

Provvedimenti amministrativi discriminatori e tutela delle pretese abitative degli immigrati extracomunitari  
di

Lorenzo De Gregoriis

Publicato sul sito <http://www.giustizia-amministrativa.it/> il 27 ottobre 2011

SOMMARIO: 1. Tutela multilivello della pretesa abitativa degli immigrati extracomunitari. Inquadramento del tema. 2. Provvedimenti a efficacia distributiva e riparto di giurisdizione. 3. (segue) Verso la giurisdizione esclusiva del giudice ordinario per gli atti e i comportamenti amministrativi discriminatori? 4. (segue) Provvedimenti discriminatori e interesse legittimo alla parità di trattamento. 5. Provvedimenti discriminatori e accesso all'edilizia residenziale pubblica. Osservazioni critiche.

## 1. TUTELA MULTILIVELLO DELLA PRETESA ABITATIVA DEGLI IMMIGRATI EXTRACOMUNITARI. INQUADRAMENTO DEL TEMA.

La pretesa abitativa degli immigrati extracomunitari può essere declinata giuridicamente in due differenti modi. In primo luogo viene in rilievo il diritto all'abitazione in senso tradizionale, ossia la situazione giuridica soggettiva che ha a oggetto il bene-casa inteso nel senso di «edificio, di dimensione e aspetto vari, adibito ad abitazione dell'uomo». La seconda possibile declinazione della pretesa abitativa sottintende una definizione più ampia del concetto di «casa», da intendersi come «abitazione, residenza di un nucleo familiare»<sup>1[1]</sup> ed è tale da includere anche la c.d. casa mobile, realizzata materialmente con moduli abitativi non saldamente ancorati al terreno, quali *campers* e *roulottes*, ma gli esempi estremi sono rappresentati dagli *igloo* degli eschimesi e dalle tende beduine delle regioni desertiche mediorientali<sup>2[2]</sup>.

La pretesa alla casa intesa come edificio rientrante nelle tipologie abitative standardizzate, tipiche delle società industriali avanzate, trova soddisfazione nei rapporti interprivati regolati dal diritto civile, nonché nei rapporti di diritto pubblico, per mezzo della c.d. edilizia residenziale pubblica, qualora il soggetto interessato versi in una condizione di oggettiva difficoltà economica che gli impedisca di soddisfare altrimenti tale pretesa<sup>3[3]</sup>. L'attuazione della pretesa alla casa c.d. mobile comporta invece, generalmente, un problema di contenimento della discrezionalità della p.a. nella localizzazione delle zone destinate a tali spazi abitativi – i tristemente noti «campi nomadi»<sup>4[4]</sup> – e di soddisfazione delle garanzie partecipative nei procedimenti che si concludono con i provvedimenti di sgombero dagli insediamenti abusivi<sup>5[5]</sup>, per quanto anche nella

---

<sup>1[1]</sup> La definizione di «casa» è quella riportata dal dizionario SABATINI-COLETTI, consultabile *on line* al sito <[http://dizionari.corriere.it/dizionario\\_italiano/C/casa.shtml](http://dizionari.corriere.it/dizionario_italiano/C/casa.shtml)>.

<sup>2[2]</sup> La rilevanza giuridica della pretesa alla casa c.d. mobile è affermata dalla Corte Europea dei diritti umani, che, nella sentenza 25 settembre 1996, Buckley v. U.K. (20348/1992), ha proposto un'interpretazione ampia del diritto alla casa *ex art. 8* della Convenzione europea dei diritti umani. Sul punto si veda il documento predisposto dalla European Union Agency for Fundamental Rights, *Handbook on European non-discrimination Law*, Vienna, 2010, consultabile in <http://fra.europa.eu>, secondo cui (p. 74) «*the ECtHR has construed the right to a home widely to include mobile homes such as caravans or trailers, even in situations where they are located illegally...Adopting this approach, access to housing...would also include the right to equal treatment in the way that housing is allocated...maintained...and rented*».

<sup>3[3]</sup> Si veda a tal proposito ZITO, A., *La gestione del patrimonio destinato a finalità abitative*, in *Annuario 2003 dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo*, p. 366, il quale osserva che «la materia dell'edilizia residenziale pubblica rappresent[a] storicamente il punto di emersione a livello di ordinamento giuridico di una grande questione sociale qual è quella connessa al bisogno abitativo ed alla conseguente situazione di disagio di chi ha difficoltà ad accedere allo *status* di proprietario secondo la logica del mercato».

<sup>4[4]</sup> Sul problema si veda, da ultimo, Cons. Stato sez. IV, 4 novembre 2009, n. 6866, in Riv. Giur. Edilizia, 2010, 2, p. 476 ss., con nota di MONACO, G., *Interventi a tutela del nomadismo: la difficoltà di ricondurre nell'ambito di un unico genus fattispecie tra loro differenti per caratteristiche, finalità ed implicazioni urbanistiche*, p. 482 ss.

<sup>5[5]</sup> Particolarmente noto è il caso del campo nomadi di Mestre, sul quale si veda da ultimo la sentenza TAR Venezia, sez. I, n. 207/2009, consultabile in <http://www.giustizia-amministrativa.it>. Sulla condizione giuridica dei *Rom* e *Sinti*

soddisfazione delle esigenze abitative delle popolazioni nomadi siano frequentemente riscontabili degli atteggiamenti discriminatori della pubblica amministrazione <sup>6[6]</sup>.

Occorre rilevare, peraltro, che da un esame complessivo della normativa dell'ordinamento italiano e di quello internazionale sembrano potersi distinguere una pluralità di situazioni giuridiche soggettive che gravitano, per così dire, intorno all'interesse all'acquisizione di uno spazio abitativo. Una prima distinzione, che per la verità ha ingenerato talune superfetazioni nozionistiche, è quella che intercorre tra il diritto a una *adeguata abitazione*, che rinvia tutela in una molteplicità di documenti normativi di diritto internazionale <sup>7[7]</sup>, e il diritto *al rispetto dell'abitazione* <sup>8[8]</sup>, che a sua volta è difficilmente distinguibile dal (o è da ricomprendere nel) diritto al rispetto della vita privata. Nel nostro ordinamento, un atteggiamento espressivo di quest'ultima duplicazione concettuale si è avuto, in modo particolare, quando si è cercato in dottrina, in assenza di un'espressa enunciazione normativa del *diritto alla casa o all'abitazione*, di desumere tale situazione giuridica dall'art. 14 della Costituzione che tutela l'inviolabilità del domicilio <sup>9[9]</sup>.

Viene infine in considerazione, e passiamo dunque alla terza situazione giuridica che occorre distinguere in quanto afferente al bene-casa, la protezione che la pretesa alloggiativa riceve a fronte della tutela generale apprestata alle discriminazioni nell'erogazione dei beni e servizi sociali. In questo caso, l'interesse alla casa è

---

nell'ordinamento giuridico italiano sono di grande interesse gli atti del Convegno internazionale sulla «*Condizione giuridica dei Rom e Sinti in Italia*», organizzato dall'Università degli Studi di Milano-Bicocca, e tenutosi nei giorni 16-18 giugno 2010 a Milano. Le relazioni, nonché i materiali normativi e giurisprudenziali più importanti, sono disponibili per la consultazione al sito <http://rom.asgi.it>.

<sup>6[6]</sup> Al riguardo si vedano i documenti predisposti dalla FRA, European Union Agency for Fundamental Rights, *Housing conditions of Roma and Travellers in the European Union. Comparative Report*, Vienna, 2009, nonché ID., *Handbook on European non-discrimination Law*, op. cit., entrambi consultabili in <http://fra.europa.eu>. In merito a quelle che sono state chiamate «abitazioni improprie» si ricordi quanto osservato da MARTINES, T., *Il «Diritto alla casa»*, in AA.VV., *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*, Bari, 1972, p. 391 ss., ora in *Opere*, Tomo IV, *Libertà e altri temi*, Milano, 2000, p. 13, per il quale, traducendosi esse abitazioni in un «limite di fatto alla libertà, all'eguaglianza e alla dignità sociale dei cittadini [...] spetta alla Repubblica [...] di porre in essere ogni forma di intervento diretto a eliminare la discriminazione fra chi, potendo usufruire di un'abitazione "propria" è in grado di sviluppare la sua personalità e chi, invece, non versando in tale condizione, si trova di fatto impedito e fortemente limitato nell'esercizio di alcuni diritti fondamentali».

<sup>7[7]</sup> Il diritto a una abitazione adeguata è protetto, in primo luogo, come *species* del diritto ad un adeguato *standard* nelle condizioni di vita nell'art. 11 della Convenzione Internazionale sui diritti economici, sociali e culturali e, similmente, nell'art. 25, c. 1, della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo. Sulla definizione contenutistica del diritto ad un'abitazione appropriata *ex art* 11 cit. si veda, peraltro, il *General Comment No. 4, The right to adequate housing*, CESCR, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), 13, December 1991.

<sup>8[8]</sup> Si vedano, a titolo esemplificativo, gli artt. 12 Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo; art. 8 della Convenzione per la protezione dei Diritti Umani e Libertà fondamentali; art. 17 del Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici; art. 11 della Convenzione Americana sui Diritti Umani; art. 7 della Carta dell'Unione Europea sui Diritti Fondamentali.

<sup>9[9]</sup> Si fa riferimento alla tesi avanzata da MARTINES, T., *Il «Diritto alla casa»*, op. cit., p. 13, per il quale «nella sua formulazione più semplice, l'interesse primario dell'abitare trova espressione nella tutela costituzionale del domicilio». Nel medesimo senso si veda anche ID., *Diritto Costituzionale*, Milano, 1997, p. 695-696, dove si afferma che «sembra che all'art. 14 possa farsi risalire il fondamento di quello che è stato definito il "diritto alla casa", vale a dire il diritto ad avere un'abitazione (non necessariamente in proprietà) idonea ad assicurare il libero svolgimento della vita privata». In senso contrario alla possibilità di desumere il diritto alla casa dalla libertà del domicilio si veda invece PACE, A., *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, 1985, vol. II, p. 201. Altrettanta problematica è, infine, l'operazione volta a desumere l'esistenza di un «diritto alla casa» dal comma 2 dell'art. 47 Cost., poiché il riferimento *ivi* contenuto all'«accesso del risparmio popolare alla proprietà dell'abitazione» lascia intendere (soltanto) un favore verso la proprietà che sia unicamente destinata ad abitazione del proprietario (CRISAFULLI, PALADIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1990, p. 47). In sostanza, la norma «si limita invero a richiedere che siano favorite alcune delle possibili destinazioni del risparmio popolare, quelle cioè che possono soddisfare un certo tipo di bisogni o di interessi dei piccoli risparmiatori», SORACE, D., *A proposito di «proprietà dell'abitazione», «diritto all'abitazione», e «proprietà (civiltistica) della casa»*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Vol. II, Milano, p. 1037. In giurisprudenza, i primi tentativi giurisprudenziali di definire il contenuto del «diritto ad un'abitazione» risalgono a C. Cost. 217/1988, che ha qualificato espressamente tale situazione giuridica soggettiva come *diritto sociale*, suscettibile di essere fatto valere anche nei confronti dello Stato, nonché alla sentenza C. Cost. 404/1988, che ha invece focalizzato l'attenzione sui diritti inviolabili protetti all'art. 2 Cost.

attratto nell'orbita della tutela prevista in generale per i servizi pubblici erogati dall'amministrazione pubblica <sup>10[10]</sup>.

