

CONSIGLIO REGIONALE DELLA TOSCANA
Commissione regionale pari opportunità donna-uomo



quaderno n. 52

Giuseppe De Marzo
Marina Capponi

Contrastare le discriminazioni

*Con i contributi di M. Bruni, M. Capponi, C. Calvanelli,
N. Fiorita, M.P. Monaco, L. Mughini, I. Romoli*

Firenze, ottobre 2011

Grafica e impaginazione: Massimo Signorile, Settore Comunicazione istituzionale, editoria e promozione dell'immagine
Composizione e stampa: Tipografia Consiglio regionale della Toscana

Copyright sulla pubblicazione:
Consiglio regionale della Toscana,
Via Cavour 2, 50129 Firenze

Non c'è nulla che sia più ingiusto quanto far parti uguali fra disuguali.

Don Lorenzo Milani

*Il diritto sembra consistere nell'eguaglianza, ed in questo consiste, ma non per tutti,
bensì per quelli che veramente sono eguali.*

*E similmente la cosa va per l'ineguaglianza: è un diritto, ma non per tutti,
bensì per quelli che veramente sono ineguali.*

Aristotele

Sommario

Presentazione	
di Rossella Pettinati	9
Capitolo Primo	
<i>La nuova nozione di discriminazione</i>	
di Maria Paola Monaco	13
Capitolo secondo	
<i>Le discriminazioni di genere</i>	
di Irene Romoli	23
Capitolo terzo	
<i>Molestie e molestie sessuali sotto l'ombrello della tutela del diritto antidiscriminatorio</i>	
di Marica Bruni	43
Capitolo Quarto	
<i>Il diritto antidiscriminatorio in cerca d'identità: la religione e le convinzioni personali nella normativa vigente</i>	
di Nicola Fiorita	73
Capitolo Quinto	
<i>Rassegna della giurisprudenza in materia di azione civile contro la discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi.</i>	
di Luigi Mughini	105
Capitolo Sesto	
<i>La discriminazione per orientamento sessuale nella normativa internazionale ed italiana</i>	
di Cristina Calvanelli	141
Capitolo Settimo	
<i>Le discriminazioni basate sull'età</i>	
di Maria Paola Monaco	179

Capitolo Ottavo

Discriminazione e disabilità

di Maria Paola Monaco

191

Capitolo Nono

Il nuovo diritto processuale antidiscriminatorio tra idealità e disincanto

di Marina Capponi

201

Presentazione

di Rossella Pettinati

Presidente della Commissione Regionale Pari Opportunità della Toscana

In una società come la nostra, sempre più complessa e multietnica, il contrasto alle discriminazioni deve avvalersi di strumenti sempre più efficaci ed adeguati, che non trascurino alcun tipo di intervento, a partire da quello politico e culturale a quello più tecnicamente giuridico.

Di questa esigenza appaiono ben consapevoli le istituzioni comunitarie, che hanno prodotto a partire dal 2000 una serie di importanti direttive in materia di lotta alle discriminazioni.

In questa felice stagione sono stati conati una serie di strumenti fortemente innovativi, che hanno tradotto in forma operativa i principi basilari della convivenza civile europea, primo fra tutti il principio d'eguaglianza davanti alla legge, inteso e declinato come diritto a non essere discriminati sulla base di proprie caratteristiche personali costitutive della propria identità, come il diritto a preservare le proprie diversità culturali, religiose e linguistiche.

Minore consapevolezza dell'importanza di questi principi hanno purtroppo dimostrato gli ordinamenti degli stati nazionali, in particolare del nostro Paese, che non sempre ha saputo correttamente adeguare il diritto interno alle indicazioni dell'Unione Europea.

Comunque oggi, anche se in maniera imperfetta, si è finalmente completata l'operazione di recepimento delle direttive comunitarie in materia antidiscriminatoria, i cui principi ormai sono parte integrante della legislazione nazionale.

Sotto il profilo applicativo, invece, il risultato non è ancora altrettanto soddisfacente.

L'attenzione degli studiosi non sempre è stata adeguata alle straordinarie innovazioni che si sono prodotte a livello normativo ed i nuovi strumenti, anche molto sofisticati, non sono ancora diventati di uso quotidiano da parte degli operatori

del diritto.

Il nuovo diritto ha ancora un impatto molto limitato sui comportamenti sociali, che sono improntati ad una generalizzata disattenzione per i temi delle pari opportunità e del valore delle differenze, quando non addirittura a scarso rispetto. Vero è che la lotta per l'eguaglianza e per il riconoscimento del valore e della ricchezza delle diversità non si limita al solo universo giuridico. Questo ambito è però fondamentale per la crescita della società civile, la quale si misura altresì attraverso una efficace tutela giudiziale dei diritti dei singoli, uomini e donne, di ogni credo, orientamento, condizione personale od etnia.

In questa ottica è pensato questo contributo, quale strumento di lavoro offerto ad una pluralità di destinatari, a coloro che si occupano per passione o professione di promuovere la cultura della parità e delle pari opportunità e di sostenere le politiche contro le discriminazioni, sia in ambito lavorativo che in altri campi, come l'alloggio, l'istruzione, la salute, i servizi pubblici, i contratti e le forniture.

L'obiettivo di una società aperta e pluralista, dove tutti hanno diritto di cittadinanza indipendentemente dal genere, dall'orientamento sessuale, dal colore della pelle, dall'età, dalla diversa abilità è uno dei traguardi che vuole perseguire la Toscana, una Regione aperta e pluralista, le cui radici democratiche sono profonde e dove la solidarietà e la coesione sociale hanno dato frutti importanti in termine di benessere e di sviluppo.

Neanche nella nostra regione mancano oggi punti di criticità, in parte retaggio di una cultura poco inclusiva ancora difficile da sradicare, ma anche derivanti dalle rapide trasformazioni della società sempre più complessa e multiculturale dove si mescolano e si affacciano, facendosi spazio non senza conflitti, diverse culture e nuove tradizioni.

Il cammino verso una società più giusta ed accogliente si presenta ancora lungo e faticoso, tanto più oggi, che i venti della recessione economica rinfocolano vecchi egoismi e sembrano spazzare via i migliori principi, primo fra tutti l'eguaglianza, come fossero beni di lusso che non ci possiamo più permettere se non subordinatamente ad altre più urgenti emergenze.

Tuttavia i punti fermi non mancano: la Toscana ha posto l'eguaglianza fra i generi, tra le etnie e l'orientamento sessuale fra i principi fondanti del suo Statuto.

Per rendere vivo ed operante il dettato statutario, la Regione si è dotata, prima fra tutte, della legge n. 63 del 2004 contro le discriminazioni per orientamento sessuale ed identità di genere.

