*Zwangsgeld*) (il cui importo massimo è di Euro 10.000). Come si può notare, in tali casi, il comando giudiziale, avendo, di regola, ad oggetto una prestazione connotata dall’infungibilità, non è suscettibile di esecuzione forzata; per cui, il legislatore, facendo ricorso alla tecnica della c.d. coercizione indiretta, punta ad esercitare sul datore di lavoro una pressione psicologica allo scopo di indurlo ad ottemperare al provvedimento di condanna (con un’opzione, alla quale, peraltro, si sono di recente allineati anche altri sistemi, come il nostro v. art. 614-*bis* cod. proc. civ. a seguito dell’entrata in vigore della l. 69/09).

Ciò nonostante, come è facilmente intuibile, la disposizione in esame costituisce un grosso limite in un’ottica di effettività e di tempestività della tutela antidiscriminatoria: il procedimento in essa previsto appare assai farraginoso ove si consideri che esso non si sostanzia in una procedura speciale d’urgenza, così come quello previsto dall’art. 28 Stat. lav. in Italia, ma richiede una fase che accerti la violazione dell’obbligo ed imponga l’ordine di ottemperare una sentenza definitiva passata in giudicato⁵⁵.

⁵⁴ Il § 17.2 AGG si riferisce alle sanzioni previste dal § 23.2 *BetrVG*.

⁵⁵ Questo procedimento è modellato sulla falsariga delle cosiddette *Zwangstrafen* previste dal § 888 del codice di procedura civile.

6. *L'esperienza italiana nei procedimenti in materia di discriminazioni*

In Italia il quadro giuridico sull'accesso alla giustizia in materia di discriminazioni è sicuramente assai avanzato, a partire dalle l. n. 903/77 e 125/91 – le cui tracce sono presenti nell'attuale codice delle pari opportunità tra uomo e donna (art. 36 ss., d.lgs. n. 298/06) – nonché dal d.lgs. 286/98 sull'immigrazione (art. 44)⁵⁶. Il “sistema” attualmente si presenta ricco e articolato, grazie anche all'impatto delle direttive di seconda generazione (attuate dai d.lgs. n. 215 e 216) specie sulle discipline di contrasto delle discriminazioni diverse dal “genere”, ma risente del processo di stratificazione normativa degli ultimi anni e dell'approccio disorganico alla materia, pur se con il d.lgs. n. 150/11 (sulle disposizioni complementari al cod. proc. civ. relative alla riduzione e alla semplificazione dei procedimenti civili di cognizione) si è pervenuti ad una razionalizzazione dei riti su alcune controversie in materia di discriminazione (art. 28). Si assiste pertanto ad una diversità di regole con riguardo ad azioni e legittimati attivi tra le discriminazioni di genere e le altre forme di discriminazione. Gli aspetti critici che qui si evidenziano concernono dunque in orizzontale i procedimenti; gli scarni dati giurisprudenziali non consentono di rilevare le ragioni dell'ineffettività delle tutele laddove sicuramente le discriminazioni persistono: l'irrazionalità di tecniche e procedure di tutele comunque sicuramente non aiuta e il loro assetto dimostra l'im maturità regolativa soprattutto per quel che concerne il ruolo che possono svolgere i soggetti istituzionali e collettivi.

7. (segue). *L'azione individuale ordinaria e urgente: identità e diversità tra i procedimenti di contrasto alle discriminazioni*

Per meglio focalizzare il tipo e la qualità di intervento previsto per soggetti pubblici e/o collettivi conviene prendere le mosse dall'azione individuale che, per alcuni aspetti, è comune alle tutele antidiscriminatorie; per altri, è particolare, differenziandosi tra quella di “genere” e le “altre”.

Per tutte le discriminazioni (politica, religiosa, razziale, di lingua, di sesso, di handicap, di età o basata sull'orientamento sessuale o sulle convinzioni

⁵⁶ Cfr. al riguardo GUARRIELLO, *Azioni in giudizio*, in GAETA-ZOPPOLI L. (a cura di), *Il diritto diseguale*, Giappichelli, 1992, p. 196 ss.; CURCIO, *Le azioni in giudizio e l'onere della prova*, in BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, 2007, p. 529 ss.

personali), l'azione individuale in giudizio può essere esperita in via ordinaria sulla base dell'art. 15 Stat. lav. (come modificato e integrato dall'art. 13 della l. n. 903/77 e da ultimo dal d.lgs. n. 216/03 che ha ampliato il novero delle discriminazioni da considerare)⁵⁷, e ottiene, come effetto – ma non solo, come più avanti si dirà – la dichiarazione di nullità di ogni atto o patto discriminatorio.

La fattispecie oggetto del divieto di discriminazione è aperta dal punto di vista strutturale, essendo determinata solo teleologicamente, e comprende, oltre ad alcuni atti tipici espressamente menzionati nella disposizione (l'occupazione, il licenziamento, l'assegnazione di qualifiche e mansioni, i trasferimenti, i provvedimenti disciplinari), ogni altro atto o patto (di gestione del rapporto di lavoro), in grado di recare altrimenti pregiudizio al lavoratore o alla lavoratrice per gli stessi motivi discriminatori.

Per rafforzare l'effettività dell'azione individuale è stato previsto un procedimento speciale, che coniuga *urgenza* e tutela *inibitoria* e *ripristinatoria*, assistita da *sanzione penale*, strutturato sulla falsariga di quello previsto dall'art. 28 Stat. lav., che, come noto, mette a disposizione di qualificati soggetti collettivi uno strumento incisivo per contrastare il comportamento antisindacale del datore di lavoro⁵⁸: la legittimazione attiva nella tutela contro le discriminazioni è però attribuita al singolo lavoratore, perdendosi in buona parte l'efficacia dell'azione collettiva.

