

## Introduzione

Ecco una pubblicazione che nessuna persona dotata di un po' di senso civico vorrebbe dare alle stampe.

Una rassegna ragionata di decisioni giudiziarie in tema di discriminazione (promosse ASGI e APN prevalentemente contro la discriminazione dello straniero, con qualche incursione in altri settori) è infatti prima di tutto un campanello di allarme, un segnale che la discriminazione c'è, che il cammino verso l'uguaglianza e il rispetto del "diverso" (sia esso straniero, disabile o quant'altro) è ancora lunghissimo. Se poi il numero di queste decisioni subisce un'impennata improvvisa nell'arco di pochi anni, allora c'è da essere ancora più preoccupati, specie se si considera la coincidenza di questo incremento con il consolidarsi di quella grande operazione politico-mediatica "anti-stranieri" che ha afflitto l'Italia (e parte dell'Europa) negli ultimi anni: insomma più interventi dei giudici, uguale più razzismo.

Naturalmente di una rassegna così corposa si può dare anche una lettura diametralmente opposta e più ottimista: il gran numero di decisioni può cioè significare che la Giustizia funziona (e in particolare la tanto vituperata giustizia civile, perché esclusivamente di questa trattiamo in questa sede), che il discriminato non si arrende, che trova la forza e il sostegno per denunciare e che trova nelle norme di legge uno strumento di difesa adeguato per porre rimedio alla lesione subita.

Difficile decidere se debba prevalere la lettura ottimista o pessimista : chiunque si voglia appassionare al tema, ha strumenti per farsi un'idea in proposito.

Un dato sembra sicuro: nel momento in cui il tema dell'uguaglianza tocca il punto più basso di popolarità e sparisce quasi completamente dal discorso politico, il divieto di discriminazione – che del principio di uguaglianza è il figlio primogenito – dà prova di una inaspettata vitalità e si afferma come uno strumento fondamentale di tutela dei gruppi sociali a rischio di esclusione.

Forse, paradossalmente, si afferma prima nei Tribunali che nella coscienza sociale. In questo campo infatti (e succede raramente) il diritto sembra essere più avanti della opinione comune: se il lettore troverà qui solo provvedimenti favorevoli al discriminato non è perché la selezione è stata faziosa, ma perché la percentuale reale di accoglimento dei ricorsi in questa materia, quantomeno nelle vicende cui il testo si riferisce, non è lontana dal 99% (con la significativa esclusione, e non è un caso, delle decisioni riguardanti la discriminazione dei rom, che – almeno a Milano - in alcune occasioni sono state negative ): una percentuale che non corrisponde a un uguale, massiccio rifiuto della discriminazione nel comune sentire.

Di questo apparente contrasto tra legge e coscienza sociale non c'è da meravigliarsi, se pensiamo al groviglio di spinte contraddittorie che si accavallano in questi anni: da un lato il bisogno di uguaglianza, dall'altro il bisogno di identità, che è sempre anche una richiesta di riconoscere e valorizzare le differenze; da un lato le paure di chi si sente assediato nella "fortezza Europa" dalla pressione delle ondate migratorie, dall'altro le modifiche apportate a Lisbona al patto fondamentale della nuova Europa che abbandona definitivamente il taglio economicista per aprirsi all'affermazione dei diritti fondamentali della persona, sia essa "autoctona" o migrante, anche in campo sociale (e da qui la definitiva accettazione, all'interno del Trattato, della CEDU e della Carta dei diritti fondamentali).

Proprio perché l'impennata del contenzioso cade in una fase così contraddittoria, abbiamo ritenuto importante offrire un contributo affinché le decisioni dei Tribunali vengano conosciute da vicino: in primo luogo dagli operatori del diritto che troppo spesso sembrano trattare questa materia con distacco o non conoscerne gli sviluppi, sicché il volume potrà rappresentare per loro un utile strumento per aver sempre a portata di mano un'ampia rassegna di precedenti e affrontare così con maggiore competenza i nuovi casi; in secondo luogo dagli operatori sociali, militanti o semplici "cittadini consapevoli" per i quali sarà l'occasione di conoscere più da vicino vicende processuali talvolta riferite un po' sommariamente dalla stampa.