Ciò detto, in questa sede mi occuperò soltanto di queste ultime situazioni, ossia di quelle che sono state chiamate «discriminazioni istituzionali», in materia di accesso degli immigrati extracomunitari agli alloggi dell'edilizia residenziale pubblica. Lo scopo dello scritto è, in modo particolare, quello di valutare la «tenuta» dell'art. 44 d.Lgs. 268/1998 (Testo Unico dell'Immigrazione, d'ora in poi TUIM), che disciplina l'«azione civile contro la discriminazione» dinanzi al giudice ordinario <sup>11[11]</sup>, a fronte delle discriminazioni nella soddisfazione della pretesa abitativa realizzate *a mezzo di provvedimenti amministrativi*.

Lo studio analizzerà anzitutto i recenti orientamenti della giurisprudenza di legittimità sull'azione civile ex art. 44 (par. 2), per poi valutare criticamente la tesi di una giurisdizione *piena e esclusiva* del giudice ordinario sul giudizio instaurato dall'azione civile a tutela della parità di trattamento (par. 3). Infine, dopo aver teorizzato la *possibilità* di una tutela dell'interesse alla parità di trattamento nelle forme dell'interesse legittimo (par. 4), si applicheranno i risultati così ottenuti sul campo (dell'attuazione) del diritto alla casa dell'extracomunitario (par. 5), per concludere nel senso della devoluzione al giudice amministrativo della cognizione dei provvedimenti amministrativi che incidono negativamente sulla parità di trattamento.

## 2. PROVVEDIMENTI A EFFICACIA DISTRIBUTIVA E RIPARTO DI GIURISDIZIONE.

È stato merito di un grande giurista dei nostri tempi la maturazione di un importante e ancora attuale concetto, quello cioè per cui i provvedimenti amministrativi, ai quali principalmente è affidato il compito di tradurre nella realtà il diritto amministrativo, sono «strumentali» alla distribuzione di beni e utilità tra i soggetti consociati <sup>12[12]</sup>. L'esperienza ha poi dimostrato che la «funzione distributiva» dell'amministrazione pubblica molto spesso è esercitata osservando criteri che sono ben lontani dall'ideale di un'equa ripartizione dei beni e dei servizi. Che anzi, se è vero che si sta facendo strada, ed è ormai un fenomeno indiscutibilmente

---

<sup>10[10]</sup> Cfr. European Union Agency for Fundamental Rights, *Handbook on European non-discrimination Law*, op. cit., in part. p. 73 ss.. Si fa riferimento, in modo particolare, alla Direttiva 2000/43/CE (*Racial Equality Directive*) per la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, attuata in Italia con il d.Lgs. 9 luglio 2003, n. 215, che all'art. 3, c. 1, lett. i), ammette espressamente la tutela giurisdizionale della parità di trattamento nell'accesso «ai beni e servizi, *incluso l'alloggio*».

<sup>11[11]</sup> L'art. 44 del TUIM, al suo primo comma, prevede che «quando il comportamento di un privato o della pubblica amministrazione produce una discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, il giudice può, su istanza di parte, ordinare la cessazione del comportamento pregiudizievole e adottare ogni altro provvedimento idoneo, secondo le circostanze, a rimuovere gli effetti della discriminazione». E ancora, il giudice ordinario, ai sensi dell'art. 4, c. 4 del d. Lgs. 215/2003, che rinvia al procedimento cautelare di cui all'art. 44 cit., «oltre a provvedere, se richiesto, al risarcimento del danno anche non patrimoniale, ordina la cessazione del comportamento, della condotta o dell'atto discriminatorio, ove ancora sussistente, nonché la rimozione degli effetti».

<sup>12[12]</sup> Si fa riferimento a LEDDA, F., *La concezione dell'atto amministrativo e dei suoi caratteri*, pubblicato in *Diritto amministrativo e giustizia nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, a cura di U. ALLEGRETTI, A. ORSI BATTAGLINI, D. SORACE, Rimini, 1987, II, p. 777 ss., e ora in *Scritti giuridici*, Padova, 2002, p. 236 ss. L'A. invita a «accantonare provvisoriamente l'atto» amministrativo, per rilevare subito dopo che quest'ultimo è soltanto un «mezzo rispetto a scopi ulteriori, la cui realizzazione dipende da comportamenti successivi della stessa amministrazione o dei destinatari» (ivi, p. 240). Ed infatti «l'azione amministrativa considerata nel suo insieme comporta una *continua distribuzione di beni e utilità*, di oneri e di sacrifici tra i soggetti consociati», al punto che si può parlare di una vera «funzione distributiva dell'amministrazione» (p. 240, corsivo mio), che «si realizza di continuo con qualsiasi provvedimento (...)» (p. 241). La dottrina meno recente aveva tuttavia già messo in luce l'importante ruolo dell'amministrazione nella attuazione dei compiti di giustizia sociale. Si veda a tal proposito CAMMEO, F., *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, vol. I, Milano, 1910, p. 54, per il quale «il fine dello Stato, diverso nelle sue modalità secondo i tempi ed i luoghi, *comprende anche la promozione del benessere e della civiltà*, il conseguimento di tutte quelle utilità economiche e morali, che le forze individuali, disgregate od imperfettamente aggregate, sono incapaci a raggiungere» (corsivo mio). Infine, le riflessioni sulla c.d. giustizia distributiva, che trovano naturale sviluppo sul terreno della filosofia politica, non mancano neppure nel diritto civile, specialmente con riferimento al contratto. Uno spunto in tal senso si rinviene BIANCA, M., *Diritto Civile*, Vol. II, Il Contratto, Milano, 1994, p. 29, nt. 82, il quale, ricordando le riflessioni di KRONMAN, afferma che «si tratta di sapere se la disciplina del contratto debba essere usata come strumento di giustizia distributiva». Sulla tutela dalle discriminazioni di fonte negoziale, si veda in dettaglio LA ROCCA, D., *Le discriminazioni nei contratti di beni e servizi*, in AA. VV., *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, a cura di M. Barbera, Milano, 2007, p. 289 ss.; MAFFEIS, D., *Libertà contrattuale e divieto di discriminazione*, in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 2008, 2, p. 401 ss..

rilevante, un nuovo «diritto antidiscriminatorio»<sup>13[13]</sup>, è del pari da constatare un fenomeno che rafforza la convinzione della assoluta necessità di tale sistema di regole, la presenza cioè, sempre più ingombrante, di provvedimenti amministrativi dal contenuto discriminatorio, i quali null'altro rappresentano se non il risvolto patologico, appunto, della loro efficacia distributiva<sup>14[14]</sup>.

Vi sono numerosi esempi concreti, anche recenti, espressivi di questa tendenza della pubblica amministrazione ad adottare provvedimenti discriminatori, strumentalmente volti a realizzare «distribuzioni» inique di beni, specialmente in settori nei quali si registra un marcato antagonismo, tra cittadini e stranieri, per l'accesso alle prestazioni assistenziali<sup>15[15]</sup>.

Un esempio meritevole di attenzione è offerto, al riguardo, da una recente ordinanza della Cassazione Civile (Ord. 15 feb. 2011 n. 3670), che ha posto fine alla nota vicenda dei c.d. bonus bebè. Il fatto è noto: il Comune di Brescia nel 2008 istituisce un contributo economico di mille euro alle giovani coppie italiane meno abbienti, per ogni figlio nato, escludendo espressamente dal beneficio i genitori «stranieri», sprovvisti dalla cittadinanza italiana. Questi ultimi propongono, dinanzi al giudice ordinario, l'azione civile contro la discriminazione *ex art.* 44 del d. Lgs. 286/1998 TUIM<sup>16[16]</sup>. La Corte di Cassazione, chiamata a decidere in

---

<sup>13[13]</sup> Sul quale si veda, *ex multis*, BARBERA, M., (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, op. cit.. La letteratura estera sul tema della tutela delle (*recte*: dalle) discriminazioni è particolarmente copiosa. Per un approfondimento della legge tedesca sulla parità di trattamento (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, AGG), approvata il 14 agosto 2006 (e modif. succ.), si veda ADOMEIT, K., MOHR, J., *Kommentar zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz. KommAGG*, Stuttgart, Booberg, 2007; BAUSCHKE, H-J., *AGG: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz im öffentlichen Dienst. Kommentar*, Hans-Neuwied, Luchterhand, 2007; DÄUBLER, W., *Was bedeutet „Diskriminierung“ nach dem neuen Recht?*, ZFA, 2006, vol. 37, 3, p. 479-492; BUSCH, S., *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz: die Umsetzung in der Betriebsratspraxis – 50 Beispiele zur Diskriminierung*, Frankfurt am Main, Bund-Verl., 2007; SCHLEUSENER, A., *Kommentar zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz*, Köln, Luchterhand, 2011. In lingua tedesca è anche interessante la consultazione di ADOMEIT, K., *Diskriminierung – Inflation eines Begriff*, NJW, 2002, p. 1622-1633; BAER, S., *Europäische Richtlinien gegen Diskriminierung*, ZESAR, 2004, 5-6, p. 204-207. Sul diritto europeo e internazionale si veda, inoltre, BANFORTH, N., *Conceptions of anti-discrimination law*, OJLS, 2004, vol. 4, 693-716;; BELL, M., *Anti Discrimination Law and the European Union*, Oxford, 2004; ID., *Racism and Equality in the European Union*, Oxford, 2008; BELL, M., CHOPIN, I., PALMER, F., *Developing Anti-Discrimination Law in Europe*, Belgium, 2006; BROWN, N., *Managing diversity. Practises of citizenship*, University of Ottawa Press, 2007; ELLIS, E., *EU Anti-Discrimination Law*, 1° Ed., Oxford, 2005; FREDMAN, S., *Discrimination Law*, Oxford University Press, 2011; ID., *Redistribution and recognition. Reconciling inequalities*, in *South Africa Journal of Human Rights*, 2007, 23, 2, p. 214-234; LOENEN, T., *Non-Discrimination Law: comparative perspectives*, The Hague, Kluwer Law International, 1999; NUMHAUSER-HENNING, A., *Legal perspectives on equal treatment and non-discrimination*, The Hague, Kluwer Law International, 2001; SCHIEK, D., *European Union non-Discrimination Law: comparative perspectives on multidimensional equality law*, London, Routledge-Cavendish, 2008; SCHIEK, D., WADDINGTON, L., BELL, M., *Cases, Materials and Texts on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Ius Commune Casebooks for Common Law of Europe, Oxford, Hart Publishing, 2007; SCHNEIDER, H., *Migration, Integration and Citizenship. A Challenge for Europe's Future*, Maastricht, Forum Maastricht, 2005; VICTORIA ASABA CHEGE, *Multidimensional Discrimination in EU Law: Sex, Race and Ethnicity*, Nomos, 2010.