In questo caso occorre considerare separatamente, in base ai fattori di discriminazione, le tutele.

Con riguardo alla discriminazione di genere, l'azione è prevista dall'art. 38 del codice delle pari opportunità (d.lgs. n. 198 del 2006 e successive integrazioni e modificazioni), anche se introdotta sin dal primo intervento in

⁵⁷ Su tale disposizione statutaria v. BARBERA, *La tutela antidiscriminatoria al tempo dello Statuto e ai tempi nostri*, in *questa rivista*, 2010, p. 723 ss.; CARINCI F., DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *Il diritto sindacale*, Utet, 2013, p. 151 ss.; GIUGNI, *Diritto sindacale* (aggiornato da BELLARDI, CURZIO e LECCESE), Cacucci, 2014, p. 31 ss.

⁵⁸ Sull'argomento v. VILLANI, *La condotta antisindacale. Aspetti processuali*, in *Diritto del lavoro. Commentario* diretto da CARINCI F., I. *Le fonti. Il diritto sindacale*, a cura di ZOLI, Utet, 2007, p. 533; ESPOSITO M., *Relazioni industriali e repressione della condotta antisindacale: attualità e prospettive del modello statutario*, in *questa rivista*, 2010, p. 857; LUNARDON, *La condotta antisindacale nell'impiego privato*, in *Trattato di diritto del lavoro* diretto da PERSIANI e CARINCI F., vol. III. *Conflitto, concertazione e partecipazione*, a cura di LUNARDON, Cedam, 2011; SANTUCCI, *Il procedimento per la repressione della condotta antisindacale: "vecchie" criticità e "nuove" conformazioni della legittimazione attiva*, in *ADL*, 2014 n. 2.

materia di parità tra donne e uomini nel lavoro (art. 15 l. n. 903/77). L'art. 38, primo e ultimo comma, afferma in modo chiaro il carattere individuale dell'azione: qualora siano posti in essere comportamenti discriminatori, si consente al lavoratore – per meglio dire alla “persona che vi abbia interesse” – o, per sua delega, alle organizzazioni sindacali, alle associazioni e alle organizzazioni rappresentative del diritto o dell'interesse leso, o alla consigliera o al consigliere provinciale o regionale di parità, di ricorrere al giudice al fine di ottenere un decreto immediatamente esecutivo, contenente l'ordine di cessazione del comportamento e di rimozione degli effetti, e un provvedimento, se richiesto, di risarcimento del danno anche non patrimoniale, nei limiti della prova fornita. L'inottemperanza al decreto o alla sentenza pronunciata nel giudizio di opposizione è punita con l'ammenda fino a 50.000 euro o l'arresto fino a sei mesi.

Si segnala, rispetto all'art. 28 Stat. lav. nel quale la legittimazione attiva è riconosciuta agli organismi locali delle associazioni sindacali nazionali che vi abbiano interesse, che qui il lavoratore è libero di conferire la delega a qualsiasi organizzazione sindacale, senza alcun filtro selettivo. Anzi la facoltà del lavoratore è molto ampia, potendo scegliere anche organizzazioni e associazioni rappresentative dell'interesse leso oppure la consigliera o il consigliere di parità (figura istituzionale su cui ci si soffermerà più avanti). Anche la struttura di questa norma è aperta per quanto concerne le discriminazioni: richiama infatti tanto le discriminazioni poste in essere in violazione dei divieti specificamente indicati dal capo II, titolo primo, libro III del codice delle pari opportunità e dall'art. 11 d.lgs. n. 66/03 in materia di lavoro notturno, quanto quelle nell'accesso al lavoro, nella promozione e formazione professionale, nelle condizioni di lavoro compresa la retribuzione nonché in relazione alle forme pensionistiche complementari. Rispetto alla formulazione dell'art. 15 Stat. lav. si segnala che l'azione è diretta a contrastare le discriminazioni: ciò significa che nell'oggetto del contrasto rientrano agevolmente atti, comportamenti e patti.

L'apparato sanzionatorio è molto più incisivo di quello previsto per l'azione ordinaria. Il carattere e la qualità di tale apparato inducono a riflettere più approfonditamente sugli effetti dell'azione individuale ordinaria. La nullità dell'atto non sembra essere l'unico effetto di tale azione; in ogni caso, la tutela è inefficace contro le discriminazioni che consistono in un'omissione, né può determinare l'estensione del trattamento privilegiato al discriminato. Il soggetto leso potrebbe quindi anche chiedere un adempimento in forma

specificata ai sensi dell'art. 1453 cod. civ.⁵⁹ e/o una tutela risarcitoria fondata anche sul danno non patrimoniale. Al riconoscimento di tale più ampia tutela risarcitoria si potrebbe giungere sia sulla base del combinato disposto dell'art. 2087 cod. civ. e dell'art. 2 Cost., sia sulla base di un'applicazione analogica della tutela speciale di urgenza, dove il danno non patrimoniale è espressamente contemplato⁶⁰.

