

---

# La tutela antidiscriminatoria: profili processuali

Milano, 29 novembre 2012

avv. Alberto Guariso  
[guariso@polizziguariso.it](mailto:guariso@polizziguariso.it)

---

---

# I principi comunitari

- ART.7 dir. 2000/43 - *Gli Stati membri provvedono affinché tutte le persone che si ritengono lese ... possano **accedere, anche dopo la cessazione del rapporto che si lamenta affetto da discriminazione**, a procedure giurisdizionali e/o amministrative, comprese, ove lo ritengono opportuno, le procedure di conciliazione finalizzate al rispetto degli obblighi derivanti dalla presente direttiva*

## **QUINDI**

- Prevedere una procedura giudiziale “finalizzata” e dunque speciale
  - Consentire l’azione anche dopo la cessazione del rapporto affetto da discriminazione (azioni di accertamento ?)
-

---

## Segue:

- Garantire la legittimazione attiva anche a soggetti diversi dal discriminato (art.7 dir. 2000/43)
  - Garantire all'attore un alleggerimento dell'onere della prova (“..**fatti dai quali si può presumere..**” art. 8 dir.2000/43)
  - Garantire sanzioni effettive, proporzionate, dissuasive, ivi compreso il risarcimento del danno (art. 15 dir. 2000/43)
  - Garantire la protezione delle vittime che agiscono a tutela della parità (art. 9 dir. 2000/43)
-

---

## La procedura sino al dlgs 150/11:due modelli

- Discriminazione di genere “in ambito lavorativo”: a) azione ordinaria; b) azione ex art. 37-38 CPO: ricorso – decreto – opposizione con instaurazione del giudizio di merito “*ex art.413 cpc*”
  - Altre discriminazioni: art. 44 TU imm. che, secondo Cass. 6172/08, si svolge con le forme del processo cautelare uniforme ex artt. 669bis e segg. **Conseguenze**: scarsità delle pronunce di merito; assenza di giudizi di legittimità.
-

## Dopo il dlgs 150/11

- **Discriminazione di genere** “in ambito lavorativo”  
: come prima
- **Tutte le altre discriminazioni** = rito sommario di cognizione
  - Razza e origine etnica ex dlgs 215/03
  - Religione, convinzioni person., orientamento sessuale, disabilità, età ex dlgs 216/03
  - Razza, etnia, lingua, nazionalità, religione, **provenienza geografica**, cittadinanza ex art. 43 e 44 TU immigraz.
  - disabilità extralavorativa ex L. 67/06
  - ~~Genere per l'accesso a beni e servizi ex art. 55~~  
quinques CPO

---

## Particolarità e problemi aperti dopo il 150

- **La natura del procedimento:** **a)** atto introduttivo ex art. 163 c.p.c.; **b)** “*omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio...*” dunque a cognizione sommaria ? **NO** perché non si applicano:
    - il c.2 art. 702ter : se il rito è errato NON si ha dichiaraz. di inammissibilità , ma mutamento del rito (art. 4 dlgs 150)
    - il c.3 art. 702ter: se richiede istruttoria complessa NON si converte in giudizio ordinario .
  - **E’ la forma obbligatoria e a cognizione piena per le domande antidiscriminatorie (vedi a contrario Trib.Arezzo 3.11.11).**
  - **Appello:** assenza di un procedimento speciale.
  - Idoneità a passare in giudicato (ma vedi a contrario CdA Roma 11.5.11)
-

- 
- E' ammissibile un procedimento cautelare "interno" ?:
  - Non si riscontrano pronunce negative vedi Trib.Roma 8.8.2012 est Bifano; Trib. Trieste; Trib Milano...
-

.

- **Competenza territoriale**: a) **genere**: luogo ove è avvenuto il comportamento
- b) **altre discriminazioni**: il domicilio del ric.(art. 28, comma 2 dlgs 150/11).Quale rapporto con il 413?
- vale anche per le associazioni legittimate ? forse si (Trib. Roma 5.12.2012 – Ciavattone), ma l'effetto che ne deriva è problematico
- è derogabile “per connessione”? Per Cass. 9567/04 no, ma la decisione è ex art. 28 cpc riferita a quando il procedim. antidiscr. era “cautelare”: oggi non è più così, nè vi è inderogabilità espressa, né risponderebbe alla *ratio*. Vedi pero' Trib.Trieste 29.9.2012-Burelli



---

## Conseguenze:

- Più giudizi dispersi sul territorio su una medesima questione, con il rischio di conflitti di giudicati:
  - È una conseguenza del fatto che si tratta di un giudizio **sul diritto e non sull'atto**, anche quando vengono in questione atti generali.
-

---

## legittimazione attiva delle associazioni

- Si deve trattare sempre di discriminazioni collettive. **MA:**
  - per il genere e la nazionalità, “**anche**” quando non siano individuabili i singoli discriminati;
  - per le altre discriminazioni sparisce “anche” e diventa una condizione: ma perché non vi sia legittimazione occorre che i discriminati siano individuabili in modo “**diretto e immediato**” (quindi devono risultare dall’atto contestato)
-