Il 2 aprile 2009 è stata varata, con un processo profondamente condiviso da tutte le componenti della società civile, la legge regionale n. 16 per la Cittadinanza di genere, con la quale la Toscana riconosce la trasversalità di tale principio in tutte le politiche regionali e valorizza le differenze di cui donne ed uomini sono portatori, sostenendo politiche di conciliazione dei tempi di vita e di lavoro ed interventi di promozione della partecipazione delle donne alla vita politica, economica e sociale. Grazie agli strumenti di cui la Toscana si è dotata, il tema della differenza di genere, che potremmo definire “la madre di tutte le differenze” per il suo valore di archetipo, passa trasversalmente in tutta la legislazione regionale, dal Piano regionale di sviluppo al Piano di indirizzo per istruzione, formazione lavoro fino alla programmazione dei fondi europei.

Alle iniziative di politica attiva deve fare da contraltare, altrettanto indispensabile, l’opera quotidiana e capillare di informazione, sensibilizzazione e formazione.

Su questo fronte la Commissione Regionale Pari Opportunità vuole dare il suo contributo, nella convinzione che sulla capacità di affrontare consapevolmente il tema dell’eguaglianza si gioca il futuro dello sviluppo armonioso della Toscana.

Ci auguriamo che questa iniziativa contribuisca ad un rinnovato confronto su questi argomenti, per farli diventare pratica quotidiana e un aiuto prezioso per le buone scelte della politica.

Capitolo Primo

LA NUOVA NOZIONE DI DISCRIMINAZIONE

di Maria Paola Monaco

SOMMARIO: 1. I concetti di discriminazione diretta ed indiretta. – 2. I diversi substrati su cui poggiano le definizioni. – 3. Ma il diritto antidiscriminatorio si può evolvere ancora?

1. I concetti di discriminazione diretta ed indiretta

Sfogliando il vocabolario della lingua italiana e soffermandosi sulla spiegazione in esso contenuta relativamente alla parola discriminazione, il giurista non può che rimanere sorpreso. Nel linguaggio comune, infatti, discriminare dal latino *discrimen* non significa null'altro che distinguere, separare. Rimanendo ancorati al dato lessicale, la valenza o, per dir meglio, la connotazione negativa sottesa a tale parola sfugge. Una discriminazione, infatti, per un giurista non è una semplice distinzione, ma sia che avvenga in forma diretta o colpisca la vittima in maniera indiretta è una azione che “finisce con il pregiudicare la identità della persona interessata, ossia il diritto di essere se stesso”¹.

Vero è che per essere una discriminazione deve prevedere la coesistenza di più elementi, primo fra tutti che il fattore scatenante del comportamento sia considerato dallo stesso diritto un fattore vietato. Ecco perché è giuridicamente essenziale che il diritto si preoccupi di positivizzare la nozione di discriminazione. Sebbene la dottrina abbia da tempo sottolineato tale necessità, il percorso che ha portato alla positivizzazione del concetto di discriminazione è stato lungo e tortuoso. I primi documenti comunitari, infatti, si limitavano a citare i termini di discriminazione, diretta ed indiretta, senza definirli², lasciando questo arduo compito alla creatività degli interpreti. L'introduzione nel Trattato di Amsterdam dell'art. 13 ha

1 MAZZOLA, *La convivenza delle regole diritto, sicurezza e organizzazioni religiose*, Milano, 2005, 90 ss.

2 Regolamento n. 1612/68 relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità e direttiva 76/207 relativa all'attuazione del principio di parità di trattamento fra uomini e donne.

consentito una svolta – peraltro più volte auspicata – aumentando i numero dei fattori di rischio e consentendo al contempo l’approvazione di alcune (ben tre!) direttive alle quali affidare la definizione dei concetti di discriminazione diretta ed indiretta. Il riferimento è alla Direttiva 2000/43 sulla “parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall’origine etnica”; alla Direttiva 2000/78 “che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro”, indipendentemente dalla religione, dalle convinzioni personali, dall’handicap, l’età o le tendenze sessuali; alla Direttiva 2002/73 “sull’attuazione del principio di parità di trattamento tra gli uomini e le donne in materia di accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionale e le condizioni di lavoro”.

La discriminazione diretta pone a base del comportamento un fattore di rischio vietato dall’ordinamento e consente pertanto di affermare nel contesto giuridico che una persona viene trattata in modo meno favorevole rispetto ad un’altra per un motivo vietato. Così, con riferimento a tale discriminazione, le tre direttive dispongono che questa sussiste allorquando “a causa/sulla base di una delle caratteristiche personali considerate, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un’altra in una situazione analoga”³.

Presupposto dell’esistenza della discriminazione diretta è pertanto una disparità di trattamento, basata su uno dei fattori vietati dalla legge, che colpisce una persona uguale in tutti gli aspetti rilevanti alle altre. Interessante notare come nell’inciso il verbo è declinato anche al condizionale: ciò indica senza affrancamenti “dal giudizio di comparazione”⁴, che comparazioni tra le diverse situazioni possono essere anche soltanto virtuali, con riguardo a termini ipotetici. Dall’instaurazione di un raffronto concreto, peraltro, si potrà prescindere solo nei casi in cui il nesso tra il trattamento sfavorevole ed il fattore personale sia evidente in sé. Quindi se l’approccio alla discriminazione viene effettuato mediante un confronto, la comparazione rappresenta uno strumento indispensabile affinché si possa configurare la situazione vietata.

Il legislatore comunitario, peraltro, non si limita a puntualizzare il solo concetto di discriminazione diretta, ma mette ordine anche nel contiguo concetto di discriminazione indiretta. Sul punto, il legislatore non manifesta intenti creativi, ma più semplicemente si limita a rielaborare un concetto sviluppato nel corso degli anni dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia⁵ e recepito in prima battuta

3 Per un approfondimento e una ricostruzione del dibattito v. DE SIMONE, *Eguaglianza e nuove differenze nei lavori flessibili, fra diritto comunitario e diritto interno*, in *DL*, 2004, 531.

4 Per riprendere IZZI, *Discriminazione senza comparazione? Appunti sulle direttive comunitarie di “seconda generazione”*, in *Giornale. dir. lav. rel. ind.*, 2003, 424.