Va evidenziato che per le discriminazioni sessuali non è prevista l'applicazione del rito sommario di cognizione *ex art. 702-bis* del cod. proc. civ. (art. 28, co. 1, d.lgs. n. 150 del 2011)⁶¹, che non solo avrebbe avvicinato l'azione ordinaria alla rapidità offerta dalla tutela speciale *ex art. 38* del codice delle pari opportunità, ma anche l'avrebbe corredata con le stesse sanzioni previste per la tutela speciale. La ragione dell'esclusione è oscura, derivando probabilmente dal difetto di coordinamento delle discipline. Se si ritenesse più efficace il sistema sanzionatorio, se ne potrebbe richiedere almeno l'applicazione analogica, per evitare una pronuncia di incostituzionalità per disparità di trattamento fra le diverse tutele antidiscriminatorie.

⁵⁹ V. in tal senso LASSANDARI, *op. cit.*, p. 318.

⁶⁰ Sulla problematica del danno non patrimoniale v. AIDLISS, *Il danno alla persona del lavoratore*, Giuffrè, 2007; PIZZO-FERRATO-MONTANARI, *Il danno alla persona nel rapporto di lavoro*, in *Trattato di diritto del lavoro* diretto da PERSIANI e CARINCI F., *Contratto di lavoro e organizzazione*, t. II. *Diritti e obblighi*, a cura di MARAZZA, Cedam, 2012, p. 1902 ss.

⁶¹ Tale disposizione prevede infatti che le controversie in materia di discriminazione, di cui all'art. 44 del d.lgs. n. 286 del 1998 (discriminazione per motivi razziali, etnici, linguistici, nazionali, di provenienza geografica o religiosi), all'art. 4 del d.lgs. n. 215 del 2003 (discriminazione per razza o origine etnica), all'art. 4 del d.lgs. n. 216 del 2003 (discriminazione per religione, convinzioni personali, handicap, età e orientamento sessuale), all'art. 3 della l. n. 67 del 2006 (discriminazione per disabilità) e all'art. 55-*quinquies* del d.lgs. n. 198 del 2006 (discriminazioni per ragioni di sesso nell'accesso a beni e servizi e loro fornitura), sono regolate dal rito sommario di cognizione nel quale, oltre all'attenuazione dell'onere della prova, con l'ordinanza che definisce il giudizio, il giudice "può condannare il convenuto al risarcimento del danno anche non patrimoniale e ordinare la cessazione del comportamento, della condotta o dell'atto discriminatorio pregiudizievole, adottando, anche nei confronti della pubblica amministrazione, ogni altro provvedimento idoneo a rimuoverne gli effetti. Al fine di impedire la ripetizione della discriminazione il giudice può ordinare di adottare, entro il termine fissato nel provvedimento, un piano di rimozione delle discriminazioni accertate. Nei casi di comportamento discriminatorio di carattere collettivo, il piano è adottato sentito l'ente collettivo ricorrente"; il giudice inoltre può ordinare la pubblicazione del provvedimento, per una sola volta e a spese del convenuto, su un quotidiano di tiratura nazionale, salvo il caso di discriminazione per disabilità (l. n. 67 del 2006, anche se la discriminazione per handicap è prevista pure dal d.lgs. n. 216).

Nel caso di discriminazioni diverse dal genere, il soggetto discriminato, come si è appena accennato, ricorre in giudizio con applicazione del rito sommario *ex art. 702-bis* cod. proc. civ., accompagnato dal sistema sanzionatorio previsto dall'art. 28 del d.lgs. n. 150/11 (art. 4 tanto del d.lgs. n. 215 quanto del d.lgs. n. 216). Anche in tali procedure emergono disorganicità regolative. Non risulta agevole comprendere il motivo per cui il d.lgs. 150/11 abbia riformulato il co. 1 dell'art. 44 del d.lgs. n. 286/98 (sulla disciplina dell'immigrazione), che prevede l'azione civile contro la discriminazione posta in essere da un privato o dalla pubblica amministrazione per motivi razziali, etnici, linguistici, nazionali, di provenienza geografica o religiosa, con la quale il soggetto discriminato può ricorrere all'autorità giudiziaria ordinaria per domandare la cessazione del comportamento pregiudizievole e la rimozione degli effetti della discriminazione; riformulazione a cui si accompagna la previsione dell'applicazione a tali controversie della procedura prevista dall'art. 28 del d.lgs. n. 150/2011. La conservazione dell'azione potrebbe comprendersi solo in quanto la stessa sia riferibile a discriminazioni che avvengano fuori dal campo di applicazione del d.lgs. n. 215 e 216 (artt. 3)⁶².

Va inoltre sottolineato che l'art. 4 tanto del d.lgs. n. 215 quanto del d.lgs. n. 216 richiama *opportunamente* l'applicazione dell'art. 44, co. 11, d.lgs. n. 286/98 con riguardo ad atti o comportamenti discriminatori, come definiti dall'art. 2 dei decreti in parola: nell'ipotesi in cui siano accertate, in sede giudiziaria, discriminazioni poste in essere da imprese, alle quali siano stati accordati benefici da leggi statali o regionali ovvero che abbiano stipulato contratti di appalto, attinenti all'esecuzione di opere pubbliche, di servizi o di forniture, nei confronti delle imprese è disposta la revoca dei benefici e, nei casi più gravi, l'esclusione del responsabile per due anni da qualsiasi ul-