<sup>14[14]</sup> Per un'applicazione del principio di efficacia distributiva al settore urbanistico, si veda VASTA, S., *Perequazione urbanistica e giustizia distributiva*, in *Riv. Giur. Urbanistica*, 2009, 3, p. 356 ss., ad avviso della quale la perequazione urbanistica, che rappresenta una manifestazione del suddetto principio, ha la funzione di «rendere la pianificazione neutra rispetto alla elargizione di benefici e alla imposizione di oneri» (ivi, 356). Peraltro, la classificazione di quella che io chiamo «efficacia distributiva» tra le forme consuete di produzione di effetti giuridici del provvedimento è un'operazione teorica ancora tutta da tentare. Sui tipi di effetti degli atti e dei provvedimenti, fondamentale rimane l'opera di CORSO, G., *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969, p. 89, che fonda la sua ricostruzione sull'intuizione per cui «l'atto amministrativo, che è ad un tempo atto giuridico ed atto precettivo, può essere riguardato da entrambi i punti di vista; i suoi effetti sono suscettibili di essere trattati secondo lo schema della costituzione, dichiarazione o preclusione, e secondo lo schema della efficacia legale ed efficacia precettiva».

<sup>15[15]</sup> Sono di grande interesse, al riguardo, le osservazioni di MICHAEL WALZER, *Sfere di giustizia*, Laterza, Bari, 2008, p. 86, per il quale «nella sfera della sicurezza e dell'assistenza, la giustizia distributiva ha un duplice significato: si riferisce in primo luogo al riconoscimento del bisogno e in secondo luogo al riconoscimento dell'appartenenza. I beni devono essere forniti ai membri bisognosi a causa della loro condizione di bisogno, ma nel farlo si deve anche conservare la loro appartenenza».

<sup>16[16]</sup> Le ordinanze del Tribunale di Brescia che definiscono la complessa vicenda, alla quale fa poi seguito la sentenza Cass. Civ. 15 feb. 2011 n. 3670, emessa in sede di regolamento preventivo di giurisdizione (consultabile su <http://www.cassazione.it>), sono pubblicate in *D&L-Riv. Critica del Lav.*, 2009, 1, p. 289 ss., con nota di RIZZI, F., *La vicenda "bonus bebè" a Brescia: quando la parità "al ribasso" diventa ritorsione*. Come anticipato nel testo, alcune

sede di regolamento preventivo di giurisdizione, risolve la questione riconoscendo espressamente la natura «assoluta» del diritto soggettivo alla parità di trattamento, ma senza dichiarare, quantomeno *expressis verbis*, la carenza di potere per il provvedimento a carattere discriminatorio adottato dall'amministrazione<sup>17[17]</sup>. La Cassazione osserva, più semplicemente, che «la chiarezza del dato normativo» ovvero la «incontestabile scelta normativa» non consenta dubbi in ordine all'attribuzione al giudice ordinario della giurisdizione sulle controversie innescate da atti e comportamenti discriminatori, riconducibili al soggetto privato o pubblico, «incontrando tuttavia, nell'ipotesi in cui sia stato un soggetto pubblico ad adottarli, i consueti *limiti esterni* che, nel vigente ordinamento, connotano il riparto di attribuzioni tra giurisdizione ordinaria e pubblica amministrazione».

In buona sostanza, la Cassazione ipotizza una giurisdizione del giudice ordinario, *ex artt.* 44 d.Lgs. 286/1998 e 4 d.Lgs. 215/2003, a fronte dei comportamenti e provvedimenti amministrativi discriminatori, lesivi del diritto soggettivo assoluto alla parità di trattamento, che oltre a non essere «piena», dal momento che il G.O., accedendo a tale ricostruzione teorica, si limita soltanto a disapplicare l'atto illegittimo, nel rispetto degli artt. 4 e 5 della l. 2248/185 all. E, tantomeno può definirsi «esclusiva», poiché lo stesso giudice *potrebbe* conoscere dell'interesse legittimo solo nelle fattispecie in cui l'ordinamento, eccezionalmente, gli attribuisce il potere di annullare il provvedimento lesivo<sup>18[18]</sup>. Tale impostazione è peraltro confermata dalla successiva Cass. Civ. S.U. 30 marzo 2011, n. 7186 che, nel giudicare un caso di esclusione degli immigrati extracomunitari dalla procedura di stabilizzazione dei precari impiegati presso una azienda ospedaliera milanese, ha riconfermato la natura «assoluta» del diritto alla parità di trattamento e la devoluzione al giudice ordinario delle controversie originate da condotte discriminatorie, in virtù del disposto dell'art. 44 TUIM, osservando che «anche quando esse siano attuate nell'ambito di procedimenti per il riconoscimento da parte della pubblica amministrazione di utilità rispetto a cui il soggetto privato fruisca di una posizione di interesse legittimo e non di diritto soggettivo, la tutela del privato rispetto alla discriminazione [può] essere assicurata *secondo il modulo del diritto soggettivo* e delle relative protezioni giurisdizionali»<sup>19[19]</sup>.

### 3. (SEGUE) VERSO LA GIURISDIZIONE ESCLUSIVA DEL GIUDICE ORDINARIO PER GLI ATTI E I COMPORTAMENTI AMMINISTRATIVI DISCRIMINATORI?

---

coppie straniere escluse dal beneficio propongono dinanzi al giudice ordinario l'azione antidiscriminazione prevista dagli artt. 44 del T.u. Immigrazione e 4 del D. Lgs. 9 luglio 2003, n. 215. Il giudice ordinario (Trib. Brescia, Ord. 26 gennaio 2009) dà ragione agli «stranieri» e ordina al Comune la cessazione della condotta discriminatoria, imponendone la rimozione degli effetti. L'ente comunale, con una caparbietà degna di nota, dispone la *revoca* in autotutela della provvidenza economica sia per le coppie italiane che per quelle straniere. Peraltro, se il primo provvedimento di concessione del beneficio è intrinsecamente discriminatorio, il successivo atto di revoca rappresenta un esempio di discriminazione di «reazione» o «ritorsione», per la quale oggi espressamente l'art. 4-bis (intitolato «protezione delle vittime») del D. Lgs. 215/2003 autorizza l'esercizio dell'azione di cui all'art. 44 del TUIM. Anche l'atto di revoca finisce, peraltro, sul tavolo del giudice ordinario, che nuovamente dispone il ripristino della situazione antecedente alla condotta discriminatoria (Trib. Brescia, Ord. 12 marzo 2009). Infine, il Comune di Brescia instaura, *ex art.* 669-octies c.p.c., il giudizio di merito, al fine di far dichiarare il difetto di giurisdizione del G.O., sollevando all'uopo il regolamento preventivo di giurisdizione che la Cassazione, con la sentenza ricordata in apertura, declina a favore del giudice ordinario.

<sup>17[17]</sup> Si tratta di un'omissione carica di significati perché, come riconosciuto ormai da più parti in dottrina e giurisprudenza, la semplice affermazione della natura «indegradabile» o «fondamentale» di un diritto soggettivo assoluto non comporta *sic et simpliciter* il difetto di attribuzione del potere in capo all'amministrazione, come invece è stato riconosciuto a partire dalla «storica» Cass. Civ. n. 1436/1979. Sempre più apertamente, infatti, si riconosce la possibilità di tutelare i pretesi diritti fondamentali dinanzi al giudice amministrativo in sede di giurisdizione di legittimità e, con recenti aperture, in sede di giurisdizione esclusiva. In quest'ultimo senso si consideri, in modo particolare, quanto osservato da C. Cost. 27 aprile 2007, n. 140, la quale esclude che la presenza di un diritto fondamentale possa comportare *ex se* la carenza del potere amministrativo tipico.

<sup>18[18]</sup> Sul tema della giurisdizione c.d. piena del giudice ordinario si rinvia, per tutti, a FIGORILLI, F., *Giurisdizione piena del giudice ordinario e attività della pubblica amministrazione*, Torino, 2003, il quale osserva a p. 36 che «la spinta ad affermare un modello di giurisdizione piena, si avverte chiaramente anche con riferimento al giudice ordinario, al quale il legislatore, negli ultimi tempi tende con maggior frequenza a devolvere interi blocchi di materie, superando agevolmente quel criterio di distribuzione delle controversie basato sulla differenza delle situazioni soggettive azionate. Si tratta, peraltro, di verificare se detta evoluzione risulti conforme ai principi costituzionali (...)».

<sup>19[19]</sup> Così a p. 13 del testo originale della sentenza, reperibile in <http://www.cassazione.it>.

Orbene, se si considera che il c. 1 dell'art. 44 TUIM e l'art. 4 c. 4 del d.Lgs. 215/2003 attribuiscono verosimilmente al giudice ordinario anche un potere di annullare gli effetti degli atti e dei comportamenti discriminatori <sup>20[20]</sup>, oltre i limiti della mera disapplicazione, si potrebbe sostenere, ma la tesi allo stato attuale del dibattito scientifico è ancora da approfondire, che l'interesse al bene della vita rappresentato dalla parità di trattamento, quando si rapporti al potere amministrativo, è tutelato dall'ordinamento nelle forme dell'interesse legittimo e che, di conseguenza, la giurisdizione del g. o. in materia di discriminazione oltre ad essere *piena* sia anche *esclusiva* <sup>21[21]</sup>. Se invece il potere manca, allora, per effetto della c.d. pluriquificazione normativa delle situazioni giuridiche soggettive, che come vedremo più avanti è meccanismo teorico destinato a soppiantare quello, sempre più criticato, della degradazione dei diritti in interessi legittimi <sup>22[22]</sup>, l'interesse al bene della vita sarà propriamente tutelato nelle forme del diritto soggettivo, sempre dinanzi al medesimo giudice. In ogni caso, tale opzione teorica troverebbe conforto nella sempre più marcata devoluzione al giudice (amministrativo, ma anche ordinario) di poteri di intervento sulle scelte discrezionali altrimenti riservate all'amministrazione pubblica <sup>23[23]</sup>.

---

<sup>20[20]</sup> In tal senso, Trib. Brescia, ord. 20 febbraio 2009, secondo cui il giudice «in ipotesi di accertamento positivo, “può” e quindi deve disporre in modo che gli effetti discriminatori siano rimossi, *con la conseguenza che deve incidere sul contenuto dell'atto amministrativo al fine di rimuoverne gli effetti discriminatori*» (p. 2 dell'ordinanza, reperibile in <http://www.venetoimmigrazione.it/>). Tale conclusione è, tuttavia, generalmente non condivisa dalla giurisprudenza di merito. In tal senso si veda, recentemente, l'ordinanza del Trib. Vicenza, ord. 27 maggio 2011, n. 1684, reperibile in <http://www.asgi.it/>, che non riconosce la possibilità di annullare il provvedimento amministrativo lesivo del diritto alla parità di trattamento «in quanto non solo vi ostano le disposizioni e i principi in tema di discrezionalità amministrativa della condotta della P.A. che precludono al giudice ordinario il vaglio della legittimità dell'operato della stessa P.A., ma anche perché (...) il giudice ordinario è chiamato all'accertamento della condotta illecita e alla adozione dei rimedi per rimuovere tale articolato e complessivo comportamento» (punto 9 dell'ordinanza).