5 Il ruolo della Corte è stato determinante per chiarire il significato di questo concetto: così BARBERA, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Milano, 1991, 313.

nella Direttiva 1997/80, nella quale affrontando compiutamente il connesso tema dell'onere della prova, si introduce una nozione legislativa di discriminazione indiretta. Di fatto, nella Direttiva 1997/80 e nelle Direttive di nuova generazione le nozioni si collocano sullo stesso solco, nonostante nella sola direttiva dell'ottanta vi sia il riferimento ad un elemento quantitativo "*quando una disposizione, un criterio o una prassi (...) colpiscono una quota nettamente più elevata di individui di uno dei due sessi*". Nelle Direttive successive questo elemento scompare, per lasciare il posto ad una dizione dai contorni meno nitidi: criterio o prassi apparentemente neutri che possono mettere in una "posizione di particolare svantaggio" le persone che presentano una delle caratteristiche personali considerate. Il legislatore comunitario supera così una sorta di sudditanza manifestata nel corso del tempo nei confronti della giurisprudenza statunitense che, pur parlando di *disparate impact*, fa propria l'idea dello svantaggio proporzionalmente maggiore (cfr., l. n. 125/1991, art. 4, 2° comma, oggi trasfuso nell'art. 25, d.lgs. n. 198/2006). Per riprendere le parole della dottrina nella positivizzazione del concetto di discriminazione indiretta, il sistema passa "da una misurazione strettamente quantitativa ad una misurazione anche qualitativa"⁶. Il che se rende comunque condivisibile il giudizio espresso da altra parte della dottrina, che paventa che l'introduzione del nuovo metodo di valutazione accresca la discrezionalità del giudice in maniera esponenziale, essendo il nuovo metodo di valutazione meno certo e rigido, consente di affrontare discriminazioni indirette legate a criteri per i quali i dati quantitativi difficilmente potrebbero essere adottati (es. situazioni di soggetti con handicap).

Le direttive nel puntualizzare il concetto di discriminazione indiretta introducono delle variazioni anche con riferimento alle giustificazioni delle disparità di trattamento. Sul punto, infatti, è dato evincere come la discriminazione non sia configurabile laddove la disposizione, il criterio o la prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e siano appropriati e necessari i mezzi usati per conseguirla. Si può pertanto dire che la disuguaglianza è illecita ogni volta che non sia giustificabile in base ad elementi che il diritto ammette. La disuguaglianza dunque esce dall'alveo della illiceità allorquando la giustificazione sia oggettiva, la finalità perseguita dal datore di lavoro sia legittima ed infine i mezzi impiegati dal datore di lavoro siano necessari e proporzionati rispetto all'obiettivo cui si tende. Ovvero, esce dall'alveo della illiceità a fronte di situazioni particolari (handicap, tutela ordine pubblico).

6 DE SIMONE, *La nozione di discriminazione diretta ed indiretta*, in BARBERA (a cura di), *La riforma delle istituzioni e degli strumenti delle politiche di pari opportunità*, in *Leggi civ. comm.*, 2003, 721.

2. I diversi substrati su cui poggiano le definizioni

Se le nozioni di discriminazione diretta e indiretta così come – in apparenza senza contraddizione alcuna – gli strumenti speciali di tutela giurisdizionale dei diritti rappresentano il tratto comune delle direttive comunitarie sia dal punto di vista formale (stesso articolo nell'ambito di testi diversi) sia dal punto di vista sostanziale (identità lessicale), lo stesso non si può dire allorché si tenti di verificare il substrato su cui il legislatore ha poggato tali nozioni. Così, con riferimento ai soli provvedimenti del 2000, si può notare come il campo di applicazione delineato dall'art. 3 delle direttive sia inizialmente identico: le direttive si applicano a tutte le persone – fisiche e giuridiche – sia del settore pubblico che del settore privato per ciò che attiene alle condizioni di accesso all'occupazione, al lavoro – autonomo o subordinato – e alla promozione, comprese la selezione e l'assunzione in ogni ramo e livello di attività; per ciò che attiene all'occupazione e alle condizioni di lavoro, compresi il licenziamento e la retribuzione ed, infine, per ciò che attiene all'affiliazione e all'attività sindacale, incluse le prestazioni erogate da tali organizzazioni di lavoratori o di datori di lavoro. Parimenti la discriminazione è vietata qualora si sostanzi nel rifiuto opposto da una organizzazione sindacale all'affiliazione di un soggetto che non condivida le stesse convinzioni politico-sindacali o la stessa ideologia. La discriminazione sarà configurabile in questo caso solo quando l'organizzazione non sia fondata su una specifica e precisa ideologia o convinzione.

Tuttavia, l'assetto generale dell'art. 3, sin qui come detto identico in entrambi i documenti, nel prosieguo si diversifica. Mentre, infatti, la Direttiva n. 43 contempla ulteriori aree di applicazione del divieto di discriminazione per motivi connessi alla razza e all'origine etnica, definendo un'applicazione della discriminazione estremamente allargata, la Direttiva n. 78, in modo diametralmente opposto, delimita la propria area di incidenza, definendo un ambito di applicazione della nozione di discriminazione più ristretto.

Scopo della Direttiva n. 43 è proprio quello di estendere la portata del divieto di discriminazione razziale oltre le mura del diritto del lavoro, oltre la dimensione meramente lavorativa per andare a coprire settori diversi e fondamentali quali la protezione sociale, comprese la sicurezza sociale e l'assistenza sanitaria, le prestazioni sociali, l'istruzione, l'accesso a beni e servizi e alla loro fornitura, incluso l'alloggio. D'altra parte i motivi in base ai quali si è deciso di prendere in considerazione anche aspetti legati al vivere sociale degli individui possono essere rintracciati nei numerosi *considerando* premessi alla direttiva. Nello specifico, nei *considerando* nn. 3 e 4 viene ribadita l'importanza dei diritti e delle libertà fondamentali dell'uomo quali l'eguaglianza e la protezione con i trattamenti discriminatori, così come la necessità di rispettarne e tutelarne la vita privata e familiare; nel *considerando* 12 si afferma che per "assicurare lo sviluppo di società

democratiche e tolleranti, che consentono la partecipazione di tutte le persone a prescindere dalla razza o dall'origine etnica", è necessario che le azioni volte a contrastare le discriminazioni non si limitino all'ambito lavorativo, ma vadano a coprire altri aspetti assolutamente essenziali e determinanti della vita, quali appunto quelli sopra indicati.

Il substrato normativo su cui poggia la discriminazione si modifica, peraltro, nella Direttiva n. 78, ossia allorquando si prendono in considerazione gli aspetti personali dell'individuo, dal più "tradizionale"⁷, le convinzioni personali e religiose, che ricomprende anche le opinioni politiche e sindacali⁸; al più "delicato" che è quello relativo all'handicap; al più innovativo, età e tendenze sessuali, fattori questi ultimi peraltro sconosciuti al nostro diritto positivo⁹. Ebbene, in relazione a questi fattori di rischio, l'ambito di applicazione della direttiva è decisamente più ristretto. Infatti, da un lato possiamo riconoscere che il divieto di discriminazione per motivi legati alla religione, alle convinzioni personali, all'handicap, all'età o alle tendenze sessuali si applica a tutti gli aspetti del rapporto di lavoro; dall'altro possiamo rilevare una serie di situazioni nelle quali il legislatore comunitario specifica che la direttiva non trova applicazione. La direttiva si riferisce, infatti, solo alle materie dell'occupazione e delle condizioni di lavoro, tralasciando fra quelle citate dalla Direttiva n. 43, la protezione e le prestazioni sociali, l'istruzione e la fornitura di beni e servizi.