⁶² Le fattispecie, in molti casi, rientrano però nell'ambito di applicazione assai ampio anche del d.lgs. n. 215: ad esempio v. Trib. Padova 5 dicembre 2011, in *DeJure* (come le altre sentenze citate successivamente), relativa a prestazioni sociali (assegno ai nuclei familiari); Trib. Arezzo 14 agosto 2009, a proposito di pensione indiretta a moglie di assicurato poligamo; Trib. Brescia 12 marzo 2009, che richiama espressamente anche il d.lgs. n. 215 in materia di provvidenze assistenziali. Si potrebbe ritenere che la conservazione della disposizione assicuri la presenza di un procedimento cautelare, quale quello previsto dall'art. 44, almeno secondo un orientamento giurisprudenziale consolidato da tempo (v. Cass. 14 giugno 2013 n. 14992); ma alcuni giudici di merito ritengono che, proprio a seguito delle modifiche introdotte dall'art. 28 del d.lgs. n. 150/11, l'azione civile contro la discriminazione si svolga sempre con le forme del rito sommario di cognizione e il procedimento non si configuri come cautelare: v. Trib. Napoli 31 maggio 2012; Trib. Padova 5 dicembre 2011.

teriore concessione di agevolazioni finanziarie o creditizie, ovvero da qualsiasi appalto. Si tratta di sanzioni che accrescono l'effettività della tutela, dissuadendo da comportamenti discriminatori.

8. (segue). *La legittimazione attiva dei soggetti istituzionali e collettivi*

Nell'ambito della discriminazione di genere, un rafforzamento della tutela contro le discriminazioni collettive, dirette e indirette, è realizzato con la previsione di un'azione istituzionale (pubblica), promuovibile dal consigliere di parità, competente per territorio, autonomamente (in via ordinaria o di urgenza *ex art. 37* del Codice delle pari opportunità), che può anche scegliere, in alternativa alla via giudiziaria, la strada della conciliazione. In particolare l'art. 37 stabilisce che le consigliere o i consiglieri di parità regionali e, nei casi di rilevanza nazionale, la consigliera o il consigliere nazionale possano seguire una via alternativa al giudizio in quanto, rilevata l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori diretti o indiretti di carattere collettivo, in violazione dei divieti di discriminazione già richiamati per l'azione individuale, anche quando non siano individuabili in modo immediato e diretto le lavoratrici o i lavoratori lesi dalle discriminazioni, possono chiedere all'autore della discriminazione di predisporre un piano di rimozione delle discriminazioni accertate, entro un termine non superiore a centoventi giorni, sentite, nel caso di discriminazione posta in essere da un datore di lavoro, le rappresentanze sindacali aziendali ovvero, in loro mancanza, le associazioni locali aderenti alle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative sul piano nazionale. Se il piano è considerato idoneo alla rimozione delle discriminazioni, la consigliera o il consigliere di parità promuovono il tentativo di conciliazione e il relativo verbale, in copia autenticata, acquista forza di titolo esecutivo con decreto del tribunale in funzione di giudice del lavoro.

Qualora le consigliere o i consiglieri di parità non ritengano di avvalersi della procedura di conciliazione, o in caso di esito negativo della stessa, possono proporre ricorso davanti al tribunale in funzione di giudice del lavoro o al tribunale amministrativo regionale territorialmente competenti (tutela in via ordinaria). Il giudice, nella sentenza che accerta le discriminazioni, oltre a provvedere, se richiesto, al risarcimento del danno anche non patrimoniale, ordina all'autore della discriminazione di definire un piano di ri-

mozione delle discriminazioni accertate, sentite, nel caso si tratti di datore di lavoro, le rappresentanze sindacali aziendali ovvero, in loro mancanza, gli organismi locali aderenti alle organizzazioni sindacali di categoria maggiormente rappresentative sul piano nazionale, nonché la consigliera o il consigliere di parità regionale competente per territorio o la consigliera o il consigliere nazionale. Nella sentenza il giudice fissa i criteri, anche temporali, da osservarsi ai fini della definizione ed attuazione del piano.

Ferma restando l'azione in via ordinaria, la consigliera o il consigliere regionale e nazionale di parità possono proporre ricorso in via d'urgenza al tribunale in funzione di giudice del lavoro o al tribunale amministrativo regionale territorialmente competenti. Il Tribunale adito, nei due giorni successivi, convoca le parti e assume sommarie informazioni, ove ritenga sussistente la violazione di cui al ricorso, con decreto motivato e immediatamente esecutivo oltre a provvedere, se richiesto, al risarcimento del danno anche non patrimoniale, nei limiti della prova fornita, ordina all'autore della discriminazione la cessazione del comportamento pregiudizievole e adotta ogni altro provvedimento idoneo a rimuovere gli effetti delle discriminazioni accertate, ivi compreso l'ordine di definizione ed attuazione da parte del responsabile di un piano di rimozione delle medesime (con applicazione di quanto già previsto nel caso di azione ordinaria). Contro il decreto è ammessa, entro quindici giorni dalla comunicazione alle parti, opposizione avanti alla medesima autorità giudiziaria territorialmente competente, che decide con sentenza immediatamente esecutiva. La tutela davanti al giudice amministrativo è disciplinata dall'articolo 119 del codice del processo amministrativo. L'inottemperanza delle decisioni dei giudici è punita con l'ammenda fino a 50.000 euro o l'arresto fino a sei mesi e comporta altresì il pagamento di una somma di 51 euro per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione del provvedimento da versarsi al Fondo di cui all'articolo 18 e la revoca dei benefici di cui all'articolo 41, co. 1, del codice delle pari opportunità (forma di coazione indiretta all'osservanza dell'ordine del giudice). Il giudizio instaurato sulla base dell'azione istituzionale autonoma conduce ad un ordine del giudice di definizione di un piano collettivo di rimozione degli effetti discriminatori, scadenzato nel tempo e non necessariamente definito di obblighi di assunzione delle lavoratrici.