<sup>21[21]</sup> Si veda in tal senso, anche se non espressamente nel senso della sussistenza di una *giurisdizione esclusiva* del giudice ordinario, Trib. Vicenza, ord. 27 maggio 2011, n. 1684, cit., in <http://www.asgi.it/>, secondo cui «il legislatore nazionale ha introdotto nel nostro ordinamento una specifica forma di tutela contro i comportamenti dei privati e della Pubblica Amministrazione che producano una discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi (...) riservando al giudice ordinario lo scrutinio del carattere eventualmente discriminatorio di atti o comportamenti della P.A., *senza alcuna distinzione tra discriminazioni che incidono su posizioni qualificabili di diritto soggettivo o di interessi legittimi*» (corsivo aggiunto).

<sup>22[22]</sup> Si vedano le considerazioni svolte al par. 5 del presente scritto.

<sup>23[23]</sup> Una disposizione che sarebbe espressiva di tale tendenza, è rappresentata dall'art. 121 del d.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (Codice del processo amministrativo), nella parte in cui attribuisce al giudice amministrativo il potere di dichiarare l'inefficacia del contratto nei casi *ivi* previsti, e caratterizzati principalmente dalla illegittimità del provvedimento di aggiudicazione. Al di fuori di tale singolare ipotesi, della cui legittimità costituzionale si può fortemente dubitare, sono numerose, nel nostro ordinamento, le fattispecie per le quali al G.O. è attribuito un potere di annullare i provvedimenti amministrativi ritenuti illegittimi, se non proprio di imporre un *facere* specifico all'amministrazione, al di fuori dei limiti *interni* codificati negli artt. 4 e 5 della l. 2248/1865. In quest'ultimo senso si veda l'art. 30 c. 6 TUIM secondo cui «*Contro il diniego del nulla osta al ricongiungimento familiare e del permesso di soggiorno per motivi familiari, nonché contro gli altri provvedimenti dell'autorità amministrativa in materia di diritto all'unità familiare, l'interessato può presentare ricorso al pretore [tribunale in composizione monocratica] del luogo in cui risiede (...)* Il decreto che accoglie il ricorso può disporre il rilascio del visto anche in assenza del nulla osta». Sempre con riferimento al TUIM, si ricordi che l'art. 13 c. 8 individua nel giudice di pace l'organo dinanzi al quale presentare il ricorso volto all'annullamento del decreto prefettizio di espulsione dell'immigrato laddove, ai sensi dell'art. 6 c. 10, «*contro i provvedimenti di cui all'art. 5 e al presente articolo è ammesso ricorso al tribunale amministrativo regionale competente*», laddove i «provvedimenti» sono quelli individuati negli atti di rilascio, revoca, rinnovo del permesso di soggiorno. Si veda ancora l'art. 63 c. 1 T.U. 165/2001 che devolve alla cognizione del G.O. le controversie relative ai rapporti di lavoro privatizzati, nonché il c. 3, secondo cui «*sono devolute al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, le controversie relative a comportamenti antisindacali delle pubbliche amministrazioni*». Altre fattispecie tipiche di giurisdizione «piena» del giudice ordinario sono poi contemplate agli artt. 22 e 23 della l. 24 nov. 1981, n. 689 (modifiche al sistema penale), che attribuiscono al G.O. il potere di annullare, totalmente o parzialmente, o di modificare l'ordinanza-ingiunzione adottata dall'amministrazione (v. in part. l'art. 23 c. 11); all'art. 152 del d. Lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (Codice in materia di protezione dei dati personali), che devolve al G.O. la cognizione di tutte le controversie sulla protezione dei dati personali, «*comprese quelle inerenti ai provvedimenti del Garante*», con l'attribuzione di poteri decisori intensi, dal momento che «*con la sentenza il giudice, anche in deroga al divieto di cui all'art. 4 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato E)... accoglie o rigetta la domanda, in tutto o in parte, prescrive le misure necessarie, dispone sul risarcimento del danno, ove richiesto...*».

In questa sede il dibattito sulla configurabilità teorica di una giurisdizione esclusiva del giudice ordinario non può essere ripercorso interamente <sup>24[24]</sup>. Si può tuttavia precisare che, a livello costituzionale, il problema ruota intorno al valore da attribuire al comma 3 dell'art. 113 Cost., in base al quale «*la legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa*» <sup>25[25]</sup>.

In buona sostanza, i sostenitori della giurisdizione esclusiva del giudice ordinario fanno leva sul comma 3 dell'art. 103 Cost., che non esclude la possibilità, per tale organo giurisdizionale, di annullare gli atti amministrativi e dunque, con un ulteriore passaggio logico, di esercitare poteri di cognizione estesi *anche* all'interesse legittimo. La tesi, peraltro, non è puramente dottrinale, dal momento che la recente Cass. Civ., Sez. Un. 14 aprile 2011, n. 8487, ha espressamente riconosciuto che «*anche alla predetta autorità giudiziaria (i.e., al giudice ordinario) è consentito, per effetto di conforme disposizione del legislatore ordinario, di conoscere di interessi legittimi, di conoscere ed eventualmente annullare un atto della P.A., di incidere conseguentemente sui rapporti sottostanti secondo le diverse tipologie di intervento giurisdizionale previste*» <sup>26[26]</sup>. Al contrario, chi ritiene che il riparto di giurisdizione fondato sulla *causa petendi* di cui alla legge 2248/1865 All. E sia stato costituzionalizzato all'art. 103, c. 1, della Carta fondamentale, esclude, di conseguenza, che il giudice ordinario possa mai conoscere l'interesse legittimo <sup>27[27]</sup>. In tali casi, il potere di annullare l'atto amministrativo lesivo del diritto soggettivo, che pure continua a esser previsto come possibilità dall'art. 103 c. 3, sarà giustificato in ragione dell'esistenza di un diritto soggettivo «fondamentale» o, se si preferisce, «indegradabile», e correlativamente in base alla carenza di potere della p.a. che pretende di inciderlo.

#### 4. (SEGUE) PROVVEDIMENTI DISCRIMINATORI E INTERESSE LEGITTIMO ALLA PARITÀ DI TRATTAMENTO.

Qualora non si voglia rischiare la via sdruciole della «giurisdizione esclusiva» del giudice ordinario, ritenendo dunque che l'attenuazione (o l'eliminazione) del c.d. limite interno (art. 4 l. 2248/1865 all. E), la possibilità cioè di incidere sui provvedimenti amministrativi, tanto da determinarne la revoca o la modifica, non comporti *ex se* l'abolizione del limite c.d. esterno *ex art. 2*, ossia il riparto di giurisdizione fondato sul criterio della *causa petendi*, allora la devoluzione al g.o. della cognizione dell'interesse al bene della vita avente ad oggetto la parità di trattamento, leso dall'esercizio della funzione amministrativa, dovrà essere spiegata in altro modo.

Un'interpretazione viene al riguardo fornita dalla Cassazione con le recenti pronunce 3670/2011 e 7186/2011, sopra richiamate, che accarezzano l'idea del diritto fondamentale o «resistente a tutta oltranza» alla parità di trattamento, naturalmente attratto alla cognizione del G.O. per le relative controversie. In linea con tale premessa, si comprende anche come mai, nonostante l'ampia formulazione dell'art. 44 c. 1 TUIM, la Corte di Cassazione affermi che il giudice disponga *solo* di un potere di disapplicazione dell'atto amministrativo lesivo <sup>28[28]</sup>.

Tuttavia, ciò che non convince della ricostruzione avanzata dalla Corte, che con molta (troppa) disinvoltura devolve *in blocco* alla cognizione del giudice ordinario le controversie sugli *atti e comportamenti* amministrativi che ledono il dovere costituzionalmente tutelato di parità di trattamento, è anzitutto proprio la mancanza del *dato letterale* onde poter realizzare una devoluzione di così larga portata. L'art. 44 TUIM infatti, a parte ogni condivisibile rilievo sulla pessima fattura della norma, assegna espressamente alla cognizione del g.o. soltanto i «comportamenti» della pubblica amministrazione con

---

<sup>24[24]</sup> Sul tema si veda, da ultimo, CARINGELLA, F., PROTTO, M., *Codice del nuovo processo amministrativo*, Roma, 2011, p. 30; CHIEPPA, GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2011.

<sup>25[25]</sup> Come ricordato da FIGORILLI, F., *Giurisdizione piena del giudice ordinario e attività della pubblica amministrazione*, op. cit., spec. p. 38.

<sup>26[26]</sup> Favorevole alla c.d. giurisdizione esclusiva del g.o. è anche Cass. Civ. n. 5687/1981, *contra*, Cons. Stato, Ad. Plen., ord. n. 1/2000.

<sup>27[27]</sup> Specialmente CORSO, G., *Il Consiglio di Stato nell'ordinamento costituzionale e amministrativo*, in S. CASSESE, a cura di, *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, Milano, 1997, p. 26 ss.

<sup>28[28]</sup> Ricorda FIGORILLI, F., *Giurisdizione piena*, op. cit., p. 71, che la disapplicazione diretta «costituisce indubbiamente un ulteriore elemento di superamento dei rigidi schemi derivanti dalla legge abolitrice del contenzioso amministrativo. Una rottura, comunque, sempre limitata, in quanto circoscritta ai casi di tutela dei c.d. diritti indegradabili o a quelle di inesistenza del provvedimento amministrativo per carenza assoluta di potere (...)».

esclusione dei provvedimenti amministrativi i quali, dunque, se lesivi dell'interesse al bene della parità di trattamento, dovranno essere sottoposti alla cognizione del giudice amministrativo<sup>29[29]</sup>.

Sembra corretto ritenere, in definitiva, che la giurisdizione del giudice ordinario sull'attività amministrativa a carattere discriminatorio, ai sensi dell'art. 44 TUIM, debba essere esclusa quando la violazione del divieto di discriminazione è causalmente riconducibile al provvedimento amministrativo, e tale risultato esegetico, invero, trova conforto in una parte della giurisprudenza di merito<sup>30[30]</sup>. Al contrario, i tentativi della giurisprudenza maggioritaria di dimostrare l'equazione provvedimento = comportamento non persuadono<sup>31[31]</sup>, così come, d'altra parte, non ha senso giustificare la pretesa identità di fenomeni giuridici diversi sulla base della insoddisfacente formulazione letterale della disposizione, la quale potrebbe semmai far dubitare della sua legittimità costituzionale, dal momento che, in nome dei «comportamenti», non importa da chi siano realizzati, se dal soggetto privato o pubblico, si devolvono al g.o. il complesso delle controversie in materia discriminatoria generate da contratti, da atti, da provvedimenti amministrativi, da silenzi (in quanto comportamenti omissivi), e via discorrendo.