---

## Segue: le varie opzioni

- Discriminaz. di genere: consigliera di parità.
  - Discriminaz. ex art. 43 TU immigraz.: le OOSS maggiormente rappresentative, ma solo in ambito lavorativo
  - Discriminaz. ex dlgs 215/03: le associazioni iscritte nell'elenco ex art. 5
  - Discriminaz. ex dlgs 216/03: OOSS e le associazioni **rappresentative del diritto o interesse leso**
  - Discriminaz. ex L. 67/06: le associazioni iscritte nell'elenco
-

---

## Segue: la questione cittadinanza/etnia

- Apparentemente nessuna legittimazione per le discriminazioni per nazionalità salvo le OOSS in ambito lavorativo. In realtà :
  - **E' sempre stata stata riconosciuta la legittimazione degli enti ex dlgs 215/03.** Gli argomenti:
  - La discriminazione per nazionalità è, in Italia, una discriminazione **indiretta** (apparentemente neutra) per etnia: dunque si può agire avverso la discriminazione dello straniero anche ex dlgs 215/03;
  - L'art. 2 Dlgs 215 "fa salvo" l'art. 44 TU.
  - Il comitato CERD (raccomandazione 30 del 1.10.04) ha ritenuto che il divieto di discriminazione razziale impone, almeno quanto ai diritti fondamentali, il divieto di discriminazione per cittadinanza
-

---

## La questione dell'interesse ad agire

- E' stata molto esaminata nel caso di barriera all'ingresso e mancanza di richiesta
  - Il caso ATM Milano
  - Il caso Adro
  - I casi delle prestazioni assistenziali e l'eccezione di mancato esperimento delle procedure amministrative
-

---

Segue:

- La sent. Feryn distingue espressamente:
    - il fatto che la direttiva sia applicabile in assenza di un “denunciante identificabile” attiene alla nozione di discriminazione; si tratta di uno “***svantaggio da dissuasione***”;
    - il fatto che sussista la legittimazione attiva di un soggetto collettivo dipende dalla legislazione nazionale che non è vincolata dal dir.com. alla soluzione belga (e italiana)
-

---

Punto 26 *“La circostanza in modo evidente è idonea a dissuadere fortemente determinati candidati dal proporre le loro candidature e , quindi, ad ostacolare il loro accesso al mercato del lavoro. L’esistenza di siffatta discriminazione diretta non presuppone un denunciante identificabile che asserisca di essere stato vittima di tale discriminazione*

- *“Punto 27: L’art. 7 direttiva 2000/43 non si oppone in alcun modo a che gli stati membri , nella loro normativa nazionale, riconoscano alle associazioni...il diritto di avviare procedure giurisdizionali o amministrative intese a far rispettare gli obblighi derivanti dalla direttiva senza agire in nome di un denunciante determinato, ovvero in mancanza di un denunciante identificabile”*
  - Dunque la direttiva non impone la legittimazione del soggetto collettivo. **Ma senza un soggetto collettivo il “principio Feryn” sarebbe difficilmente applicabile.**
-

---

Vedi anche il “**caso Gerenzano**”: Trib.Milano  
12.5.2011-Dorigo

ALTRI PROBLEMI CONNESSI ALLA  
“BARRIERA”

- a) scarse sanzioni per l'effetto di scoraggiamento: ruolo del piano di rimozione (anche per le discr.individuali?)
  - b) Il singolo è portatore dell'interesse ad agire anche per la rimozione generale ?
  - c) I poteri del giudice possono estendersi sino alla rimozione di discriminazioni non espressamente dedotte ? (vedi il caso Udine e l'ordinanza Kamberai)
-



---

La questione delle discriminazioni “parziali”: è utilizzabile la procedura ?

- Sì , non risultano pronunce contrarie: si ha discriminazione quando tutti gli svantaggiati appartengono al gruppo tutelato.
  - Non è necessario che tutti gli appartenenti al gruppo tutelato siano svantaggiati (ad es. il caso del requisito della carta di soggiorno).
  - (“a causa di...:”)
-

---

## Il conflitto con altri riti

- E' ammissibile una azione antidiscriminatoria con rito ordinario ? (anche al fine di cumulare altre domande)
  - Sembrerebbe di sì (vedi la vicenda del comportamento antisindacale)
  - Tuttavia vedi art. 4 dlgs 150: obbligo di conversione
  - Il caso del licenziamento
-

## La giurisdizione : Cass. sez. un.

---

### n. 3670/2011 e 7186/2011 – la giurisdizione dell'AGO

- | 1<sup>^</sup> argomento: essendo attribuita (letteralmente) all'AGO la fase cautelare non potrebbe essere diversamente per la fase di merito (argomento non più applicabile)
  - | 2<sup>^</sup> argomento: Il diritto alla non discriminazione è un **diritto assoluto** a fondamento costituzionale e internazionale ed opera anche nei confronti della PA
-