Affidare a figure istituzionali il contrasto anche giudiziario delle discriminazioni appare soluzione efficace e conforme con le direttive comunitarie in materia. Il consigliere di parità, che rientra tra gli organismi della parità ed è definito come pubblico ufficiale (art. 13, co. 2, codice pari opportunità), è

disciplinato e rafforzato, nella sua struttura e nelle sue funzioni, dal codice delle pari opportunità (artt. 12-19) con la previsione di strutture di supporto, di risorse per fronteggiare le spese per le azioni in giudizio e della possibilità di fruire (se lavoratori dipendenti) di un monte-ore di permessi (è stata introdotta anche la rete dei consiglieri di parità, coordinata dal consigliere nazionale, per accrescere l'efficacia dell'azione attraverso lo scambio di informazione ed esperienze). Con il d.lgs. n. 5 del 2010 il consigliere ha adesso anche il compito di svolgere inchieste indipendenti e di pubblicare relazioni e raccomandazioni in materia di discriminazioni sul lavoro (art. 15, co. 1-bis, del codice delle pari opportunità). Nato come sistema capillare per integrare il Comitato nazionale di parità (artt. 8 e 10 codice pari opportunità) e rendere più effettivo ed incisivo l'intervento pubblico in materia, il giudizio positivo sull'attività del consigliere di parità è purtroppo frenato dall'evidente mancanza di indipendenza della figura stessa rispetto all'organo politico-amministrativo che procede alla nomina, difettando in particolare dell'investimento in autorevolezza delle figure e della necessaria terzietà in quanto incardinate presso il Ministero del Lavoro; ed è evidente che indipendenza e autorevolezza siano requisiti indispensabili per lo svolgimento adeguato di tale aspetto della funzione antidiscriminatoria⁶³. Una conferma di tale valutazione proviene dalle aule giudiziarie dove, proprio per la mancanza della natura di autorità indipendente, è stata ritenuta pienamente legittima la revoca (o meglio la non conferma, senza alcuna specifica motivazione, in base all'art. 6 della l. n. 145/02) della Consigliera nazionale di parità, al mutamento dell'organo politico che l'ha nominata⁶⁴.

Nel campo delle discriminazioni diverse dal genere non vi è però, neppure con i limiti insiti nella disciplina appena richiamata, la possibilità che soggetti istituzionali esperiscano azioni giudiziarie. Nell'ambito delle discriminazioni fondate su etnia e razza opera l'Ufficio per il contrasto delle discriminazioni (UNAR) – istituzione pubblica creata *ad hoc* per promuovere la parità di trattamento e rimuovere le discriminazioni –: esso può soltanto fornire assistenza nei procedimenti giurisdizionali o amministrativi intrapresi dalle persone che si ritengono lese da comportamenti discriminatori, anche secondo le forme di cui all'art. 425 cod. proc. civ. (vale a dire richiesta di in-

⁶³ Su questi aspetti v. GUARRIELLO, *Le istituzioni di parità*, in CALAFÀ e GOTTARDI (a cura di), *Il diritto antidiscriminatorio*, Ediesse, 2009, pp. 313 ss., spec. p. 318 ss.; ROCCELLA (a cura di GOTTARDI e GUARRIELLO), *Manuale di diritto del lavoro*, Giappichelli, 2013, p. 270.

⁶⁴ V. Cons. St. n. 5031/10 e Tar Lazio n. 580/09.

formazioni e osservazioni). L'Ufficio ha esteso la sua attività anche agli altri fattori di discriminazione nell'ambito di ascolto, raccolta, osservazione dei fenomeni discriminatori e in particolare, in base alle direttive del ministro del lavoro, dell'elaborazione, in collaborazione con il Consiglio d'Europa, di una Strategia nazionale delle discriminazioni basate sull'orientamento sessuale e sull'identità di genere⁶⁵. Del resto per contrastare le discriminazioni previste dal d. n. 216 non è stato istituito alcun organismo pubblico e, come si è accennato all'inizio, la proposta di direttiva comunitaria del 2008, che prevedeva una soluzione analoga a quelle del "genere" e della "razza", non ha visto più la luce.

Tanto il problema dell'indipendenza degli organismi istituzionali quanto la mancanza in territori rilevanti della discriminazione, come quelli previsti dal d.lgs. n. 216 specie su religione e orientamento sessuale (handicap ed età risultano presidiati da altre tecniche consolidate di tutela⁶⁶), rendono la copertura istituzionale antidiscriminatoria ancora assai lacunosa, specie nelle sedi giudiziarie dove il contrasto alle discriminazioni realizzate dovrebbe essere molto forte.

Nel campo della tutela giurisdizionale le aspettative perciò si ripongono in misura maggiore sulla previsione di un'azione collettiva per contrastare le discriminazioni; aspettative in buona parte deluse.

Per le discriminazioni *di genere* manca la previsione di un'autonoma azione di soggetti collettivi e l'intervento in giudizio di questi ultimi (organizzazioni sindacali, associazione e organizzazione rappresentative del diritto o degli interessi lesi) si realizza per delega del lavoratore: si tratta di una rappresentanza volontaria, che trova la sua fonte nella volontà del rappresentato titolare dell'interesse, in base all'art. 1387 cod. civ. Qui si nota la differenza rispetto alla legittimazione attiva del Consigliere di parità che svolge invece, quando esperisce l'autonoma azione che gli è riconosciuta, la funzione di sostituzione processuale, agendo "in nome proprio" per far valere "diritti altrui"⁶⁷. Come pure è

⁶⁵ V. la Strategia 2013-2015 nel sito dell'Unar (unar.it).