---

<sup>29[29]</sup> Il comma 1 dell'art. 44 TUIM recita testualmente: «quando il *comportamento* di un privato o della *pubblica amministrazione* produce una discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, il giudice può, su istanza di parte, ordinare la cessazione del *comportamento pregiudizievole* e adottare ogni altro provvedimento idoneo, secondo le circostanze, a rimuovere gli effetti della discriminazione». Si consideri ancora il comma 9, per il quale «il ricorrente, al fine di dimostrare la sussistenza a proprio danno del *comportamento discriminatorio* (...) può dedurre elementi di fatto anche a carattere statistico (...)». D'altra parte, quando la norma ha voluto allargare la tutela anche agli *atti* lo ha fatto espressamente: così, ad esempio, al comma 10, che estende la tutela del G.O. agli *atti e comportamenti di carattere collettivo* posti in essere dal datore di lavoro. Si consideri, infine, che il richiamo contenuto nel d. Lgs. 215/2003 (attuazione della direttiva 2000/43/CE per la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica) agli «*atti e comportamenti di cui all'art. 2*», per i quali è prevista la tutela nel procedimento cautelare di cui all'art. 44 TUIM, non scioglie affatto i dubbi sulla estensione della giurisdizione del g.o. anche agli atti e provvedimenti amministrativi poiché, a tacer d'altro, il cit. art. 2 non chiarisce quali debbano essere gli autori materiali di tali atti e comportamenti, che ben potrebbero essere soltanto soggetti privati. Insomma, è vero quello che la dottrina dice quando osserva che «la questione del riparto di giurisdizione in materia di azioni antidiscriminatorie è una di quelle che il legislatore, forse per mera ignoranza o forse per voluto sadismo, si è adoperato per rendere aggrovigliata e irrazionale quanto più possibile» (così GUARISO, A., *Rosa Parks, il pubblico impiego e "l'interesse legittimo" a non essere discriminati*, Dir. Imm. citt., 2008, 3-4, p. 158). Si veda in tal senso anche Cass. Civ., S.U. Ord. 30 marzo 2011, che parla di «un complesso normativo antidiscriminatorio di lettura non sempre agevole, a causa della tecnica adottata della successiva integrazione e ripetizione, sotto prospettive parzialmente diverse, delle previsioni antidiscriminatorie» (punto 2, in diritto).

<sup>30[30]</sup> In tal senso, condivisibilmente, si veda Trib. Bologna, ord. 7 agosto 2008 (rel. Costanzo), in Dir. Imm. e Citt., 3-4, 2008, p. 235, per la quale (punto 7, lett. f della motivazione) «gli artt. 43-44, T.U. stranieri si applicano contro i comportamenti (o gli atti) discriminatori di un privato o della P.A., *ma nulla dicono a proposito della tutela contro i provvedimenti amministrativi né prevedono alcuna deroga ai criteri di riparto della giurisdizione*: da un lato, la distinzione tra provvedimenti e meri comportamenti della P.A. rientra tra le nozioni istituzionali del diritto amministrativo ed è tuttora alla base degli orientamenti giurisprudenziali sul riparto tra le giurisdizioni, ordinaria e amministrativa (...) dall'altro (...) gli artt. 43-44 T.U. stranieri *omettono ogni riferimento alla tutela esperibile contro i provvedimenti illegittimi e non introducono disposizioni derogatorie alle ordinarie norme sulla giurisdizione*». Si veda anche Trib. Mantova, ord. 21 aprile 2009, in <http://asgi.it>, per la quale «gli artt. 43 e 44 T.U. Immigrazione consentono all'interessato di chiedere al giudice ordinario la cessazione del comportamento discriminatorio posto in essere da un privato o da una pubblica amministrazione (...) *ma per comportamento non si può intendere l'atto amministrativo in sé, ma semmai solo la condotta esecutiva che dia attuazione a comportamenti direttamente o indirettamente discriminatori*» (corsivo aggiunto).

<sup>31[31]</sup> La giurisprudenza di merito è generalmente compatta nel ritenere che la devoluzione espressa dei «comportamenti» del soggetto pubblico alla giurisdizione del g.o., ex art. 44 TUIM, renda irrilevante la mancata previsione anche degli «atti» amministrativi. In tal senso, emblematicamente, Trib. Milano, 21 marzo 2002, in Foro It., 2003, p. 3180, per il quale «irrilevante è (...) la circostanza che (...) l'art. 44 (...) si riferisca testualmente a "comportamenti" discriminatori di privati o di pubbliche amministrazioni, senza nominare gli "atti". Il carattere di assolutezza del diritto alla non discriminazione determina, infatti, proprio il superamento e l'irrelevanza della distinzione tra atto e comportamento della pubblica amministrazione (...) poiché il diritto alla non discriminazione è un diritto incompressibile, che si sottrae al meccanismo dell'affievolimento, di fronte ad esso non vengono in rilievo atti amministrativi (...) ma semplici comportamenti, per definizione idonei a determinare qualsiasi affievolimento». Sennonché, un conto è affermare che un provvedimento in concreto sussista, e sia tuttavia incapace di «degradare» una posizione di diritto soggettivo in interesse legittimo, altra cosa è invece dire, incappando in una contraddizione, che l'inefficienza degradatoria dell'atto ne renda addirittura irrilevante l'esistenza.



Se quanto sopra è corretto, non sembra allora così traumatico ipotizzare una tutela dell'interesse alla parità di trattamento che, a fronte del potere amministrativo e in conformità alla teorica della pluriquilificazione delle situazioni giuridiche soggettive, assuma le sembianze dell'interesse legittimo<sup>32[32]</sup>, e anzi a maggior ragione, ove si consideri che non v'è uniformità di vedute, in dottrina, sulla esatta identificazione del c.d. diritto alla parità di trattamento<sup>33[33]</sup> né, più in generale, sulla natura e classificazione dei «diritti fondamentali»<sup>34[34]</sup>. È inoltre emblematica la disposizione di cui all'art. 2, c. 5, TUIM, secondo cui «allo straniero è riconosciuta *parità di trattamento* con il cittadino *relativamente alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi*, nei rapporti con la pubblica amministrazione e nell'accesso ai pubblici servizi, nei limiti e nei modi stabiliti dalla legge», laddove l'interesse alla parità di trattamento «relativo alla tutela» dell'interesse legittimo diviene, precisamente, l'interesse relativo all'oggetto di tutela di questo, ossia un interesse individuale che riceve protezione nei limiti della protezione accordata al superiore interesse pubblico, con ulteriore conferma della possibilità di concepire un interesse legittimo alla non discriminazione.

---

<sup>32[32]</sup> Sul punto si veda lo studio predisposto dal CSM, *L'azione civile contro la discriminazione per razza/etnia/cittadinanza: un bilancio dei problemi* aperti, in <http://www.csm.it/>, secondo cui «decidere se il diritto alla parità di trattamento appartiene al nucleo dei diritti fondamentali della persona (e trova quindi il suo giudice naturale nel giudice dei diritti, cioè quello ordinario) o se anche questo diritto alla parità può affievolirsi di fronte all'esigenza di perseguire un interesse generale (e degradare dunque a mero interesse legittimo, con conseguente attribuzione del contenzioso al giudice amministrativo) è evidentemente questione molto più di sostanza che di procedura (...)» (ivi, p. 7). Il timore per la costruzione in chiave di interesse legittimo del «diritto» a non subire discriminazioni è espresso in dottrina da GUARISO, A., *Rosa Parks, il pubblico impiego e "l'interesse legittimo" a non essere discriminati*, op. cit., p. 161, secondo il quale ciò che il giudice «certamente non può fare è degradare tale diritto [i.e. il diritto alla parità di trattamento] a mero interesse legittimo; altro è infatti l'interesse al corretto esercizio dell'azione amministrativa nella distribuzione di un determinato bene (*che resta sempre interesse legittimo*) altro il "diritto" a non ricevere un trattamento differenziato per un motivo vietato, *che resta sempre diritto*, riguardi esso la vita, il lavoro, la pallanuoto o il posto sull'autobus» (corsivi aggiunti). Ebbene, proprio quest'ultima affermazione è fortemente criticabile. Non v'è nessuna ragione di carattere tecnico-giuridico che si frapponga alla tutelabilità dell'interesse al bene della parità di trattamento nelle forme specifiche dell'interesse legittimo, ossia, non v'è nessuna plausibile ragione per dire che un interesse legittimo o un diritto soggettivo *restino sempre tale*, quasi che soffrano di una staticità che li rende incapaci di adattarsi ai fatti della vita. Rapportato all'interesse legittimo, dunque, il bene della vita avente a oggetto la distribuzione *equa* dei beni socialmente rilevanti assume la consistenza dell'*interesse finale*, che intanto riceve protezione in quanto sia soddisfatto l'interesse pubblico che presiede alla distribuzione medesima (per la chiara delimitazione del duplice oggetto di tutela dell'interesse legittimo si rinvia a SCOCA, F.G., *Contributo sull'interesse legittimo*, Milano, 1990, e, ancora prima in *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971; ultimamente l'A. è peraltro tornato sul tema con lo scritto *Interesse legittimo e giudice amministrativo: variazioni in chiave colloquiale*, in *Dir. e Proc. Amm.*, 2010, 1, p. 15 ss.). La stessa previsione normativa dell'interesse alla parità di trattamento come «diritto soggettivo» (cfr. ad es. l'art. 14 CEDU) non è da ostacolo alla sua tutelabilità come interesse legittimo, se l'ordinamento per esso prevede, in casi espressamente delimitati, la possibilità di un'incisione ad opera del potere amministrativo.

<sup>33[33]</sup> Il problema della natura della situazione giuridica sottesa all'interesse al bene della «parità di trattamento» è stato a lungo discusso dalla dottrina costituzionalistica. La tesi favorevole alla configurazione di un diritto soggettivo all'eguaglianza è formulata, in modo particolare, da BARILE, P. *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova 1972, p. 424 e, in tempi più recenti, da CERRI, A., *L'eguaglianza giuridica nei rapporti interpretati: spunti e riflessioni a partire dalla giurisprudenza in materia di lavoro*, in *Foro it.* 1992, I, 1531. Deve peraltro rilevarsi che la costruzione dell'interesse alla parità di trattamento come diritto soggettivo è stata per lo più motivata dall'esigenza di porre un limite all'esercizio dei poteri (datoriali) privati, oltre ad essere condizionata dal problema, ormai non più attuale, della portata programmatica o precettiva delle disposizioni costituzionali (o quantomeno di molte di esse). Ben diversa è, invece, la natura della potestà amministrativa, alla quale, come noto, l'ordinamento annette una capacità di tutela degli interessi, privati e pubblici, in via subordinata all'interesse pubblico primario, che per primo deve ricevere soddisfazione. In senso *contrario* alla costruzione dell'eguaglianza come «diritto soggettivo», PALADIN, S., *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Milano, 1965, 213 ss. e MORTATI, C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Tomo II, Padova 1976, p. 1023. Distingue tra «diritto all'eguaglianza», inesistente allo stato attuale della normativa, e «diritto alla parità di trattamento», PACE, A., *Eguaglianza e libertà*, in *Pol. dir.*, n. 2, 2001, p. 156, per il quale dunque il preteso diritto all'eguaglianza «in tanto potrebbe essere invocato giudizialmente, in quanto venga in considerazione una *discriminazione* rispetto al godimento di un dato bene della vita. In tale ipotesi si tratterà, più correttamente, di un "*diritto al pari trattamento*" con riguardo a quel dato bene; e non il diritto al rispetto del generale principio di eguaglianza» (corsivo mio).

<sup>34[34]</sup> Come ricordato, da ultimo, da CORAGGIO, L., *La teoria dei diritti indegradabili: origini ed attuali tendenze*, *Dir. Proc. Amm.*, 2010, 2, p. 495.

Fatta questa premessa, indispensabile per sottolineare le basi teoriche del problema del riparto di giurisdizione in ordine alle pretese abitative lese dai comportamenti discriminatori, possiamo passare senz'altro ad analizzare lo stato di attuazione delle pretese abitative dei cittadini extracomunitari.