Certo la lettura integrale sarà noiosa persino per l'azzeccagarbugli di professione, immaginiamo per gli altri. Ma lo è meno se si pensa che dietro ad ogni contenzioso ci sono persone: i discriminati

innanzitutto, quelli che si sono visti negare una prestazione assistenziale riconosciuta al vicino di casa magari più ricco, ma che, in quanto cittadino, poteva vantare di essere “a casa propria”; quelli estromessi da un concorso per un posto di lavoro pubblico sul quale magari lavorano con contratto a termine da 10 anni; quelli, insomma, irrazionalmente sbattuti in un angolo nella loro condizione di “diversi” che comporta, prima di tutto, l’amarezza di una incomprensibile esclusione.

E poi il discriminatore, talvolta protagonista e talvolta vittima del grande abbaglio politico-mediatico di cui abbiamo detto, talvolta fautore di un pregiudizio ideologico, tal’altra semplicemente adagiato nella convinzione che “così fan tutti” e dunque non si vede perché la questione debba essere approfondita.

E infine c’è la persona-giudice chiamata a dar fondo alle proprie competenze per i continui e indispensabili rinvii al diritto internazionale e al diritto comunitario; a maneggiare nozioni molto flessibili e quindi delicate (quando una differenza può dirsi “ragionevolmente giustificata” ?) e dunque stretto tra il timore di dover attingere eccessivamente a nozioni e valutazioni sociologiche o politiche e la certezza che senza attingere a quelle fonti, il problema dell’uguaglianza non potrà mai trovare una effettiva soluzione.

Lette come l’esito di un incontro tra tre persone in carne ed ossa alla ricerca della regola di un conflitto, che alla fine tale regola trovano, anche le sentenze acquistano una dimensione di umanità e meritano lo sforzo di una lettura.

Non c’è qui lo spazio per enunciare i mille problemi che questi primi anni di contenzioso lasciano aperti: alcuni molto tecnici, altri più culturali e politici. Tentiamo quindi solo un bilancio per titoli o poco più.

Per prima cosa va detto che le pronunce in materia – a dispetto della loro scarsa notorietà nel circolo dei giuristi - individuano ormai linee interpretative consolidate tali da prospettare un vero e proprio sotto-sistema giuridico autonomo, dotato di principi suoi propri. Non è quindi più necessario attingere a nozioni giuridiche prese a prestito dal diritto civile (il motivo illecito, l’obbligo di buona fede o altro) essendo invece sufficiente prendere atto che l’ordinamento – con insindacabile decisione politica - ha scelto che l’esercizio di qualsiasi potere pubblico o privato debba essere depurato dalla incidenza di alcuni fattori tassativamente indicati (razza, etnia, nazionalità, disabilità ecc.: ma l’elenco è sempre in divenire, se è vero che anche il recente Dlgs 150/11 lo ha inaspettatamente allungato introducendo il fattore “provenienza geografica”); ove ciò non avvenga, il giudice deve adottare ogni utile provvedimento per garantire il ripristino della situazione di fatto che si sarebbe verificata in assenza di discriminazione. Da ciò ulteriori principi ormai assolutamente consolidati come l’irrelevanza della “colpa” in senso soggettivo (si ha discriminazione per la sola esistenza di uno svantaggio correlato a un fattore vietato, indipendentemente dalla intenzionalità del discriminatore); l’ammissibilità di pronunce di mero accertamento (comunque idonee a ripristinare la dignità del discriminato e vincolare il discriminatore nei comportamenti futuri); la “titolarità diffusa” in forza della quale ogni soggetto discriminato è in qualche modo portatore dell’interesse generale alla rimozione della discriminazione stessa. E così via.