⁶⁶ Su questi aspetti, da ultimo, v. SANTUCCI, *La tutela antidiscriminatoria*, in AA.VV., *Istituzioni di diritto del lavoro e sindacale*, vol. III, Giappichelli, 2014.

⁶⁷ Su questi profili, si rinvia a CURCIO, *op. cit.*, spec. p. 543 ss.; v. anche Trib. Roma 21 giugno 2012, che sottolinea la considerazione, da parte dell'ordinamento, del diritto del discriminato (diversamente dalla tutela *ex art.* 28 Stat. lav. in cui l'organizzazione sindacale agisce per un interesse proprio) e la sussidiarietà dell'azione riconosciuta al soggetto collettivo, in caso di discriminazione collettiva, in veste appunto di sostituto processuale.

da distinguere l'intervento nei giudizi promossi dal soggetto discriminato, dove si realizza un intervento litisconsortile dipendente (*ad adiuvandum*), che non lascia spazio a domande autonome rispetto a quelle poste dal soggetto discriminato (v. art. 36, c. 2, d.lgs. n. 198/06)⁶⁸.

Per quanto concerne le discriminazioni diverse dal *genere*, la situazione relativa alle azioni collettive è migliore ma occorre ulteriormente distinguere quelle relative a razza ed etnia (v. d.lgs. n. 215/03; d.lgs. n. 198/06) da quelle riguardanti religione, convinzioni personali, handicap, età, orientamento sessuale (v. d.lgs. n. 215/03).

Nel primo caso il soggetto passivo della discriminazione può coinvolgere soggetti collettivi, rilasciando la delega – che, a pena di nullità, deve essere redatta per atto pubblico o scrittura privata autenticata – in nome e per conto o a sostegno della propria azione, ad associazioni ed enti inseriti in un apposito elenco, approvato dal Ministero per le pari opportunità, e individuati sulla base delle finalità programmatiche e della continuità dell'azione (art. 5 d.lgs. n. 215/2003; in tale elenco possono essere inserite le associazioni che già risultavano iscritte nel registro di cui al d.P.R. n. 394/99, regolamento di attuazione del t.u. sull'immigrazione, e le associazioni e gli enti inserite nel registro delle associazioni e degli enti che svolgono attività nel campo della lotta alle discriminazioni, secondo le previsioni dell'art. 6)⁶⁹.

Le associazioni e gli enti inseriti nell'elenco di cui all'art. 5 sono legittimati ad agire nei casi di discriminazione collettiva qualora non siano individuabili in modo diretto e immediato le persone lese dalla discriminazione (art. 5, co. 3, d.lgs. n. 215/2003). La tutela giurisdizionale è disciplinata dall'art. 4 del medesimo d.lgs. n. 215, che, prevista la possibilità di promuovere il tentativo di conciliazione ai sensi dell'art. 410 cod. proc. civ., rinvia alla regolamentazione fissata dall'art. 28 del d.lgs. n. 150/2011. Va sottolineato che l'art. 44, co. 10, del d.lgs. 286/98 prevede la possibilità, quando si tratti di discriminazioni collettive poste in essere da datori di lavoro, che il ricorso sia presentato dalle rappresentanze locali delle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello nazionale (e si segue la procedura definita dall'art. 28 d.lgs. n. 150/11). In linea essenziale si può rilevare che si tratta di una tutela specifica aggiuntiva, riconosciuta alle organizzazioni sindacali, nella loro articolazione periferica, in quanto meglio conoscono la realtà aziendale e, proprio

⁶⁸ V. ancora CURCIO, *op. cit.*, p. 543.

⁶⁹ In attuazione dell'art. 5 si vedano i D.M. 16 dicembre 2005 e 9 aprile 2010.

per questo motivo, il termine “rappresentanze locali” deve interpretarsi in modo ampio, tale da ricomprendere le rappresentanze aziendali dei lavoratori nei luoghi di lavoro⁷⁰.

Per le altre discriminazioni, il sistema è analogo a quello previsto dall’art. 4 del d.lgs. n. 215 (v. art. 5 d.lgs. n. 216/03). Mutano però i soggetti collettivi che, in questo caso, sono le organizzazioni sindacali e le associazioni e le organizzazioni rappresentative del diritto o dell’interesse lesso (art. 5, co. 2, d.lgs. n. 216/03)⁷¹. Anche in questo caso, l’art. 4 del d.lgs. n. 216 rinvia alla regolamentazione dell’art. 28 del d.lgs. n. 150/11 per quel che riguarda la disciplina del procedimento e le tecniche di tutela.

Con la previsione dell’azione autonoma dei soggetti collettivi e istituzionali certamente il sistema italiano oltrepassa la disciplina minimale europea; paradossalmente, però, non per le discriminazioni di genere, che, seppure più ricorrenti, beneficiano solo dell’azione pubblica autonoma, ma per quelle sull’orientamento sessuale, dove, anche per l’attenuazione dell’onere della prova che ricade in modo sostanziale sul soggetto attivo della discriminazione, la disciplina potrebbe porsi in rotta di collisione con l’esigenza di tutela della riservatezza, che in sede europea è stata oggetto di considerazione anche da parte della Corte di Giustizia.

9. Criticità e prospettive

L’analisi ha evidenziato le peculiarità di alcune tecniche processuali a cui il sistema italiano e quello tedesco hanno scelto di fare ricorso al fine di assicurare l’“accesso alla giustizia” alle vittime di discriminazione.