Al 3° comma della Direttiva n. 78 leggiamo, infatti, che questa non si applica ai pagamenti di qualsiasi genere, effettuati dai regimi statali o dai regimi assimilabili, ivi inclusi i regimi statali di sicurezza sociale o di protezione sociale. La *ratio* di questa previsione "*malamente formulata e infelice*"¹⁰ è rinvenibile nei *considerando* nn. 13 e 14, dai quali si evince che l'esclusione ha ad oggetto le prestazioni dei regimi di sicurezza e di protezione sociale, in quanto non assimilabili alla retribuzione e gli altri pagamenti posti in essere dallo Stato con l'obiettivo "di dare accesso al lavoro o di salvaguardare posti di lavoro". Al 4° comma dell'art. 3 è presente un'ulteriore limitazione del campo di applicazione: si statuisce che gli Stati membri possano prevedere che la direttiva non si applichi alle forze armate, in riferimento però alle sole differenziazioni basate sull'handicap o sull'età. Non è difficile rendersi conto che questa previsione risulti essere troppo ampia ed eccessivamente penalizzante nei confronti di soggetti, quali soprattutto le persone portatrici di handicap; non è infatti sempre detto che i disabili siano a priori inidonei a svolgere ogni tipo di mansione nell'ambito delle forze armate.

7 CALAFÀ, *op. ult. cit.*, 876.

8 BELL, *A patchwork of protection: the New Anti-discrimination Law Framework*, in *The Modern Law review*, 2004, n. 67, 468.

9 DE SIMONE, *op. cit.*, 19.

10 CHIECO, *Le nuove direttive comunitarie sul divieto discriminazione*, in *RIDL*, 2002, 99.

L'ultimo intervento in ordine cronologico, rappresentato dalla Direttiva n. 73 del 2002, adottata dal Parlamento europeo e dal Consiglio il 23 settembre dello stesso anno con l'obiettivo di modificare la Direttiva n. 207 del 1976, ripercorre il solco tracciato dalla Direttiva n. 78. Come la Direttiva n. 78, infatti, anche questa Direttiva non estende la tutela antidiscriminatoria fondata sul genere in ambiti diversi da quello del lavoro, diversificandosi quindi anch'essa dall'ambito di applicazione della direttiva sulla parità razziale.

3. Ma il diritto antidiscriminatorio si può evolvere ancora?

Le notazioni appena svolte e quelle che seguiranno evidenziano la centralità nel diritto europeo più recente del tema della tutela antidiscriminatoria e danno conto del dibattito giuridico in corso sulle tecniche di regolazione più efficaci rispetto all'obiettivo di lotta alle discriminazioni. I saggi che seguono, infatti, se confermano la centralità del principio di non discriminazione nel dibattito europeo, fanno emergere un ruolo aggiuntivo che tale principio svolge rispetto alla protezione di altri "interessi" particolarmente apprezzati quali gli "interessi pubblici" che nel diritto comunitario vanno individuati nelle disposizioni del trattato che promuovono l'integrazione economica dei vari Stati (*«il principio può essere considerato come uno strumento per il conseguimento di specifici obiettivi comunitari, [...] promuovere la parità di trattamento come un mezzo per rimuovere gli ostacoli al completamento del mercato unico»*)¹¹. I saggi dimostrano, in primo luogo, come nel contesto europeo il principio di non discriminazione non sia pensato solo al fine di eliminare l'ineguaglianza davanti alla legge, ma anche ed inevitabilmente una serie di distorsioni della concorrenza che sono assolutamente incompatibili con la filosofia di base del mercato comune (si pensi ad esempio alla non discriminazione tra produttori e consumatori). In secondo luogo, dimostrano come gli obiettivi della Comunità superino gli obiettivi economici e si estendano alla protezione del modello sociale europeo, definito in modo da includere considerazioni di uguaglianza. L'esempio più importante riguarda la discriminazione fondata sulla cittadinanza. La doppia natura dell'art. 12 (*ex art.* 6) CE viene affrontata dalla Corte di Giustizia¹², che sottolinea che il divieto di discriminazione fondato sulla nazionalità dello Stato membro della CE promuove l'integrazione economica della Comunità e dimostra che la Comunità non è solo economica, ma un «progetto comune in cui tutti i cittadini dell'Europa sono

11 DE BÚRCA, *The Role of Equality in European Community Law*, in A. DASHWOOD and S. O'LEARY (eds.), *The Principle of Equal Treatment in EC Law*, A collection of Papers by the Centre for the European Legal Studies (Cambridge), London, 1997, 23-24.

12 Cause congiunte C-92 e C-326/92 in Racc. I, 5145 c.d. caso Phil Collins.

in grado di partecipare come singoli...».

Ma quello che dovrebbe essere il tentativo più apprezzabile del dibattito in corso è connesso ad una lettura critica della disciplina omologante delle discriminazioni, ossia una critica all'idea che le discriminazioni debbano essere trattate tutte insieme e comparate fra loro. Le notazioni esposte nel paragrafo precedente dimostrano come le direttive che compongono il quadro del diritto antidiscriminatorio, ferma restando l'intelaiatura e l'utilizzo delle medesime formulazioni per le parti comuni, consentano di rinvenire parti distinte costituite da disposizioni a maggior tasso di specificità¹³. Si tratterà pertanto di capire se la ricomposizione del quadro normativo europeo consenta una rivisitazione dei concetti di uguaglianza e di non discriminazione – concetti come tutti sappiamo di contenuto e di valore diverso – considerando come questi non sempre nel dibattito post moderno vengano trattati in modo semplice. Tralasciando le ipotesi nelle quali l'arrendersi di fronte ad un concetto di uguaglianza semplice non sia una scelta deliberata. Il riferimento è alla legge francese sull'eliminazione dei simboli religiosi, dove si rinviene l'adozione del concetto originario di uguaglianza che, così come elaborato all'epoca della rivoluzione francese, non presentava particolari aspetti di complessità.

Nel dibattito post moderno, tuttavia, il concetto di uguaglianza e non discriminazione assumono caratteri complessi. In primo luogo, è ragionevole affermare che lo sforzo definitorio del legislatore comunitario sia teso a dare senso ad una varietà di atti giuridici a volte sconcertante; in secondo luogo, ciò non toglie comunque che queste categorie siano permeabili, influenzando gli sviluppi in una categoria gli approcci nelle altre; in terzo luogo che i principi sottostanti ad ogni categoria legislativamente delineata possono essere in conflitto tra loro, richiedendo eventuali decisioni in merito alla priorità tra le categorie.