## 5. PROVVEDIMENTI DISCRIMINATORI E ACCESSO ALL'EDILIZIA RESIDENZIALE PUBBLICA. OSSERVAZIONI CRITICHE.

Il tema del «diritto alla casa», e più in generale quello delle prestazioni sociali a favore degli immigrati privi della cittadinanza, rappresenta lo spazio d'elezione per l'approfondimento dei comportamenti discriminatori del soggetto pubblico<sup>35[35]</sup>. Il che naturalmente non significa che delle discriminazioni «rovesciate», per così dire, non vi siano, e che dunque atti e comportamenti amministrativi possano in concreto tradursi in un vantaggio per gli «stranieri» e, correlativamente, in un danno per i cittadini. Tuttavia tali situazioni, per la (tutto sommato) scarsa incidenza negli affari sottoposti all'attenzione degli organi giudicanti, non saranno prese in considerazione nel presente scritto<sup>36[36]</sup>.

Il principale strumento di tutela delle pretese abitative degli immigrati, a fronte delle discriminazioni del soggetto pubblico o privato, è ancora una volta rappresentato dalla «azione civile contra la discriminazione» di cui all'art. 44, c. 1 TUIM<sup>37[37]</sup>. La disposizione va peraltro letta congiuntamente con l'art. 40, c. 6 TUIM,

---

<sup>35[35]</sup> Sulle discriminazioni nella soddisfazione della pretesa abitativa vantata dagli immigrati extracomunitari la letteratura è copiosa. Per la dottrina estera si veda MACEWEN, M., *Housing, race and law: the British experience*, London, Routledge, 1991; KENNA, P., *Housing rights. Positive duties and enforceable rights at the European Court of Human Rights*, in *European Human Rights Law Review*, 2008, 2, p. 193-208; KILPATRICK, A., *Discrimination in housing: Law and Practice in the Management of Social Housing*, London, Lemos and Crane, 2000; BILL EDGAR, JOE DOHERTY, HENK MEERT, *Access to housing. Homelessness and Vulnerability in Europe*, University of Bristol, 2002; ID., *Immigration and Homelessness in Europe*, University of Bristol, 2004. Nella dottrina italiana si veda, inoltre, CALIGIURI, A., *L'accesso ai benefici di natura assistenziale dei cittadini extracomunitari soggiornanti in Italia*, in *Diritto Imm. e Citt.*, 2009, 1, pp. 53-66; CAPUTO, *L'azione civile contro la discriminazione e i diritti di cittadinanza dei migranti*, in *Quest. Giust.*, 2003, p. 862 ss.; CERASE, M., *Il governo dell'immigrazione. La disciplina legislativa e amministrativa tra programmazione dei flussi, tentativi d'integrazione e persistente emergenza*, in *Rass. Parl.* 1999, 1000-1001; CITTI, W., *Parità di trattamento tra stranieri regolarmente soggiornanti e cittadini in materia di assistenza sociale. La corte Costituzionale delude le attese. Un caso di cattiva strategic litigation?*, in *Riv. critica di dir. lav.*, 2006, p. 993 ss.; CORSI, C., *Il diritto all'abitazione è ancora un diritto costituzionalmente garantito anche agli stranieri?*, in *Dir. Imm. e Citt.*, 2008, n. 3-4, p. 141; CORVAJA, F., *L'accesso dello straniero extracomunitario all'edilizia residenziale pubblica*, in *Dir. Imm. e Citt.*, 2009, 3, p. 89-112; GILI, L., *La condizione di reciprocità non può essere ragione di discriminazione all'accesso all'edilizia residenziale pubblica* (Nota a ord. Tar Lo- Brescia 25 febbraio 2005, n. 264), in *Dir. Imm. e Citt.*, 2005, 2, pp. 98 – 101; PIOMBO, D., *Sulla discriminazione per motivi razziali ai fini dell'assegnazione di alloggio popolare* (Osservazioni a ord. Trib. Monza 27 marzo 2003 Trib. Milano 21 marzo 2002), in *Il foro It.*, 2003, 11, 1, 3175-3177; SANTAGADA, *La tutela giurisdizionale dei diritti dello straniero nel testo unico sull'immigrazione*, in LANFRANCHI (a cura di), *Giusto processo civile e procedimenti decisori sommari*, Torino, 1999, p. 362 ss.; SCUTO, F., *Il diritto sociale alla salute, all'istruzione e all'abitazione degli stranieri "irregolari": livelli di tutela*, in *Rass. Parlam.*, 2008, 2, pp. 381 – 423; VRENNNA, M., *Il diritto all'abitazione del cittadino straniero: forme di discriminazione e strumenti di contrasto*, *Gli stranieri*, 2001, 5, pp. 351-361; GNEIS, M., *Il diritto degli stranieri extracomunitari alla non irragionevole discriminazione in materia di agevolazioni sociali*, in *Giur. Cost.*, 2005, p. 4681 ss.; GUARISO, A., *Rosa Parks, il pubblico impiego e «l'interesse legittimo» a non essere discriminati*, op. cit., p. 158 ss.; RIZZI, F., *La vicenda "bonus bebé" a Brescia: quando la parità "al ribasso" diventa ritorsione*, op. cit., p. 289 ss.; ROSSI, S., *Law in action: diritto antidiscriminatorio e politiche locali*, (Nota a ord. Trib. Udine 30 giugno 2010, n. 530; ord. Trib. Bergamo sez. lav. 17 maggio 2010), in *Resp. civ. e Prev.*, 2010, 12, pp. 2542 ss..

<sup>36[36]</sup> Sulle c.d. discriminazioni alla rovescia si veda SPINACI, S., *Divieto comunitario di discriminazione in base alla nazionalità e principi costituzionali di eguaglianza*, *Dir. Pubbl.*, 2007, 1, pp. 241 ss.. In senso critico sulla tendenza giurisprudenziale a “dequotare” il diritto alla casa, a favore della tutela dei non abbienti, si veda AINIS, M., *Se la casa è un diritto*, in *Quaderni Cost.*, 2007, 4, p. 837-838, a commento di Cass. Pen. 35580/2007.

<sup>37[37]</sup> Sull'azione *de qua* si rinvia a CASADONTE, A., GUARISO, A., *L'azione civile contro la discriminazione: rassegna giurisprudenziale dei primi dieci anni*, in *Dir. Imm. e Citt.*, 2010, 2, p. 59 ss.; ID., *L'azione civile contro la discriminazione per motivi etnico-razziali e religiosi. considerazioni a margine di due recenti pronunce* (nota a Ord. trib. brescia 22 luglio 2010/Ord. trib. padova 30 luglio 2010), in *Questione Giustizia*, 2010, 4, pp. 179-191; CENTINI, M., *La tutela contro gli atti di discriminazione: la dignità umana tra il principio di parità di trattamento ed il divieto di discriminazioni soggettive*, in *Giur. Cost.*, 2007, 3 ss.; MOROZZO DELLA ROCCA, *Gli atti discriminatori nel diritto civile alla luce degli artt. 43, 44 del T.U. sull'immigrazione*, in *Dir. Fam. e Pers.*, 2002, p. 116 ss.; PACILLI, M.,

che attribuisce agli «stranieri titolari di carta di soggiorno e [a]gli stranieri regolarmente soggiornanti in possesso di permesso di soggiorno almeno biennale e che esercitano una regolare attività di lavoro subordinato o di lavoro autonomo» il diritto di accedere «*in condizioni di parità con i cittadini italiani, agli alloggi di edilizia residenziale pubblica* e ai servizi di intermediazione delle agenzie sociali (...) per agevolare l'accesso alle locazioni abitative e al credito agevolato (...)». Occorre inoltre considerare anche l'art. 5, c. 3-*bis*, per il quale «il permesso di soggiorno per motivi di lavoro è rilasciato a seguito della stipula del contratto di soggiorno per lavoro di cui all'articolo 5-*bis* (...)» e l'art. 5-*bis* stesso a norma del quale, tra le altre cose, è disposto che il contratto contenga «la garanzia da parte del datore di lavoro della disponibilità di un alloggio per il lavoratore che rientri nei parametri minimi previsti dalla legge per gli alloggi di edilizia residenziale pubblica»<sup>38[38]</sup>. Infine, è rilevante ai nostri fini l'art. 43, c. 2, lett. c), secondo cui «*in ogni caso compie un atto di discriminazione (...) chiunque illegittimamente imponga condizioni più svantaggiose o si rifiuti di fornire l'accesso (...) all'alloggio (...) e ai servizi sociali e socio-assistenziali allo straniero regolarmente soggiornante in Italia solo in ragione della sua condizione di straniero o di appartenente ad una determinata razza, religione etnia o nazionalità*»<sup>39[39]</sup>. A tale quadro normativo occorre peraltro aggiungere il d. P.R. 30 dicembre 1972, n. 1035, che contiene la disciplina base per l'assegnazione degli alloggi facenti parte della c.d. edilizia residenziale pubblica, e che, peraltro, si è arricchita nel tempo di numerosissime disposizioni<sup>40[40]</sup>.

Fatta questa premessa sul quadro normativo di riferimento, occorre precisare che l'invalidità dei provvedimenti discriminatori, lesivi delle pretese abitative degli immigrati extracomunitari, può essere originaria ovvero sopravvenuta. Si parla di invalidità *successiva* o *sopravvenuta*<sup>41[41]</sup>, in generale, quando il provvedimento amministrativo, inizialmente conforme al dettato normativo, diviene invalido in un momento successivo, in concomitanza di fattori quali, ad esempio, l'adozione di una legge retroattiva che fissa un requisito di validità prima non previsto; la mancata conversione del decreto legge sulla base del quale il

---

*Riflessioni sull'azione civile contro la discriminazione*, Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ., 2010, 4, pp. 1409-1428; SCARSELLI, *Appunti sulla discriminazione razziale e la sua tutela giurisdizionale*, in Riv. dir. civ., 2001, I, p. 805 ss..

<sup>38[38]</sup> Altre norme rilevanti sono infine contenute nell'art. 22 TUIM. La norma prevede, in buona sostanza, che il datore di lavoro che voglia assumere l'immigrato debba presentare allo sportello unico per l'immigrazione una «richiesta nominativa di nulla osta al lavoro» (c. 2, lett. a), allegando a tal fine «idonea documentazione relativa alle modalità di sistemazione alloggiativa per il lavoratore straniero» (lett. b) e avanzando formalmente la propria «proposta di contratto di soggiorno con specificazione delle relative condizioni...». Completa il quadro l'art. 7 c. 1 TUIM (Obblighi dell'ospitante e del datore di lavoro), a norma della quale «chiunque, a qualsiasi titolo, dà alloggio ovvero ospita uno straniero o apolide, anche se parente o affine, ovvero cede allo stesso la proprietà o il godimento di beni immobili, rustici o urbani, posti nel territorio dello Stato, è tenuto a darne comunicazione scritta, entro quarantotto ore, all'autorità locale di pubblica sicurezza». La violazione dell'obbligo di dichiarazione comporta l'assoggettamento alla sanzione amministrativa, ai sensi dell'art. 7, c. 2-*bis*. Alla ben più grave sanzione penale della reclusione, da sei mesi a tre anni, è invece assoggettato «salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque a titolo oneroso, al fine di trarre ingiusto profitto, dà alloggio ovvero cede, anche in locazione, un immobile ad uno straniero che sia privo di titolo di soggiorno al momento della stipula o del rinnovo del contratto di locazione (...)» (art. 12, c. 5-*bis*).