Le novità introdotte con i più recenti interventi normativi, sollecitati dalla normativa europea, sono state concepite a suo tempo per soccorrere le vittime di discriminazione e garantire ad esse l’effettività della tutela giurisdizionale. Ma in entrambi i sistemi il quadro non è dei più rosei. In tutte le discriminazioni è facilmente rilevabile la mancanza di contenzioso di una certa consistenza. È noto che le discriminazioni emergono con notevole difficoltà.

⁷⁰ Per un discorso analogo a proposito della legittimazione ad agire *ex art.* 28 Stat. lav. v. SANTUCCI, *Il procedimento per la repressione*, cit.; e CURCIO, *op. cit.*, p. 546 ss.

⁷¹ Per una recente applicazione della disposizione in campo sindacale attraverso il fattore della “convizione personale”, v. Trib. Roma 21 giugno 2012, cit.

Il sistema di tutela italiano, in questo aspetto, va oltre quello minimo comunitario, ma sicuramente necessita di un'attenta rivisitazione che sappia calibrare bene le tutele, assicurando per un verso effettività specie con attenzione alla legittimazione attiva di natura collettiva o pubblica e garantendo per un altro verso la privacy in quelle fattispecie discriminatorie in cui gli individui preferiscono la riservatezza. La stratificazione, l'irrazionalità, il disordine normativo e le ambiguità delle istituzioni della parità non favoriscono inoltre il contrasto alle discriminazioni.

La disciplina tedesca mostra limiti e manchevolezze in parte analoghe.

Anche in questo contesto le disfunzioni organizzative, l'onerosità del processo e la mancanza di un'adeguata conoscenza tecnica della legislazione in materia ostacolano il perseguimento dell'esigenza di effettività della tutela giurisdizionale delle vittime da discriminazioni ed accrescono la diffidenza nei confronti della via giudiziaria alla lotta contro le discriminazioni⁷².

Da qui lo scarso impiego degli strumenti di reazione giudiziale attivabili su iniziativa individuale.

L'interrogativo che si potrebbe porre è se alcune più moderne tecniche di *enforcement* come le azioni collettive o le *class action*, tipiche dell'esperienza nordamericana, ma già presenti in parte nella normativa antidiscriminatoria italiana, possano essere utilmente trasposte in Germania o rafforzate in Italia quali *good practices*.

In linea generale, è noto che gli studi comparatistici hanno messo in guardia contro il rischio di rigetto e le difficoltà dell'adattamento di un determinato istituto giuridico ogniqualvolta si tenti di utilizzarlo al di fuori del suo habitat. Né si può ignorare, nella specie, che la riuscita di un trapianto di *class action* o di azioni collettive sia legata soprattutto a fattori ambientali di carattere politico, essendo necessario verificare, anche in tal caso, fino a che punto i gruppi organizzati operanti in un dato sistema siano disposti ad accettare simili strumenti. Un ostacolo alla loro trasferibilità potrebbe derivare, ad esempio, dal fatto che in entrambi i sistemi il fenomeno del multiculturalismo e la tutela contro le discriminazioni trovano radici meno profonde che altrove.

Tuttavia, una ritrosia ad accogliere strumenti di tutela giurisdizionale che si basano sulla dimensione collettiva potrebbe non avere molto senso,

⁷² Così come traspare dal titolo di un interessante contributo ossia quello di RAASCH, RASTETTER, *Umsetzung des AGG in den Betrieben: Außer Spesen nichts gewesen?*, in *Zeitschrift des Deutschen Juristinnenbundes* (djBZ), 2009, pp. 245-251.

posto che tale dimensione ha sempre rivestito una particolare rilevanza nella tradizione del diritto del lavoro dei due Paesi in esame e più in generale nella loro cultura giuridica; del resto è parimenti significativo che le tecniche processuali per favorire giudizi collettivi stiano guadagnando ampio terreno, anche in altri settori affini dell'ordinamento⁷³. Giovandosi di tali tecniche la normativa antidiscriminatoria tedesca potrebbe anzi ovviare ad alcune sue lacune ed inadeguatezze. Si pensi ad esempio alla scarsa fiducia sinora riposta nella capacità del soggetto pubblico di assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale contro le discriminazioni⁷⁴: a tal proposito non si vede per quale ragione l'*Antidiskriminierungsstelle* non possa disporre, al pari dell'omologo consigliere o consigliera di parità, della facoltà di promuovere autonomamente l'azione, almeno nei casi di discriminazioni di genere. Ma anche il ruolo processuale attribuito alle organizzazioni impegnate nella lotta alle discriminazioni potrebbe essere valorizzato riconoscendo ad esse la capacità di agire in giudizio specie se si tratta di contrastare discriminazioni indirette ed istituzionali⁷⁵.

Simili proposte di imitazione si giustificerebbero oltretutto anche alla luce delle forti perplessità emerse, fin dai primi commenti all'AGG, a proposito della scelta di affidare al consiglio aziendale, e soprattutto al sindacato, la legittimazione ad agire in giudizio a tutela di posizioni facenti capo a gruppi di individui discriminati (peraltro prevedendo forti restrizioni quanto ai presupposti di legittimazione).

⁷³ Per la Germania si pensi alla *Kapitalanleger- Musterverfahrensgesetz* or *KapMuG* del 16 agosto 2005 che ha previsto una tutela in via sperimentale per gli investitori ed il già richiamato *UKLaG* del 2002 che riconosce alle associazioni dei consumatori la legittimazione ad esercitare un'azione per inibire i comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori. Anche in Italia il codice del consumo (d.lgs. n. 206/05) riconosce una simile azione (artt. 139 e ss.). Si può anche menzionare la *class action*, introdotta dal d.lgs. n. 198/08, nei confronti delle pubbliche amministrazioni (sul tema cfr. SORICELLI, *Contributo dello studio della class action nel sistema amministrativo italiano*, Giuffrè, 2012).