Qualora sia possibile rispondere positivamente al primo dubbio interpretativo – complessità o meno del concetto – occorre altresì verificare se dalla complessità del concetto si possano trarre delle conseguenze non omologanti anche in relazione al contiguo tema dei mezzi di tutela, che rimangono nel contesto comunitario e, conseguentemente, nazionale identici per ciascuna discriminazione. Sul punto, peraltro, è la stessa dottrina che pur mettendo in luce l'utilizzo tendenzialmente uniforme delle tecniche sia definitorie sia processuali applicate nei confronti dei diversi ambiti di esposizione al rischio, ed aver criticato l'elevato tasso di meccanicità con il quale il legislatore avvicina le nozioni di discriminazione diretta e indiretta nei diversi ambiti via via disciplinati, si domanda emblematicamente come potranno coesistere disposizioni diverse aventi ambiti in comune¹⁴.

13 GOTTARDI, *Dalle discriminazioni di genere alle discriminazioni doppie o sovrapposte: le transizioni*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 2003, 454.

14 GOTTARDI, cit., 453 che afferma che "la comparazione tra le due direttive del 2000 dimostra

In questo contesto, il lavoro sui concetti consente di cogliere come la difficoltà di ipotizzare mezzi di tutela diversi si leghi all'idea peraltro, non inconsueta (tracce di questo approccio si ritrovano anche in altri studi¹⁵), che i soggetti di diritto siano tutti uguali di fronte alla legge e, quindi, soggetti di diritto astratto. Le leggi che tutelano il soggetto astratto negano, infatti, la fattualità e, quindi, la diversità del soggetto stesso, facendo della discriminazione niente più che una violazione del principio di uguaglianza di fronte alla legge. In tale logica non è, pertanto, pensabile combattere la disuguaglianza attraverso tecniche di tutela diverse: se tutti sono uguali, il mezzo di tutela non può che essere anch'esso uguale per tutti, altrimenti si finirebbe per combattere l'ineguaglianza discriminando di nuovo. Al fine di superare tale ostacolo, è possibile ipotizzare un meccanismo interpretativo diverso che non faccia pensare che nozioni e rimedi debbano necessariamente essere trattati tutti insieme¹⁶.

Tuttavia, per poter ipotizzare un modello di tutela diverso, occorre ripartire dal concetto di non discriminazione, considerando come dalla considerazione primaria dell'interesse pubblico e, quindi, delle finalità corrispondenti all'ideologia del libero mercato, si passi ad una valutazione delle caratteristiche particolari (ad esempio, la razza, il sesso ecc.) di interi gruppi di persone e, quindi, al tentativo di evitare discriminazioni soggettive basate su criteri identitari.

In tale contesto infatti – dato questo che non è recepito pacificamente nel nostro ordinamento nei d.lgs. del 2003, benché lo sia in altri – le forme di tutela, per es-

come, ferma restando l'intelaiatura e l'utilizzo delle medesime formulazioni per le parti comuni, sia rinvenibile una parte distinta costituita dalle disposizioni a maggior tasso di specificità" tuttavia l'A. dopo aver messo in luce l'utilizzo tendenzialmente uniforme delle tecniche sia definitorie sia processuali applicate nei confronti dei diversi ambiti di esposizione al rischio, ed aver criticato l'elevato tasso di meccanicità con il quale il legislatore avvicina le nozioni di discriminazione diretta e indiretta nei diversi ambiti via via disciplinati si domanda emblematicamente "come potranno coesistere disposizioni diverse aventi ambiti in comune?"; MARK BELL e LISA WADDINGTON, *Diversi eppure eguali. Riflessioni sul diverso trattamento delle discriminazioni nella normativa europea in materia di eguaglianza*, id., 396 secondo i quali "le ragioni per le quali le donne in gravidanza e i lavoratori disabili richiedono delle agevolazioni sono ugualmente valide per gli appartenenti alle minoranze religiose, eppure questi lavoratori non hanno diritto ad una simile protezione".

15 DI PAOLA, *Discriminazioni sul posto di lavoro si amplia l'area dei divieti*, in *Leggi civ. comm.*, 2003, 856 "ma anche laddove fosse agevole con riguardo ad una medesima caratteristica del lavoratore delimitare i netti confini tra una disciplina e l'altra con conseguente identificazione dei rispettivi ambiti di tutela, occorrerà pronunciarsi, con quanta difficoltà non è dato allo stato immaginare, sulla plausibilità della differenziazione tra i diversi meccanismi di reazione alla violazione dei vari divieti, nonché tra gli apparati sanzionatori che l'ordinamento stabilisce a seconda dell'ipotesi considerata".

16 V. un accenno in BELLOCCHI, *Pluralismo religioso, discriminazioni ideologiche e diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2003, 180 "perché identità sessuale e identità religiosa dovrebbero avere la stessa tutela? Non tutte le manifestazioni di differenza meritano cioè uguale attenzione ben potendo taluni fattori, anche se menzionati nell'art. 3, 1° comma, garanzie maggiori o minori in funzione di una diversa valutazione delle esigenze di protezione".

sere realmente efficaci, sembrano doversi estendere al di là del principio in base al quale persone simili devono essere trattate allo stesso modo, fino eventualmente a configurare il nuovo principio limite che persone non simili non debbano essere trattate allo stesso modo. Questa dimensione dell'uguaglianza dovrebbe ricevere nuovo impulso, fino a poter essere considerata come il "contenuto", se così si può dire, del "nuovo" principio di uguaglianza¹⁷ espresso nelle direttive comunitarie. Da questo modello discende un ulteriore modello, nel quale l'uguaglianza è vista come una promozione attiva dell'uguaglianza di opportunità tra gruppi particolari. In questo contesto alcune autorità pubbliche avrebbero il dovere di adottare delle misure attive per promuovere una maggiore uguaglianza di opportunità e relazioni positive per particolari gruppi di persone. È evidente come si tratti di un ulteriore sviluppo del concetto di *status*. Mentre in questo caso, tuttavia, le forme di uguaglianza cui accennavamo possono essere multiple e comprendere mezzi di tutela diversi non necessariamente coincidenti con le azioni positive, l'azione positiva dovrebbe essere la forma di tutela privilegiata e addirittura, in via di principio, unica, nel senso che dovrebbe rivestire caratteri legalmente obbligatori. Sembrerebbe quindi che, per i soggetti vincolati a questo dovere, sorga ora l'obbligo di valutare se l'adozione da parte loro di misure di azioni positive promuova l'uguaglianza di opportunità e, in caso affermativo, sembrerebbe ineludibile attribuire loro il dovere di provvedere all'adozione di tali misure¹⁸.

Ci sembra abbastanza evidente che con questo approccio si vada verso l'ammissione e quindi il riconoscimento del ruolo centrale dell'*identità*, prevalentemente intesa in senso "comunitario", come punto di riferimento delle forme di tutela giuridica. Tuttavia va rilevato, a nostro avviso, che si tratta di un orientamento che necessita di una approfondita riflessione teorica, sia per verificarne la compatibilità con la nostra tradizione giuridica recente sia, nel caso che si dia risposta affermativa al primo interrogativo, per valutarne la capacità espansiva anche sul piano della configurazione della nostra normativa di recezione di concrete ipotesi di tutela giuridica.

