



L'azione giudiziaria anti-discriminazione: questioni processuali recenti e nuovo rito antidiscriminatorio.

Sasso Marconi 22-24 settembre 2011
avv. Alberto Guariso



Alcune recenti questioni giurisprudenziali

- Giurisdizione
- Poteri del giudice nei confronti della PA
- Altre questioni in breve

1. La giurisdizione

- La tesi delle amministrazioni: a) l'art 44 TU imm. si riferisce ai **comportamenti** della PA e non agli **atti, quindi non riguarda l'attività provvedimentale**; b) il Codice Pari Opportunità mantiene il riferimento al TAR per l'azione antidiscriminatoria; quindi la natura assoluta del diritto alla non discriminazione non è decisiva per determinare la giurisdizione AGO.
- Due ordinanze delle Sezioni Unite in due regolamenti di giurisdizione: ordinanza n. 3670/11 (caso "bonus bebè" Brescia) ordinanza 7186/11 (caso Ospedale San Paolo di Milano - concorso)



Ordinanze Cassazione, Sezioni Unite

n. 3670/2011 e 7186/2011:

**le motivazioni a favore della giurisdizione
ordinaria**

- La struttura del procedimento è quella cautelare (come affermato da Cass. 6172/08); il dato letterale è chiarissimo nell'attribuire all'AGO la fase cautelare; quindi anche la fase di merito va allo stesso giudice;
- ***“Improprio ... per la palese anomalia sistematica che implicherebbe, si palesa la tesi secondo cui il giudizio di merito, di cui all'art. 669 octies c.p.c., pur essendo stato preceduto da quello cautelare svolto davanti al G.O., in ragione della natura dei provvedimenti in concreto richiesti ed assunti in tale fase, avrebbe dovuto essere instaurato o, comunque, proseguire nella diversa sede giurisdizionale amministrativa”***

- Il diritto alla non discriminazione è un **diritto assoluto** a fondamento costituzionale e internazionale ed opera anche nei confronti della PA;
- 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 e osservazioni:

- la tesi conferma che la non discriminazione non si identifica col generale principio di uguaglianza ex art. 3 Cost. (la cui applicazione non sempre dà luogo a diritti soggettivi assoluti)
- la tesi vale a fronte di qualsiasi procedura di assunzione, sia non-concorsuale, sia concorsuale e dunque soggetta all'art. 68 Dlgs 165/01 (cfr. ord. 7186/2011)
- la tesi si applica ai concorsi per l'accesso al pubblico impiego perché **non si tratta** di giurisdizione esclusiva : e quando si tratta di giurisdizione esclusiva è applicabile lo stesso iter logico?

Problema residuo: la giurisdizione esclusiva

art 133 del nuovo codice del processo amministrativo: *“le controversie aventi ad oggetto i provvedimenti anche contingibili ed urgenti emanati dal Sindaco in materia di ordine e sicurezza pubblica, di incolumità e di sicurezza urbana, di edilizia e di polizia locale, d’igiene pubblica e dell’abitato”* sono devolute alla **giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo**

Qui non avrebbe più rilievo la natura della posizione soggettiva (anche il diritto soggettivo va al GA) ma resta a favore dell’AGO il dato letterale.

2. Poteri del Giudice nei confronti della PA

2.A. 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)

- Dice la Cassazione: 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 regge:

- 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**.

2.B. 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”*

2.C. Giurisprudenza di merito

- unanime nel senso dell'**ammissibilità di un ordine di rimozione della discriminazione emesso nei confronti della PA** anche qualora all'ordine debba far seguito **un'attività amministrativa** (eccezione Trib. Milano, ord 30.07.2010 est. Bianchini).

- Il Tribunale di Udine - nell'ambito di un procedimento scaturito da una discriminazione indiretta - ha esteso la rimozione della discriminazione anche alle categorie protette dal diritto comunitario che non erano parti della controversia; (cfr. Trib. Udine, ord. 17 11.2010 est. Calienno)

2.D. Questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia

- Il Tribunale di Bolzano ha chiesto alla Corte di Giustizia se la rimozione deve essere interpretata nel senso di ricomprendere tutte le violazioni incidenti sui destinatari della discriminazione anche ove non siano parte della controversia. Ciò anche per non incorrere in una discriminazione alla rovescia (cfr. Tribunale Bolzano, ord. 24.11.2010, est. Puccetti).

3. Altre questioni in breve

- **Interesse ad agire, previa domanda, decadenza:** cosa succede in assenza di domanda ? (il caso ATM a Milano) E' collegato alla ammissibilità di provvedimenti generali
- **Discriminazione cessata: ammissibilità e “utilità” della mera pronuncia di accertamento** (Trib. Milano, ord. 17.08.2010, est Casella, Trib.Bergamo, ord. 08.07.2010, est. Finazzi; Trib. Bergamo, ord. 15.03.2011, est. Ippolito)
- **Attività amministrativa successiva alla pronuncia:** redistribuzione e ritorsione; il caso Adro
- **Sezione del tribunale “tabellarmente competente” per la discriminazione** la discriminazione è “astratta” ?