Venendo poi ad una analisi un po’ più di dettaglio, balza subito all’occhio che, come si vedrà dalla lettura, la particolare procedura dell’azione antidiscriminatoria ha funzionato bene, è efficace, conduce (di solito) a una pronuncia nel giro di qualche settimana; e le pronunce (non sempre) ottengono esecuzione e dunque rispetto. Alcuni dubbi procedurali rimasti aperti - dei quali si troverà traccia nei testi - sono stati ora risolti dall’entrata in vigore (a partire dal 6.10.11) di una nuova riforma del processo civile che riconduce anche l’azione antidiscriminatoria nell’ambito del giudizio sommario di cognizione (cfr. il Dlgs 150/11); con il vantaggio di chiarire definitivamente i predetti dubbi procedurali, ma con il timore – visto che il nuovo rito sarà applicato anche a molte altre materie - di perdere quella “specialità” che aveva sino ad ora garantito una corsia preferenziale e quindi tempi rapidi.

Nozioni e procedura hanno dato anche buona prova di flessibilità e hanno potuto essere applicati sia ai casi più tradizionali di discriminazione (intesa come esclusione da un bene o un servizio garantito a tutti gli altri: si vedano tutti i casi di “bonus bebe”, “bonus disoccupazione”, “bonus affitto” ecc.)

sia a casi più sofisticati e complessi ove il divieto di discriminazione è servito a garantire il diritto alla identità di gruppo (ad es. il diritto di parlare la propria lingua: si veda il caso di Trezano); o a garantire l'uguaglianza dei punti di partenza (si veda il caso della riduzione delle ore di sostegno scolastico per i disabili); o ancora a garantire l'accesso ad una condizione di parità conseguente alla qualifica di lavoratore regolare (come nel caso degli impedimenti frapposti dal Governo alla emersione del lavoro irregolare); o infine a garantire la neutralità della sfera pubblica, impedendo che venga invaso dalla presenza prepotente di un unico "pensiero dominante" (è il caso dei simboli leghisti nella scuola di Adro).

Il recente utilizzo, nella vicenda della Fiat di Pomigliano, dell'azione civile contro la discriminazione e dei medesimi principi elaborati, tra l'altro, proprio nelle pronunce bresciane, dimostra quanto siamo ampie le potenzialità dello strumento di cui qui trattiamo.

Anche l'anomalia più spinosa del nostro ordinamento (quella di aver separato la discriminazione "dello straniero" dalla discriminazione "per razza e origine etnica" prevedendo solo per quest'ultima la possibilità delle associazioni di agire direttamente in giudizio senza la presenza dell'interessato) si è rivelata un problema superabile posto che quasi tutti i giudici hanno sin qui dato una lettura coordinata e collegata delle due discipline (gli artt.43-44 del TU Immigr.e il dlgs 215/03) ammettendo l'azione delle associazioni anche per la discriminazione "dello straniero".

3. La totalità delle pronunce qui pubblicate riguarda contenziosi con la Pubblica Amministrazione, cioè la cosiddetta "discriminazione istituzionale". Il resto, per quanto se ne sa, è poca cosa e questa sproporzione solleva almeno tre problemi.

In primo luogo segnala la difficoltà di intercettare la discriminazione tra privati (persino quella sul lavoro, per contrastare la quale tradizionalmente il divieto di discriminazione è sorto) dove la libertà contrattuale del singolo individuo contende

il campo al principio di uguaglianza, ammantandosi di una veste di ragionevolezza (perché impedirmi di "affittare preferibilmente a italiani" o di "cercare baby sitter inglese"...?).

In secondo luogo segnala che la ventata ideologica che ha investito in questi anni la sfera pubblica – proprio quella che più di ogni altra dovrebbe essere assoggettata al rispetto della legge e dunque anche delle norme sul divieto di discriminazione - è stata davvero di una gravità assoluta ed è tuttora in atto, anche se la crisi della Lega Nord - che di tale politica è stata notoriamente paladina - e le continue batoste giudiziarie, attenueranno probabilmente la spinta verso provvedimenti troppo irrazionali e ideologici.