Se la *diversità* diventa la parola chiave nel dibattito generale, l'incapacità di accordare la dovuta importanza a tali identità diverse può essere letta come una forma di monoculturalismo e pensiero unico. Tuttavia va rilevato, a nostro avviso, che si tratta di un orientamento che necessita di un'approfondita riflessione teorica sia per verificarne la compatibilità con la nostra tradizione giuridica recente sia,

17 In precedenza v. la Corte di Giustizia nel caso Defrenne.

18 BARNARD, *The Changing Scope of the Fundamental Principle of Equality*, in *McGill Law Journal*, 2001, 955 ss. osserva correttamente che la direttiva che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e la direttiva che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica «non concentrano l'attenzione sul raggiungimento della condizione di uguaglianza nel senso redistributivo più ampio e maggiormente orientato ai risultati».

nel caso che si dia risposta affermativa al primo interrogativo, per valutarne la capacità espansiva anche sul piano della configurazione della nostra normativa di recezione di concrete ipotesi di tutela giuridica.

Una cosa ci pare comunque allo stato non controvertibile e cioè che sul piano interno poco ancora si è fatto sia in un senso che nell'altro. Il volume rappresenta senz'altro un importante passo in questa direzione.

Capitolo secondo

LE DISCRIMINAZIONI DI GENERE

di Irene Romoli

SOMMARIO: 1. Le discriminazioni di genere: dalla parità di trattamento sul lavoro al diritto antidiscriminatorio. – 2. La stratificazione normativa del divieto di discriminazione uomo-donna. – 2.1. Lo Statuto dei lavoratori e la modifica apportata dalla l. n. 903/1977. – 2.2. Il divieto di discriminazione nell'accesso al lavoro e alla formazione professionale. – 2.3. Il divieto di discriminazione nel trattamento retributivo, nello svolgimento della prestazione lavorativa e nella carriera. – 2.4. Il divieto di discriminazione nell'accesso alle prestazioni previdenziali.

1. Le discriminazioni di genere: dalla parità di trattamento sul lavoro al diritto antidiscriminatorio.

Il diritto antidiscriminatorio trova la propria origine, sia a livello nazionale che comunitario, nelle discriminazioni uomo-donna, c.d. discriminazioni di genere. Il legislatore italiano ha individuato le discriminazioni di genere come l'effetto di distinzioni, esclusioni o limitazioni basate sul sesso, ed aventi come conseguenza o come scopo quello di compromettere o di impedire il riconoscimento, il godimento o l'esercizio dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale, culturale e civile o in ogni altro campo (v. art. 1, d.lg. n. 198/2006).

Il diritto antidiscriminatorio dunque, inteso nell'accezione riferibile al sesso, presenta elementi di sovrapposizione rispetto al più ampio concetto di pari opportunità. La parità, infatti, quale "non discriminazione", si pone lo scopo di rendere tendenzialmente omogenea la protezione legale di coloro i quali, donne o uomini che siano, si presentino come soggetti "diversi".

Ed infatti, quello delle pari opportunità può essere concettualizzato come il principio fondante l'attuale diritto antidiscriminatorio, essendo assunto come spunto ispiratore della più ampia disciplina sulla parità di trattamento in favore di categorie di soggetti c.d. svantaggiati.

Attualmente il diritto antidiscriminatorio abbraccia molteplici categorie di potenziale svantaggio: l'età, l'handicap, il credo religioso, l'orientamento sessuale, il sesso. Ma la sua origine deve essere necessariamente ricondotta alla disciplina legale di protezione delle donne nell'ambito del lavoro. E tale disciplina, come già ampiamente esposto nella parte introduttiva del presente volume, trova il proprio fondamento nella disciplina comunitaria, prima, ed in quella nazionale, poi.

Quello sulle discriminazioni di genere può dunque ritenersi il primo approccio al diritto antidiscriminatorio. D'altra parte, è stata osservata una certa scarsità di definizioni del diritto nazionale rispetto al concetto di discriminazione fondata sul sesso, e ciò in assoluta conformità rispetto all'assenza di definizioni nel diritto comunitario, del quale la normativa antidiscriminatoria nazionale è largamente debitrice¹⁹.

Così, per ottenere una definizione esaustiva del concetto conviene affidarsi al lavoro svolto dalla Corte di Giustizia, che nel corso degli anni, prendendo spunto dal concetto di discriminazione di genere, ha elaborato una sofisticata nozione con tratti unitari ai diversi divieti, riconosciuti espressione del principio generale della parità di trattamento quale principio fondamentale della comunità, estrinsecazione specifica del principio generale di uguaglianza espresso dall'art. 141 del Trattato²⁰.

Così, sia l'individuazione dell'ambito definitorio, come pure l'intensificazione della nozione di discriminazione, sono state debtrici degli interventi esegutici comunitari.

Grazie all'interpretazione della Corte di Giustizia, le nozioni di discriminazione indiretta e diretta da un livello, per così dire, tradizionale e improntato all'individuo, hanno concentrato la loro attenzione a livello di gruppo. Da un punto di vista pratico, ciò si è risolto nel considerare come discriminatori atti, patti o comportamenti anche non intenzionali, dai quali derivino effetti che abbiano un impatto differenziato sui soggetti appartenenti ad un gruppo, cioè dotati delle medesime caratteristiche, ad eccezione della loro appartenenza a sessi diversi²¹.

In questa sede, d'altra parte, si vuole concentrare l'attenzione sull'aspetto legislativo nazionale, vale a dire su come il divieto delle discriminazioni fondate sul sesso

19 Così, FAVILLI, *La nozione di discriminazione fra normativa comunitaria e leggi italiane*, in De Marzo (a cura di), *Il Codice delle Pari opportunità*, Milano, 2007, 133. V. anche, tra gli interventi dottrinali, CHIECO, *Frantumazione e ricomposizione delle nozioni di discriminazione*, in *Riv. giur. lavoro*, 2006, I, 559 ss.

20 C. Giust. Ce, 8.4.1976, causa 43/75, *Defrenne*, in *Raccolta*, 455, così come in C. Giust. Ce, 3.10.2006, *Cadman*, C-17/05. Per un più approfondito esame del concetto di discriminazione, si rinvia alla parte introduttiva del presente volume.

21 BARBERA, *La nozione di discriminazione*, in BALLESTRERO, TREU (a cura di), *Azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1994, 67.

possa ritenersi applicato nel nostro ordinamento.

Un primo sguardo, dunque, deve essere volto all'attuale substrato legislativo.