Il nuovo procedimento antidiscriminatorio

art. 28 Dlgs 150/11

- *“Le controversie in materia di discriminazionesono regolate dal rito sommario di cognizione, ove non diversamente disposto dal presente articolo.*
- ***Ora 3 fonti processuali: art. 44 TU modificato, art. 28 dlgs 150/11, art. 702 bis ss cpc;***
- ***La novella riunifica le discriminazioni di cui all 43 TU, al dlgs 215/03; al dlgs 216/03; alla L. 67/06 (disabilità fuori dal rapporto di lavoro); all’art. 55-quinquies CPO (discr.di genere nell’accesso a beni o servizi). Resta esclusa l’azione antidiscriminatoria urgente per ragioni di genere (art. 38 Codice Pari Opportunità)***

- Al procedimento antidiscriminatorio si applicano gli **articoli 702 bis e seguenti c.p.c.:**
 - la domanda va proposta con ricorso al Tribunale del **domicilio del ricorrente** (come oggi: resta il problema delle associazioni: ma la competenza territoriale non sembra più inderogabile);
 - il ricorso deve essere notificato almeno **30 giorni** prima della data per la costituzione; la costituzione 10 giorni prima dell'udienza: **i tempi si allungano**
 - il ricorso può essere proposto dalla parte anche personalmente; **DEVE CONTENERE LE INDICAZIONI DEL 163 c.p.c. (decadenza sui mezzi di prova ?);**
 - Vi è un contrasto tra maggiore formalità e obbligo del giudice di ***“adottare ogni altro provvedimento idoneo a rimuovere gli effetti della discriminazione”***

Segue:

- L'art. 702ter consente la trasformazione del rito sommario di cognizione in rito ordinario quando le difese delle parti richiedono una istruzione non sommaria: si applica anche al rito antidiscriminatorio ? No: **l'art 3 del d.lgs 150/11 prevede che i commi 2 e 3 dell'art 702 ter non si applicano alle controversie disciplinate dal Capo III** (tra cui il procedimento antidiscriminatorio);
- il giudice omissa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione rilevanti e decide **con ordinanza;**

- **Poteri del giudice :**

- 1) la condanna del convenuto al risarcimento del danno anche non patrimoniale; viene generalizzata la maggiorazione per **danno ritorsivo (già prevista dall'art. 4 Dlgs 215/03) ;**
 - 2) l'ordine di cessare il comportamento discriminatorio adottando ogni provvedimento idoneo a rimuoverne gli effetti, **anche nei confronti della PA ;**
 - 3) l'ordine di pubblicare il provvedimento su un quotidiano di tiratura nazionale (facoltativo);
 - 4) la comunicazione alle amministrazioni appaltati o erogatrici di benefici ai fini della revoca;
 - 5) il piano di rimozione (facoltativo): prima non previsto dal 44; per le discriminazioni collettive va "sentito l'ente collettivo ricorrente" (quindi ci deve sempre essere ?).
- **Migliore definizione dell'onere della prova "alleggerito"**: solo "fatti dai quali si può presumere", non più "precisi e concordanti" (NB inutile parte del comma 4 relativa ai rapporti di lavoro)

APPELLO

- Art 702 quater: ove l'ordinanza non sia **appellata** entro trenta giorni dalla sua comunicazione o notificazione, la stessa produce gli effetti di cui **all'art 2909 c.c.**

Due conseguenze:

- Il “secondo grado” del procedimento antidiscriminatorio **non si svolge più avanti al Tribunale in composizione collegiale ma avanti alla Corte d'Appello competente.**
- L'ordinanza **passa in giudicato** ove non sia appellata entro trenta giorni (indipendentemente dalla notificazione ad istanza di parte); il giudizio antidiscriminatorio non andrà più considerato assimilabile al giudizio cautelare: 1) non si potrà instaurare successivamente un giudizio di merito; 2) avverso la pronuncia resa in appello sarà possibile proporre ricorso in Cassazione.

- Viene abrogato il comma 5 dell'art 44 relativo ai **casi di urgenza** : sarà ammissibile un 700 all'interno del processo sommario di cognizione ? SI
- **Vengono limitati gli effetti del 388 c.p. ai casi di elusione della condanna "non patrimoniale"**
- **Viene esteso l'obbligo di comunicazione alla PA anche ai casi di discriminazione ex dlgs 215 e 216/03**
- **Resta immutato l'ultimo comma degli artt. 4 dlgs 215 e 216 sulla giurisdizione amministrativa per i dipendenti pubblici non privatizzati**

Una modifica sostanziale:

- Vengono introdotti due nuovi fattori di discriminazione: a) **motivi linguistici**; b) **motivi di provenienza geografica**.
- **NB sono introdotti solo nell'art. 44, non nella parte sostanziale (art. 43).**
- **Il tutto si applica solo ai procedimenti introdotti dopo il 6.10.11**