Infine segnala il persistente conflitto non tanto tra la politica (una certa politica) e la magistratura, ma paradossalmente tra la politica e il diritto: come si legge nelle ordinanze, in non pochi casi i Giudici hanno ritenuto discriminatorie decisioni che provenivano non dalla giunta comunale, ma dal consiglio comunale democraticamente eletto, o addirittura sancite con leggi regionali, con ciò ricordando ancora una volta – e ognuno sa quanto il tema sia vivo nella politica nazionale – che il consenso può anche essere *contra legem* e non sottrae chi di esso gode all'obbligo di rispettare la norma, tanto più quando si tratta di norme poste a tutela di diritti fondamentali della persona, come nel nostro caso.

Da questo punto di vista il diritto antidiscriminatorio conferma dunque la sua vocazione di "diritto delle minoranze", cioè di strumento correttivo del principio democratico tradizionale, capace di impedire che il potere della maggioranza porti alla progressiva emarginazione di gruppi sociali minoritari.

Una delle domande più delicate che restano aperte è certamente se il diritto antidiscriminatorio sia in grado di garantire effettivamente una diversa distribuzione dei beni (inclusiva anche dei predetti gruppi minoritari) o possa soltanto garantire una astratta parità di opportunità. Il problema emerge con forza nei casi di pronunce "estensive", laddove ad esempio il Giudice ordina a un Comune di estendere una provvidenza sociale anche agli stranieri e questo reagisce eliminandola per tutti o riducendo l'importo originariamente previsto per gli italiani : naturalmente una concezione formalistica del principio di uguaglianza potrebbe accontentarsi anche di questo secondo esito (tutti restano "poveri", ma almeno poveri e uguali) ma per una conclusione così formalistica sarebbe stata

forse sufficiente l'*egalité* della Rivoluzione Francese, senza che prima i nostri padri costituenti e poi il diritto comunitario si affaticassero così tanto sulla costruzione di una nozione di uguaglianza tendenzialmente inclusiva e sostanziale.

Nella vicenda del bonus bebè bresciano il “grimaldello” per garantire una uguaglianza “al rialzo” e non “al ribasso” è stato quello di applicare, per la prima volta, la norma sul divieto di ritorsione (dopo che il Giudice ordina l'estensione, il Comune revoca per tutti, ma il Giudice ordina di ripristinare per tutti) ma la questione riecheggia più o meno in tutte le altre pronunce e si intreccia con l'altra questione (solo apparentemente tecnica) della natura della posizione del privato.

Si tratta cioè di decidere se allorchè si abbia a che fare con la Pubblica Amministrazione il diritto alla parità risulti attenuato (“affievolito” secondo la dizione tecnica) a fronte del potere dell'amministrazione di perseguire il pubblico interesse con le modalità che meglio crede e dunque, per tornare al caso bresciano, anche revocando completamente una decisione di spesa risultata poi discriminatoria.

Sotto quest'ultimo punto di vista, il problema che viene in rilievo è prima di tutto quello della qualificazione del diritto alla non-discriminazione come mero interesse legittimo (il che sposterebbe tutto questo contenzioso avanti al giudice amministrativo) o diritto soggettivo. Due delle vicende cui si riferiscono le ordinanze qui pubblicate (quella del bonus bebe di Brescia e quella dell'Ospedale San Paolo di Milano) sono giunte sino alla Corte di Cassazione alla quale le amministrazioni - approfondendo nella battaglia energie e risorse che forse sarebbe stato meglio orientare su qualche obiettivo di maggiore utilità per i cittadini - hanno voluto sottoporre il problema.