Occorrerebbe innanzitutto fare riferimento al d.lgs. n. 5/2010, nonché al Codice delle pari opportunità uomo donna (d.lgs. n. 198/2006), e ciò perché a seguito della entrata in vigore di quest'ultimo, il concetto di discriminazione è stato codificato sia nella sua espressione diretta, che in quella indiretta²².

Quanto al più recente decreto, intitolato all'attuazione della direttiva 2006/54/CE relativa al principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego²³, è da dire che lo stesso conclude ed esaurisce il processo di trasposizione nazionale delle direttive in tema di discriminazioni²⁴.

Quest'ultimo provvedimento deve essere letto ed interpretato nella consapevolezza della portata di quello comunitario che ne ha dato origine, classificabile come direttiva di rifusione²⁵, perché avente lo scopo di armonizzare le disposizioni contenute nelle precedenti direttive dedicate alla parità uomo-donna nell'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionale, nel settore dei regimi professionali di sicurezza sociale, nell'ambito della parità di trattamento retributivo e le regole relative all'onere della prova nei casi di discriminazione basta sul sesso, anche alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia delle CE.

Vista dunque la preesistenza del Codice delle pari opportunità, il cui valore di ricomposizione delle regole nazionali in vigore è stato anche recentemente soggetto a critiche²⁶, occorre in questa sede precisare come il d.lgs. n. 5/2010 intervenga su tale codice modificandolo in ciascuno dei Libri di cui si compone, salvo il Libro

22 Per una più ampia trattazione sul tema delle discriminazioni dirette e indirette, si rinvia oltre che al capitolo introduttivo del presente volume, a FAVILLI, *cit.*, 136 ss.

23 Pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 29 del 5 febbraio 2010.

24 Sul valore conclusivo della trasposizione nell'ordinamento italiano delle norme di cui alla direttiva 2006/54/CE, v. BARBERA, *Introduzione. L'effetto orizzontale del principio di non discriminazione*, in *Riv. Giur. Lav.*, 4/2008, 469, secondo la quale gli obblighi che gravano sulla Repubblica italiana rispetto a quel *corpus* di norme volte ad impedire, attraverso obblighi di natura negativa, che il destino delle persone sia determinato da *status* naturali o sociali ascritti, come ad esempio l'origine etnica, e, al tempo stesso, consentire attraverso obblighi di natura positiva, che identità soggettive differenti siano tutte egualmente riconosciute e tutelate, sono solo quelli riconducibili alle procedure di infrazione in corso sospese nella fase del precontenzioso comunitario, non facilmente conoscibile anche dagli addetti ai lavori.

25 Direttiva 2006/54/CE pubblicata in GUCE n. L 204 del 26 luglio 2006 ed entrata in vigore il 18 agosto 2006.

26 Si legga, a tale proposito, il fondamentale contributo di CALAFA', *Pari opportunità e divieti discriminazione*, in *Nuove Leggi civ. comm.*, 3, 2010, 544 ss., secondo la quale il Codice costituisce una "[...] struttura inadeguata a contenere l'intero assetto esistente delle regole dedicate alle pari opportunità tra donne e uomini [...]".

II, che rimane immutato²⁷.

D'altra parte, la storia della disciplina in tema di divieti di discriminazioni di genere dimostra come la stessa sia andata stratificandosi nel tempo²⁸, operando ampliamenti riconducibili, a livello di principi generali, alla nostra Costituzione, che garantisce appunto le pari opportunità uomo-donna riconoscendo alla lavoratrice gli stessi diritti e, a parità di lavoro, le stesse retribuzioni spettanti al lavoratore (v. art. 37 Cost.).

Come può facilmente intuirsi, dunque, l'ambito del diritto del lavoro può essere considerato come l'*habitat* naturale del diritto antidiscriminatorio: a tale proposito, è stato correttamente osservato come l'intervento della l. n. 903/1977 abbia inciso sulle differenze di trattamento normativo esistenti sul mercato del lavoro, preoccupandosi di integrare le donne nella condizione giuridica precedentemente propria dei soli lavoratori maschi²⁹.

Così, appare corretta la considerazione secondo la quale il nucleo originario del diritto antidiscriminatorio trova la propria origine nelle pari opportunità, ed in particolare nella parità di trattamento sul lavoro, per poi distinguersi da questa individuando il solo ambito repressivo-sanzionatorio, lasciando al concetto di pari opportunità il più ampio ambito promozionale di eguaglianza sostanziale³⁰. Pertanto, dall'espressione concettuale delle pari opportunità, l'attenzione si sposta ad un livello diverso, cioè quello di eguaglianza sostanziale, ovvero di rimozione delle differenze. In particolare, con l'emanazione della l. n. 125/1991 sulle azioni

27 Una più precisa definizione dei campi di applicazione dei diversi Libri di cui consta il d.lgs. n. 198/2006, secondo la sopracitata dottrina, v. CALAFA', *Pari opportunità* cit., 559 ss., avrebbe sicuramente giovato alla comprensione del funzionamento delle regole in esso contenute, visto che alcune questioni restano prive di codificazione, come ad esempio quella previdenziale, salvo il riferimento di cui all'art. 30 del Codice (*Divieto di discriminazione nell'accesso alle prestazioni previdenziali*) e quello all'art. 30 bis (*Divieto di discriminazione nelle forme pensionistiche complementari collettive. Differenze di trattamento consentite*).

28 Aspetto trattato in particolare da M.T. CARINCI, *Il bossing fra inadempimento dell'obbligo di sicurezza, divieti di discriminazione e abuso del diritto*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, 2, 133 ss.; M.T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, Milano, 2005, 163 ss.; CHIECO, *Frantumazione e ricomposizione delle nozioni di discriminazione*, in *Riv. giur. lavoro*, 2006, I, 559 ss.

29 L'osservazione è di CAPPONI, *I divieti di discriminazione*, in DE MARZO, *Il Codice* cit., 192: pur tuttavia, precisa l'Autore, l'intervento della l. n. 903/1977, attraverso il suo meccanismo repressivo/sanzionatorio, influiva in modo molto limitato e marginale sulle cause che hanno storicamente determinato e continuano a determinare la divisione per sesso delle forze lavoro. Cfr. anche BALLESTRERO, *Dalla tutela alla parità. La legislazione italiana sul lavoro delle donne*, Bologna, 1979, 223 ss.

30 Passaggio di consegne dalla discriminazione alla parità di trattamento generalmente ricondotta all'introduzione, nel nostro ordinamento, della l. n. 125/1991, così CAPPONI, cit., 193, la quale in merito ai concetti di eguaglianza formale e sostanziale e di disparità e differenza, richiama BARBERA, *La riforma delle istituzioni e degli strumenti delle politiche di pari opportunità*, in *Le nuove leggi civili commentate*, Padova, 3, 2003, 623 ss.

positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro, si introducono due modelli ben differenziati di intervento di rimozione delle diseguaglianze: da una parte il modello anglosassone dell'*equal opportunity*, dall'altra il modello continentale dell'eguaglianza sostanziale. Il primo, volto a garantire a gruppi svantaggiati uguali opportunità, l'altro volto a ristabilire principi di giustizia sociale attraverso interventi dello Stato atti ad emancipare i soggetti svantaggiati.