<sup>39[39]</sup> L'art. 40, c. 6, TUIM è stato modificato dall'art. 27, c. 1, lett. c), della Legge 30 luglio 2002, n. 189 (Modifica alla normativa in materia di immigrazione e di asilo), che ha *inasprito* le condizioni dell'accesso degli immigrati alle strutture abitative pubbliche. La formulazione anteriore dell'art. 40 c. 6 cit. era la seguente «*Gli stranieri titolari di carta di soggiorno e gli stranieri regolarmente soggiornanti che siano iscritti nelle liste di collocamento o che esercitano una regolare attività di lavoro subordinato o di lavoro autonomo hanno diritto di accedere, in condizioni di parità con i cittadini italiani, agli alloggi di edilizia residenziale pubblica [omissis]*». Come si vede, nel sistema precedente era sufficiente che l'immigrato dimostrasse l'iscrizione nelle liste di collocamento oppure l'esercizio di un'attività lavorativa subordinata o autonoma (o la titolarità della carta di soggiorno). Si tenga infine presente che, in questa sede, non si farà comunque riferimento alla prima e seconda accoglienza, ossia alla soddisfazione, in via di urgenza, della pretesa alloggiativa degli immigrati, disciplinata all'art. 40, commi 1, 2, 3 TUIM.

<sup>40[40]</sup> Ricorda ZITO, A., *La gestione del patrimonio destinato a finalità abitative*, op. cit., p. 366, che la materia rappresentata dall'edilizia residenziale pubblica presenta «un indubbio rilievo dal punto di vista costituzionale a motivo dell'esistenza, accanto al tradizionale “diritto sull'abitazione”, di quel “diritto all'abitazione” che, seppure non espressamente previsto dalla Costituzione, sembra tuttavia presupposto da molte sue norme quali ad esempio quelle sull'inviolabilità del domicilio e sulla formazione della famiglia».

<sup>41[41]</sup> L'elaborazione teorica della *invalidità sopravvenuta* o *successiva* dei provvedimenti amministrativi si deve anzitutto a ROMANO, S., *Osservazioni sull'invalidità successiva degli atti amministrativi*, in *Raccolta di scritti di diritto pubblico in onore di G. Vacchelli*, Milano, 1930, 431 ss., ed è stata poi precisata da CODACCI PISANELLI, G., *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939, p. 61 ss.; GASPARRI, P., *La invalidità successiva degli atti amministrativi*, Pisa, 1939.

provvedimento è stato emanato; la dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma attributiva del potere all'amministrazione, e via dicendo. Nei casi esaminati dalla giurisprudenza costituzionale, in relazione alla pretesa al bene-casa vantata dallo straniero, il provvedimento è *suscettibile* di divenire invalido per effetto della dichiarazione di incostituzionalità della norma regionale sulla base della quale l'atto è stato emanato <sup>42[42]</sup>. La discriminazione in tali casi si annida, per così dire, a livello normativo, in quanto è direttamente la legge regionale, alla quale il provvedimento dà attuazione, che *inasprisce*, senza alcuna plausibile giustificazione, i requisiti per la soddisfazione del diritto all'abitazione dell'immigrato, in violazione del diritto alla parità di trattamento *ex art. 3* della Costituzione.

L'invalidità del provvedimento discriminatorio è invece *originaria*, quando esso è intrinsecamente illecito, poiché immediatamente lesivo del diritto-dovere di non discriminare, stabilito dagli artt. 2 del d. Lgs. 215/2003 e 43 TUIM. Le fattispecie di questo tipo rappresentano la quasi totalità dei casi sottoposti all'attenzione dei giudici ordinari <sup>43[43]</sup>, a patto di non voler considerare le discriminazioni che, in concomitanza della mancata attuazione delle pretese alloggiative, si realizzano nei rapporti interprivati regolati dal diritto civile, rappresentate, ad esempio, dal rifiuto opposto da una società immobiliare di concludere contratti di locazione con cittadini extracomunitari <sup>44[44]</sup>, ovvero dallo statuto di una società cooperativa edilizia che limiti la possibilità di assumere la qualità di socio ai soli cittadini comunitari <sup>45[45]</sup>.

Fatta eccezione, dunque, per le disparità di trattamento realizzata per mezzo di negozi giuridici unilaterali o bilaterali <sup>46[46]</sup>, si può indicare nell'ordinanza del Trib. Milano 21 marzo 2002 <sup>47[47]</sup> il primo caso di esercizio dell'azione antidiscriminatoria avverso un provvedimento amministrativo produttivo di effetti sfavorevoli sulla pretesa abitativa vantata dall'immigrato extracomunitario. Tale ordinanza, concernente l'attribuzione, nell'ambito delle graduatorie disposte dal Comune di Milano per l'assegnazione di alloggi di erp, di un punteggio aggiuntivo in ragione esclusivamente del possesso della cittadinanza italiana, fissa i punti focali della problematica dell'assegnazione degli alloggi pubblici agli immigrati secondo canoni e criteri discriminatori, i quali possono essere così sintetizzati: a) irrilevanza della sola menzione, nell'art. 44 TUIM, dei soli «comportamenti» del soggetto pubblico, ad esclusione degli «atti» e «provvedimenti» amministrativi, poiché in ogni caso il diritto alla non discriminazione è un «diritto incomprimibile, che si sottrae al meccanismo dell'affievolimento» <sup>48[48]</sup> b) impossibilità di riferire la giurisdizione esclusiva sui servizi pubblici alle controversie in materia di edilizia residenziale pubblica. A tale ordinanza hanno poi fatto seguito altre decisioni più recenti, che sostanzialmente ribadiscono l'orientamento inaugurato con la pronuncia del 2002, riconoscendo una tutela «forte» del diritto alla parità di trattamento dinanzi al giudice ordinario <sup>49[49]</sup>.

---

<sup>42[42]</sup> Un caso particolare nel panorama giurisprudenziale è quello deciso da Trib. Gorizia, Ord. 30 giugno 2011, n. 271, cit., in <http://asgi.it>, che, dopo aver accertato «la natura assolutamente discriminatoria della normativa regionale (...) in materia di misure di sostegno del diritto di abitazione perché in contrasto con la disciplina comunitaria nella parte in cui prevede tra i requisiti per le prestazioni di assistenza sociale (...) quello relativo all'anzianità di residenza decennale in Italia e quinquennale in Friuli Venezia Giulia», ha dichiarato la cessazione della materia del contendere poiché il Comune di Gorizia, prima dell'udienza, ha provveduto a disapplicare la normativa regionale «nella parte ritenuta discriminatoria».

<sup>43[43]</sup> La giurisprudenza di legittimità si è occupata delle controversie in materia di discriminazioni *ex art. 44* TUIM soltanto con la sentenza Cass. Civ. S.U. 6172/2008, che per la prima volta ha precisato la natura giuridica del procedimento cautelare disciplinato dalla disposizione, e con le recenti sentenze Cass. Civ. 3670/2011 e 7186/2011, al momento inedite, che sono state ricordate al par. 2 del presente scritto.

<sup>44[44]</sup> Trib. Milano, 30 marzo 2000, in *Foro It.*, 2000, I, p. 2040.

<sup>45[45]</sup> Trib. Monza, 27 marzo 2003, in *Foro It.*, 2003, 11, 1, p. 3176 ss., con nota redazionale di PIOMBO.

<sup>46[46]</sup> Per le quali si veda lo studio di MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Milano, 2007, nonché ID., *Libertà contrattuale e divieto di discriminazione*, op. cit., p. 401 ss.. Sulla compatibilità del principio di libertà negoziale con il divieto di discriminazione si veda, inoltre, SCHIEK, DAGMAR, *Freedom of Contract and Non-Discrimination Principle – Irreconcilable Antonyms?*, in LOENEN, T., ROGRIGUES R., P., *Non Discrimination Law: Comparative Perspectives*, The Hague, 2000, p. 85, per il quale sarebbe possibile inserire il principio di non discriminazione tra i principi generali del diritto contrattuale.

<sup>47[47]</sup> La sentenza è pubblicata in *Foro It.*, 2003, p. 3177 ss., con nota di PIOMBO.

<sup>48[48]</sup> Trib. Milano, 21 marzo 2002, *Foro It.*, cit., p. 3180.

<sup>49[49]</sup> Tra le ultime pronunce, tutte reperibili in <http://asgi.it>, si veda Trib. Bergamo, sez. lav., ord. 15 luglio 2010, n. 475, che qualifica come discriminatorio il regolamento comunale che esclude dalle agevolazioni per l'acquisto della prima casa le giovani coppie straniere, sprovviste della cittadinanza italiana; Trib. Vicenza, ord. 27 maggio 2011, n. 1684, cit., individua l'esistenza di una discriminazione indiretta nella delibere comunali che introducono nuovi e più restrittivi parametri dimensionali per il rilascio delle certificazioni di «idoneità all'alloggio» ai cittadini stranieri, i quali

Orbene, alla luce delle osservazioni contenute nei paragrafi precedenti, ciascuno di questi due aspetti meriterebbe oggi un'attenta rivisitazione critica. Quanto al primo punto, si osserva che, sebbene la disposizione non contempra espressamente i provvedimenti o gli atti amministrativi ai fini della tutela discriminatoria, sarebbe del tutto «irrelevante» una loro menzione espressa, in quanto «il carattere di assolutezza del diritto alla non discriminazione determina, infatti, proprio il superamento e l'irrelevanza della distinzione tra atto e comportamento della pubblica amministrazione»<sup>50[50]</sup>. La distinzione tra atto e comportamento, detto altrimenti, è da reputarsi superflua, poiché, se anche il TUIM avesse espressamente ricondotto i provvedimenti e/o gli atti amministrativi nell'orbita della tutela del g.o., essi sarebbero in ogni caso emessi in carenza di potere a fronte del diritto inaffievolibile o fondamentale alla parità di trattamento.

A ben vedere tuttavia, l'affermazione secondo cui l'assolutezza del diritto alla parità di trattamento determina il superamento della distinzione tra atto e comportamento, non tiene conto del fatto che, come riconosciuto autorevolmente dalla Corte Costituzionale, non v'è alcun principio nel nostro ordinamento che riservi esclusivamente al giudice ordinario, escludendo dunque il giudice amministrativo (in sede di giurisdizione esclusiva), la tutela dei diritti costituzionalmente protetti<sup>51[51]</sup>. La possibilità di tutelare i c.d. diritti fondamentali dinanzi al g.a. conferma, dunque, la rilevanza della distinzione tra atto e comportamento, la quale, oltretutto, poggia le proprie basi su una lunga elaborazione dottrinale e giurisprudenziale<sup>52[52]</sup>. Più in generale, come ricordato anche da Trib. Bologna, ord. 7 agosto 2008<sup>53[53]</sup>, non v'è nessun motivo per ritenere che i provvedimenti autoritativi lesivi della parità di trattamento nell'assegnazione del bene-casa agli immigrati extracomunitari, in quanto illegittimi, non possano essere impugnati dinanzi al g.a., ben potendosi configurare un interesse legittimo alla parità di trattamento a fronte dell'esercizio del potere della p.a. distributivo di beni socialmente rilevanti<sup>54[54]</sup>.