La risposta, specie nella seconda pronuncia (relativa all'Ospedale San Paolo) è molto netta: il diritto alla non discriminazione è un diritto assoluto; ad esso la PA si deve attenere e, se non lo fa, il Giudice dispone di poteri particolari, volti a garantire il ripristino della parità: il che sembra deporre per la preferibilità di provvedimenti “estensivi” che garantiscano una uguaglianza “al rialzo”.

Infine, un accenno a parte meritano due temi cui abbiamo scelto di riservare uno spazio, pur consapevoli che il loro esame sarebbe stato del tutto incompleto.

Il primo è quello dell'accesso degli extracomunitari al pubblico impiego.

Il lettore troverà qui soltanto gli esiti dei giudizi nei quali le associazioni promotrici sono state direttamente o indirettamente coinvolte tramite i rispettivi legali, ma la giurisprudenza in materia è ovviamente molto più vasta. Pur nella impossibilità di una rassegna completa in questa sede, non potevamo non segnalare la questione perché si tratta di uno dei casi più clamorosi di inamovibile irrazionalità normativa: nessuna persona ragionevole potrebbe infatti sostenere che lo *status* di cittadino italiano (il cui significato di vincolo ad un insieme di valori è già molto attenuato) garantisce che un portinaio del Comune o un infermiere dell'ASL possano svolgere il loro lavoro perseguendo l'interesse pubblico meglio di quanto faccia un non-cittadino che ha superato le medesime verifiche tecniche e disciplinari; tanto più se poi il non-cittadino opera comunque nelle medesime funzioni (come accade per la gran parte del personale para-medico o di assistenza) con contratto a termine o contratto di lavoro somministrato o tramite un appaltatore. Anzi, le più elementari regole della efficienza economica suggeriscono che, eliminando quelle barriere che prescindono completamente da una valutazione di capacità ed efficienza - come appunto quella della cittadinanza - si hanno maggiori possibilità di pervenire alla scelta migliore: sicchè da questo punto di vista il principio di non-discriminazione appare addirittura non come vincolo autoritativo alla libertà contrattuale, ma come garanzia di efficienza in una società liberale.

Nonostante l'evidenza di tutto ciò, nessuno si vuol far carico della semplicissima soluzione del problema che consisterebbe nell'estendere agli extracomunitari i soli vincoli che oggi esistono per i comunitari (art.38 Dlgs 165/01) ammettendo cioè anche i primi a tutti i posti di lavoro che non comportano l'esercizio di pubbliche funzioni: esattamente ciò che la stragrande maggioranza dei giudici fa mediante una lettura “costituzionalmente orientata” del quadro normativo esistente .

Per quanto numerose, tali pronunce possono scalfire solo marginalmente una situazione illogica e paradossale dove l'infermiere sudamericano accede o meno a un concorso pubblico a seconda del suo grado di combattività, del sostegno che ottiene da parte del sindacato (talvolta timido su queste

questioni), della competenza dell'avvocato, della decisione del Giudice: con buona pace di un diritto alla non discriminazione che dovrebbe essere assoluto, generale e intangibile.

Una specifica segnalazione merita poi il "comparto" delle vicende friulane che hanno avuto il merito di porre due questioni ulteriori.

Innanzitutto quella delle categorie di stranieri tutelate dal diritto comunitario (i comunitari innanzitutto, ma anche i lungo soggiornanti, i titolari di protezione internazionale e ora anche i titolari di carta blu, tutti protetti da apposite direttive) e dunque della "forza" che è in grado di esprimere il diritto comunitario nel suo rapporto con i diritti nazionali: il fatto che nel Friuli le discriminazioni siano state introdotte non con atti amministrativi (come in Lombardia) ma con leggi regionali, imponeva infatti l'individuazione di una fonte sovra-legale che consentisse al giudice la disapplicazione della norma di legge senza necessità di rimessione alla Corte Costituzionale; e tale fonte non poteva che essere quella comunitaria.