⁷⁴ V. anche le proposte formulate dal DGB nel parere pubblico rilasciato nel luglio 2009 dal titolo "*Eine erste Bilanz der Arbeit der Antidiskriminierungsstelle des Bundes (ADS) und eine Positionierung zu ihrer zukünftigen Ausrichtung*".

⁷⁵ Sulla necessità di un rafforzamento del ruolo delle associazioni cfr. il rapporto N. ALTHOFF, S. CHOI, *Verbände aktiv gegen Diskriminierung. Das Projekt „Diskriminierungsschutz: Handlungskompetenz für Verbände“*, Institut für Menschenrechte, 2011. Tale esigenza è riconosciuta anche dall'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali che ha evidenziato la necessità di prevedere un diritto alla *class action*, di creare opportunità di finanziamento e costruire e rafforzare analoghe strutture di consulenza.

Tale scelta esclusiva, che il sistema italiano non ha fatto, dà adito a non poche perplessità.

In primo luogo perché la norma non tiene conto che una diversificazione della disciplina in relazione alla varietà del fattore di rischio avrebbe potuto favorire lo sviluppo di organismi differenziati con competenze specialistiche.

Inoltre, la scelta di fare affidamento sui sindacati ed i consigli aziendali (in buona parte sindacalizzati), pur essendo conforme alla tradizione del sistema “duale” di rappresentanza degli interessi in azienda – sistema da tempo istituzionalizzato in Germania – appare in ultima istanza di dubbia utilità, specie in un ordinamento come quello tedesco caratterizzato da un basso tasso di sindacalizzazione.

In particolare, non è da escludere che, come ha di recente sottolineato parte della dottrina, i sindacati decidano di non intraprendere l'azione giudiziale, “*because they do not take the issue au sérieux, or because they prefer a strategy of negotiations with employers rather than a campaign of litigation. Victims of discrimination may find themselves extremely isolated if their unions are reluctant to pick up individual cases or if they are not unionised in the first place*”⁷⁶.

⁷⁶ FREDMAN, *Making Equality Effective*, cit., p. 18. In tale prospettiva non dovrebbe dunque stupire se fino ad ora i §§ 17.2 e 23 AGG sono rimasti più o meno lettera morta. Uno dei pochi casi in cui la previsione è stata utilizzata dal consiglio di fabbrica questi aveva chiesto al giudice del lavoro un provvedimento per ingiungere al datore di lavoro di non fissare il requisito di un anno di servizio nei bandi, al fine di realizzare un risparmio sul costo del lavoro – in modo da pagare ai neo-assunti uno stipendio inferiore rispetto ai lavoratori con esperienza professionale. Il *Bundesarbeitsgericht* ha accolto il ricorso del *Betriebsrat* sostenendo che tale prassi deve essere considerata una discriminazione indiretta fondata sull'età. BAG, 18.8.2009-1 ABR 47/08. In Italia invece la normativa è stata “piegata” alle esigenze protettive in materia sindacale: v. Trib. Roma 21 giugno 2012, cit.

Abstract

Il saggio si concentra su alcuni aspetti problematici del diritto antidiscriminatorio europeo, italiano e tedesco, come quelli relativi alla legittimazione ad agire in giudizio a sostegno di una vittima di discriminazione ed ai rimedi processuali previsti a favore dei soggetti pubblici e/o collettivi per la tutela degli interessi collettivi. Aspetti, questi, che assumono una rilevanza strategica per l'effettività delle garanzie sostanziali. Con riferimento a tali profili, il saggio intende anzitutto offrire una panoramica sia del diritto antidiscriminatorio europeo, sia dell'elaborazione interpretativa della Corte di Giustizia. In secondo luogo, in esso si confrontano il sistema tedesco ed italiano per verificare la qualità ed il tipo di interventi che i singoli legislatori nazionali hanno previsto al fine di trasporre la normativa europea nel proprio diritto interno e favorire l'accesso alla giustizia per le vittime di discriminazioni. Infine, lo studio offre alcuni suggerimenti per una trasposizione o un potenziamento delle più moderne tecniche di *enforcement* tipiche del diritto antidiscriminatorio statunitense, come le *class action* o le azioni collettive, ma evidenzia che la riuscita del trapianto è legata soprattutto alla disponibilità dei gruppi organizzati, operanti in ciascuno di tali sistemi, ad accettare questi strumenti e utilizzarli nella specifica realtà socio-economica.

The focus of the essay will be on some aspects of fundamental importance for the understanding of the effectiveness of substantive guarantees, such as the ones related to *locus standi* for trade unions, equality bodies and civil society organizations engaged in non-discrimination law. As far as those aspects are concerned, the study, first of all, provides an account of the EU non-discrimination law in the world of work through a close reading of some ECJ judgments. Subsequently, the paper compares enforcement regimes for non-discrimination law in Germany and Italy, in order to verify whether there is a potential of mutual learning between German and Italian legal orders for enforcing non-discrimination law in the world of work. The paper submits that strong arguments could exist in favour of class action or representative action to enforce non-discrimination law, but stresses that the conditions of mutual learning between the two legal systems are related to the willingness of the agents to embrace these rules and, if necessary, enforce them into socio-economic reality.

Key words

Discriminazioni, legittimazione ad agire, soggetti istituzionali e collettivi, Italia, Germania, Unione europea.

Discriminations, standing to bring a case, collective and public bodies, Italy, Germany, European Union.