---

finiscono «per realizzare una disparità di trattamento tra i cittadini stranieri e quelli nazionali, rendendo, comunque, più gravoso per gli stranieri (per lo più cittadini extracomunitari) l'accesso all'abitazione, bene questo tutelato anche da norme di rango costituzionale, con evidente carattere discriminatorio» (p. 21 dell'ordinanza); Trib. Gorizia, ord. 30 giugno 2011, n. 271, sull'atto comunale di diniego di accesso ai benefici assistenziali in materia locatizia, a sfavore del soggetto immigrato, motivato sulla mancanza del requisito di anzianità di residenza decennale sul territorio nazionale italiano; Trib. Milano, ord. 28 luglio 2009, n. 550, sull'illecita discriminazione nei confronti degli studenti universitari privi del requisito della cittadinanza italiana, ai fini della partecipazione a un bando per l'assegnazione di alloggi a studenti. Tale ordinanza ribadisce, ancora una volta, che «il diritto della persona alla pari dignità sociale e a non essere discriminato costituisce un diritto fondamentale dell'individuo non suscettibile di essere affievolito ad interesse legittimo allorché il comportamento discriminatorio sia posto in essere dalla P.A. anche mediante l'adozione di provvedimenti amministrativi» (p. 3 dell'ordinanza, corsivo aggiunto).

<sup>50[50]</sup> Così Trib. Milano, 21 marzo 2002, punto 2 della motivazione, cit., p. 3180. Secondo un'altra parte della giurisprudenza, invece, l'atto amministrativo sarebbe senz'altro riducibile al comportamento, nel senso che l'azione antidiscriminatoria è esercitabile anche quando il «comportamento discriminatorio consista nell'emanazione di un atto amministrativo» (Trib. Brescia, ord. 20 febbraio 2009, in D&L-Riv. Crit. Lav., 2009/1, p. 278, in massima). Tale opzione esegetica riafferma la distinzione concettuale tra atto e comportamento, riconoscendo tuttavia che l'atto amministrativo debba essere considerato, ai sensi dell'art. 44, TUIM, come un «comportamento amministrativo», ed altresì illecito in quanto posto in essere in violazione del dovere di parità di trattamento. Nell'ord. Trib. Milano, 28 luglio 2009, n. 550, cit., si va addirittura oltre, quando si osserva che la tutela ex art. 44 TUIM «non si risolve in un sindacato sulla legittimità del provvedimento amministrativo adottato dalla P.A.» (nella specie si trattava di un bando di concorso per l'assegnazione di alloggi a condizioni sfavorevoli per gli extracomunitari), ma «si estende all'esame del comportamento complessivo tenuto dall'ente territoriale», e dunque all'«operato dell'ente provinciale, esplicitato attraverso la delibera di approvazione del bando».

<sup>51[51]</sup> C. Cost. 27 aprile 2007, n. 140. Si veda anche in tal senso Cons. Stato, Ad. Plen. 12 ottobre 2007, n. 12, secondo cui è «seriamente controvertibile una tesi che, muovendo dalla categoria dei diritti soggetti incompressibili e varcando la soglia della sola descrittività, sancisca aprioristicamente limiti assoluti e non costituzionalmente posti alla giurisdizione amministrativa».

<sup>52[52]</sup> Inoltre, volendo portare alle estreme conseguenze il ragionamento prospettato dalla giurisprudenza di merito, la «irrelevanza» della mancata devoluzione degli atti amministrativi discriminatori al giudice ordinario ai sensi dell'art. 44 TUIM, in ragione della natura indegradabile del diritto alla parità di trattamento, renderebbe per coerenza superfluo lo stesso riferimento letterale ai «comportamenti» amministrativi: ma allora non vi sarebbe alcun aggancio normativo per assegnare le controversie sulle discriminazioni «istituzionali» della p.a. al giudice ordinario.

<sup>53[53]</sup> Richiamata in nota 30 dello scritto.

<sup>54[54]</sup> Sulla giurisdizione del g.a. a fronte di provvedimenti amministrativi discriminatori lesivi dei diritti sociali degli extracomunitari privi della cittadinanza (sempre in materia di «bonus bebè»), si veda anche T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 16 luglio 2009, n. 4392, secondo cui «il provvedimento impugnato è finalizzato all'erogazione di un buono, attraverso il quale si riconosce un contributo economico alle famiglie con tre o più figli, per sostenere le attività di cura

La tutelabilità della parità di trattamento dinanzi al g.a. va ribadita sia a fronte dei comportamenti amministrativi espressivi di potere <sup>55[55]</sup>, sia – *a fortiori* – dinanzi ai provvedimenti autoritativi adottati dalla p.a., non essendovi alcuna ragione teorica che escluda aprioristicamente la possibilità di una protezione di tale bene della vita nelle forme dell'interesse legittimo <sup>56[56]</sup>. In modo particolare, a questo risultato non può impedire di giungere la teorica della degradazione, della cui validità scientifica dubita ormai una larga parte della migliore dottrina <sup>57[57]</sup>. Piuttosto, proprio la rivisitazione della teoria della degradazione sottrae l'argomento decisivo alla tesi portata avanti dai giudici di merito secondo cui anche i provvedimenti lesivi della parità di trattamento vanno sottoposti alla cognizione del giudice ordinario in sede di azione civile contro la discriminazione. Non c'è, infatti, un diritto «fondamentale», indegradabile a interesse legittimo, che determina la carenza di potere dell'atto adottato dall'amministrazione, quanto un interesse ad un bene della vita che, a fronte del potere amministrativo, è qualificato dall'ordinamento come interesse legittimo, in virtù del meccanismo della pluriqualificazione (o «relatività») delle situazioni giuridiche soggettive. Tale importante principio opera in un senso diametralmente opposto a quello della degradazione, e impone di considerare i diritti e gli interessi legittimi non come situazioni statiche e confondibili, ma come dinamiche e nettamente distinguibili. Restituendo centralità all'interesse al bene della vita protetto dalla situazione giuridica, la teoria della relatività delle s.g.s. fa seguire la qualificazione giuridica dell'interesse ad una disamina del rapporto giuridico intercorrente tra il soggetto pubblico e l'amministrato, di guisa che se un potere è autorizzato dall'ordinamento ad incidere su un bene in titolarità dell'amministrato, la protezione che la norma attribuisce al bene stesso non potrà che prendere le forme dell'interesse legittimo. Nel nostro caso, se il provvedimento amministrativo che decide illegittimamente di privare del diritto alla casa un immigrato extracomunitario, in violazione del principio della parità di trattamento, è adottato esercitando un potere legalmente previsto, l'interesse leso a non subire trattamenti discriminatori non potrà che essere tutelato come interesse legittimo dinanzi al giudice amministrativo, ed anzi a maggior ragione se si pone attenzione al dato letterale dell'art. 44 TUIM che contempla espressamente soltanto i «comportamenti» del decisore pubblico come fatti attratti alla cognizione del g.o.. Si consideri, infine, che le due recenti sentenze della Cassazione Civile (S.U. 15 febbraio 2011, n. 3670; S.U. 30 marzo 2011, n. 7186) timidamente, ma con un atteggiamento chiaramente indicativo della volontà di abbandonare la teorica della degradazione, se pure continuano a qualificare la parità di trattamento come un diritto «fondamentale», non giustificano tuttavia, in nome dell'esistenza dei diritti «indegradabili», la devoluzione al g.o. delle controversie in materia di discriminazioni. Piuttosto, esse fanno leva sulla (presunta) «chiarezza» del dato normativo e, dunque, sulla «pacifica» devoluzione al G.O. delle controversie innescate da atti e da comportamenti amministrativi.

Venendo infine al secondo punto, la ritenuta impossibilità cioè di postulare la giurisdizione esclusiva per le controversie in materia di edilizia residenziale pubblica, anche tale aspetto merita oggi una rivisitazione critica. Invero, gli stessi sostenitori dell'esistenza di un diritto fondamentale o indegradabile alla parità di trattamento dovrebbero coerentemente ammettere la devoluzione della cognizione delle relative controversie dinanzi al g.a. in sede di giurisdizione esclusiva, essendo venuto meno, per le ragioni già dette, il muro di impenetrabilità tra diritti fondamentali e giudice amministrativo. In ogni caso, anche a non voler considerare tale circostanza, è lo stesso d. Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, che all'art. 133, comma 1, lett. f, devolve

---

della famiglia stessa. L'adozione di un tale atto è scaturita da una decisione discrezionale e pienamente autonoma della Giunta regionale [...] Trattandosi, pertanto, di un tipico atto amministrativo, frutto della discrezionalità dell'Amministrazione regionale e impugnato attraverso la deduzione di tipici vizi di legittimità, non può che affermarsi la giurisdizione generale (di legittimità) del giudice amministrativo».

<sup>55[55]</sup> Ritengo dunque che il riferimento testuale ai «comportamenti» nell'art. 44 TUIM, quelli cioè per i quali è prevista la giurisdizione del g.o., si riferisca esclusivamente ai comportamenti *materiali*, non riconducibili, neppure mediamente, all'esercizio del potere amministrativo.

<sup>56[56]</sup> Si veda quanto è già stato detto in precedenza, spec. al par. 4 dello scritto.

<sup>57[57]</sup> Le ragioni per le quali la teoria della degradazione deve essere abbandonata sono molteplici, e non possono essere interamente ripercorse in questa sede. È sufficiente ricordare che essa nasce da un equivoco, e infatti «poiché il diritto soggettivo inciso dal provvedimento amministrativo trova tutela dinanzi al giudice degli interessi legittimi, si è pensato che il provvedimento determinasse l'affievolimento del diritto, nel senso specifico di trasformarlo in interesse legittimo» (F.G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, op. cit., p. 23). A livello sostanziale, poiché la degradazione postula una sorta di costruzione «a *matrioska*» delle situazioni giuridiche soggettive, tale per cui l'interesse legittimo si incasella nel diritto soggettivo, si finisce per negare l'autonomia concettuale e funzionale delle due situazioni, la quale è invece mantenuta ferma in primo luogo dalla stessa Costituzione. Inoltre, dopo la sentenza n. 500/1999 che ha affermato la risarcibilità *ex se* dell'interesse legittimo, non ha più senso, a livello processuale, chiedere l'annullamento del provvedimento che «degrada» il diritto soggettivo leso in interesse legittimo per poter chiedere il risarcimento dei danni della situazione giuridica «riespansa» per effetto dell'annullamento stesso.

espressamente alla giurisdizione esclusiva del g.a. le controversie «aventi ad oggetto gli atti e i provvedimenti delle pubbliche amministrazioni *in materia di urbanistica e edilizia*». Anche per tale ragione, dunque, il caso rappresentato dal provvedimento illegittimo di esclusione dell'immigrato extracomunitario dal procedimento di assegnazione dell'alloggio pubblico, in quanto si traduca *anche* in un fatto lesivo del diritto alla parità di trattamento, dovrà essere coerentemente portato all'attenzione del giudice della giurisdizione esclusiva.

---