L'esito del confronto, come si vedrà nelle decisioni, è nettamente a favore del diritto comunitario, il che può costituire, anche per il non specialista, occasione di riflessione sullo stato attuale del percorso verso un minimo comun denominatore (giuridico, ma non solo) che unisca gli abitanti del vecchio continente.

La seconda questione posta con forza dall'estremo est della penisola è quella delle discriminazioni indirette: mentre infatti in Lombardia l'esclusione è avvenuta prevalentemente con metodi più "rozzi" (quali appunto l'esclusione dei non cittadini) là la strada scelta è stata fin dall'inizio quella di introdurre requisiti di lungo-residenza, idonei a pervenire più o meno allo stesso risultato di esclusione degli stranieri, ma senza utilizzo diretto del criterio vietato. E su questo punto il successo, dopo una serie di pronunce favorevoli dei Giudici di merito riferiti a singole provvidenze assistenziali, è culminato con la decisione della Corte Costituzionale n. 40 del 2011 che ha bollato di incostituzionalità la pretesa della Regione di condizionare tutte le prestazioni assistenziali a un requisito di lungo residenza (3 anni nella Regione) del tutto incoerente con la funzione propria dell'intervento assistenziale (assistere i poveri in quanto tali e non quelli che stanno lì da più o meno tempo).

Una volta intrapresa questa strada, è stato inevitabile porsi il problema della c.d. "discriminazione alla rovescia": eliminato cioè per l'extracomunitario il requisito degli anni di residenza in quanto indirettamente discriminatorio, è stato giocoforza rilevare che detto requisito non poteva restare in vita neppure per gli "autoctoni", ché altrimenti gli italiani si sarebbero trovati – per effetto della affermazione di un principio di parità – in una condizione peggiore rispetto agli stranieri. Così, proprio nel difficile contesto Friulano, il diritto antidiscriminatorio ha dato il via a una inattesa e proficua rincorsa tra gruppi sociali verso una parità sostanziale tutta al rialzo, con buona pace di quanti temono invece che l'utilizzo dell'armamentario antidiscriminatorio possa solo portare a stiracchiamenti di una coperta troppo corta in una infinita guerra tra poveri.

Insomma il cantiere della non discriminazione è aperto e ricco di grandi stimoli per la costruzione di una società più solidale: attorno ad esso operano ovviamente non solo le associazioni che hanno curato questa pubblicazione, ma soprattutto coloro che guardano e contrastano la discriminazione sul versante – che è probabilmente il più importante – culturale, politico, delle relazioni interpersonali. Noi nel nostro piccolo, un po' per passione un po' per competenze professionali, abbiamo scelto il versante giudiziario, cioè quello dell'affermazione del diritto: non perché siamo azzecagarbugli per vocazione, ma perché siamo convinti che solo dalla individuazione della "regola" ad opera di una autorità riconosciuta, possa nascere la costruzione di un nuovo consenso.

La pubblicazione è stata possibile solo grazie al prezioso lavoro della dott.ssa Venera Protopapa.

La redazione delle massime è opera anche del lavoro di Anna Baracchi, Ilaria Traina, Manuela Brienza, Giulia Floris, Serena Giordano, Angelo Vaccaro.

Un sentito ringraziamento anche a quanti hanno contribuito con il sostegno economico alla realizzazione del lavoro: UNAR (Ufficio Nazionale Antidiscriminazioni Razziali), Università di

Brescia - Istituto di Diritto del Lavoro, CGIL di Brescia, Fondazione Guido Piccini per i diritti dell'uomo, Fondazione Charlemagne ONLUS.

E un ringraziamento ancora più sentito a quanti vorranno utilizzare la pubblicazione per capire, per discutere e per riaffermare in ogni sede quel principio di uguaglianza al quale le associazioni promotrici hanno dedicato in questi anni gran parte delle loro energie.

Milano, novembre 2012

*Alberto Guariso*  
Presidente Avvocati per Niente Onlus  
Componente del Direttivo ASGI