---

## Segue:

- | *anche se la procedura è attivata nell'ambito di un procedimento per il riconoscimento da parte della PA di utilità rispetto alle quali il **soggetto privato gode di una posizione di interesse legittimo** e non di diritto soggettivo, la tutela rispetto alla discriminazione è assicurata secondo il modulo del diritto soggettivo e delle relative protezioni giurisdizionali;*
  - | **è il legislatore che ha operato la scelta di giurisdizione in favore dell'AGO** (ciò non è incompatibile con il fatto che il GA possa conoscere anche di diritti soggettivi assoluti in materie di giurisdizione esclusiva).
-

---

## Conseguenze

- | la tesi conferma che la non discriminazione non si identifica col generale principio di uguaglianza ex art. 3 Cost. (la cui applicazione potrebbe non dare luogo a diritti soggettivi assoluti)
  - | vale a fronte di qualsiasi procedura di assunzione, sia non-concorsuale, sia concorsuale e dunque soggetta all'art. 63 Dlgs 165/01 (cfr. ord. 7186/2011)
  - | la tesi è riferita al caso dei concorsi che non rientra nella giurisdizione esclusiva : si applica anche ai casi di giurisdizione esclusiva (ad es. art. 133 Cod.proc.amm.: ad es. ordinanze in materia di sicurezza pubblica) ?Il dato letterale è in questo senso
  - Tutto ciò **non vale** per la discriminazione di genere (cfr. art. 37 e 38 CPO) dove la legge indica sempre in via alternativa Trib. o TAR, nè per il pubblico impiego non privatizzato (cfr. art. 4 dlgs 215 e 216)
-

---

## Differenze delle due ordinanze quanto a poteri del giudice nei confronti della PA

### **Ordinanza Cass. n. 3670/2011:**

- Il giudice accertata la discriminazione posta in essere dalla PA
- | deve disapplicare l'atto amministrativo; non ha poteri di annullamento o revoca; SEMBRA non gli sia consentita la condanna a un *facere* amministrativo (ma l'ordinanza non lo dice espressamente)
  - il Tribunale di Brescia è chiamato a decidere se *“nonostante la revoca generalizzata dell'originaria delibera di giunta istituyente il contributo assistenziale, lo stesso tuttora spetti all'H. ed agli altri richiedenti non cittadini italiani, e non anche a ripristinarlo con effetti erga omnes”* = l'azione antidiscriminatoria sembra volta **solo** al conseguimento del bene, previa disapplicazione dell'atto amministrativo che lo nega
-

---

Ma la tesi non convince:

- Per le discriminazioni collettive con soggetti non identificati, **le associazioni agiscono per ottenere la rimozione erga omnes**. Se ciò non fosse possibile la loro legittimazione non avrebbe senso (potrebbe dar luogo solo a pronunce di accertamento);
  - **La condanna a un *facere* amministrativo è necessaria ai fini della rimozione della discriminazione**: altrimenti l'azione resta monca (con violazione del diritto comunitario);
  - non è coerente con la previsione di un piano di rimozione, che è sempre un ordine di *facere*;
-

---

Segue

**ordinanza Cass. n. 7186/11:**

- | apre la strada a **provvedimenti atipici** qualificati da esigenze di **un'integrale rimozione** delle discriminazione: *“il contenuto e l'estensione delle tutele conseguibili in giudizio presentano aspetti di atipicità e variabilità in dipendenza del tipo di condotta lesiva...e anche della preesistenza o meno di posizioni di diritto o interesse legittimo”*
  - La giurisprudenza di merito è unanime nel senso della ammissibilità dell'ordine di rimozione/modifica dell'atto amministrativo
  - La questione è risolta dal nuovo art. 28 dlgs 150/11: **Il giudice adotta, “anche nei confronti della PA”, ogni provvedimento idoneo a rimuovere gli effetti della discriminazione”**
-



---

# L'onere della prova

- Art. 8 dir.43 : fatti dai quali si può presumere che vi sia stata una discriminazione diretta o indiretta
  - Art. 8 Dlgs 150: Quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, dai quali si può presumere l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori, spetta al convenuto l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione. I dati di carattere statistico possono essere relativi anche alle assunzioni, ai regimi contributivi, all'assegnazione delle mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera e ai licenziamenti dell'azienda interessata.
-

---

•

- La tesi di Trib.Milano 12.11.2012:
    - a) i “fatti” devono essere più di uno (ma così non si torna al “concordanti” del 2729?) ;
    - b) ogni fatto deve essere supportato da più “dati”;
    - c) la discriminazione indiretta richiede che il ricorrenti provi che il criterio apparentemente neutro celi “l’intento”
-

---

## Le recenti pronunce CGE

- 19.4.2012 “Meister”
  - 21.7.2011 Kelly C-104/10
  - Non esiste un diritto del discriminato ad avere informazioni utili a fornire gli elementi presuntivi;
  - Tuttavia il rifiuto di fornire informazioni deve essere valutato come fatto “dal quale si può presumere...”
  - E in ogni caso non bisogna pregiudicare l'effetto utile della direttiva
-