Anche a livello comunitario, come è stato giustamente osservato³¹, la differenziazione tra principio di non discriminazione e pari opportunità ha dovuto attendere il Trattato di Amsterdam del 2 ottobre 1997 (entrato in vigore il 1 maggio 1999), in merito al quale il principio di eguaglianza ha ottenuto il ruolo di principio guida delle politiche comunitarie, come traguardo di una vera e propria lotta alle disparità a fini inclusivi, cioè quale "premessa" del diritto comunitario, e come finalità prioritaria da perseguire, ovvero quale "promessa" dell'ordinamento comunitario. Il divieto di discriminazione, infatti, pur costituendo uno degli strumenti privilegiati negli interventi comunitari di politica sociale comunitaria, ha assunto un vero e proprio ruolo centrale nell'ordinamento sovranazionale con l'introduzione nel Trattato di Amsterdam dell'art. 13 (ex art. 6A)³².

Volendo peraltro concentrare esclusivamente l'attenzione all'ordinamento italiano, occorrerà, a questo punto, riprendere il filo su quella che è stata inizialmente definita la stratificazione normativa del diritto antidiscriminatorio, per osservare come tale fenomeno, non solo tutto italiano come abbiamo visto, non abbia in alcun modo tradito la necessità di una lettura unitaria di tutto il complesso normativo.

Il divieto di licenziamento per causa di matrimonio, il divieto di discriminazione nell'accesso al lavoro, nel trattamento retributivo, nello svolgimento della prestazione lavorativa, nella carriera e nell'accesso alle prestazioni previdenziali sono dunque gli ambiti che sono stati direttamente interessati dalla c.d. stratificazione normativa antidiscriminatoria: provvedimenti normativi riferibili al diritto del lavoro, che anche negli interventi più recenti non hanno scalfito la centralità dell'art. 15 St. Lav., conservandone inequivocabilmente il ruolo primario nel sistema³³.

31 Per una più ampia riflessione sul tema, v. FAVILLI, *Uguaglianza e non discriminazione nella Carta dei diritti dell'Unione Europea*, in DE SIERVO (a cura di), *La difficile Costituzione Europea*, Bologna, 2001, 27 ss.

32 In esso, si afferma infatti che, fatte salve le più specifiche disposizioni del Trattato e nell'ambito delle competenze conferite alla Comunità, il Consiglio su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento, "può prendere provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza, l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali".

33 M.T. CARINCI, *Il bossing* cit., 134. Considerazione peraltro non riferibile direttamente al divieto di licenziamento per causa di matrimonio, poiché tutela riconosciuta con legge precedente a quella del '77, v. l. n. 7/1963.

Cerchiamo dunque di studiare più da vicino i vari “strati” della tutela contro le discriminazioni di genere, iniziando questo percorso, doverosamente, proprio dalla norma statutaria.

2. La stratificazione normativa del divieto di discriminazione uomo-donna.

2.1 Lo Statuto dei lavoratori e la modifica apportata dalla l. n. 903/1977.

Nella sua formulazione originaria³⁴, l’art. 15 St. Lav. introduceva nell’ordinamento limiti interni agli atti del datore di lavoro, ponendo a carico di quest’ultimo un divieto di concludere patti o di assumere atti diretti a realizzare alcuni interessi di natura antisindacale, antipolitica, antireligiosa, antirazziale, xenofoba. Interessi, questi, che sicuramente si palesano diversi da quello protetto, tipico delle prerogative del datore di lavoro, consistente nel creare, modificare, disporre dell’organizzazione cui è a capo.

Con la fine degli anni settanta, il principio di tutela contro le discriminazioni espresso dalla norma in esame è stato d’altra parte valutato anche sotto l’aspetto della parità uomo-donna: come infatti recita la versione definitiva voluta dalla l. n. 903/1977 (art. 13), il divieto di discriminazione sul luogo di lavoro è esteso anche a patti o atti diretti a fini di discriminazione di sesso.

Così, a seguito di tale integrazione, è stato riconosciuto nullo qualsiasi atto o patto diretto a fini di discriminazione fondata sul sesso, intendendo con la formula “atti e patti”, citata dalla norma in esame, ogni specie di atto giuridico unilaterale o bilaterale, anche privo di rilevanza negoziale e da qualsiasi soggetto sia posto in essere³⁵.

È opinione consolidata quella che riconosce in capo alla norma in esame il fondamento giuridico dei limiti interni agli atti del datore di lavoro³⁶: dal suo tenore letterale si trae, infatti, un divieto a carico del datore di lavoro assistito dalla sanzione della nullità. Sanzione della nullità che, come sopra accennato, grava sulla possibilità di concludere patti, ovvero di esercitare la libertà negoziale, o di assumere atti diretti a realizzare interessi estranei alle prerogative del datore di

³⁴ Si rinvia al testo dell’art. 15 st. lav. prima della modifica apportata dall’art. 13, l. n. 903/1977.

³⁵ Così, CAPPONI, *I divieti cit.*, 198.

³⁶ GHEZZI, *Commento agli artt. 15 e 16*, in GHEZZI, MANCINI, MONTUSCHI, ROMAGNOLI, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, Bologna, 1972, 213 ss.; TREU, *Commento all’art. 13*, in TREU (a cura di), *Legge 9 dicembre 1977 n. 903, Parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro. Commentario*, in *Leggi civ. comm.*, 1978, 823; GHERA, *Commento agli artt. 15 e 16*, in PROSPERETTI (a cura di), *Commentario dello Statuto dei lavoratori*, Milano, 1975, 437 ss.

lavoro nelle sue funzioni di imprenditore.

Tale sanzione, prevista appunto dalla norma statutaria, rende ovviamente inefficace il provvedimento (atto o patto) riconosciuto come discriminatorio: inefficacia che, d'altra parte, può ritenersi applicabile con certezza ed efficacia solo a determinati atti discriminatori, come ad esempio i licenziamenti e i trasferimenti, cioè rispetto a quegli atti che, in qualche misura, consentono di ripristinare lo *status quo ante*, una volta dichiarata la nullità.

Diversamente, allorché l'atto discriminatorio costituisca un comportamento omissivo, o irragionevolmente agevolativo di una determinata categoria (come nel caso di attribuzione di benefici, in funzione discriminatoria, in favore di lavoratori di genere diverso), la sanzione della nullità appare insufficiente e non soddisfacente, poiché può non trovare positivo riscontro³⁷.

A tale proposito, e considerato peraltro che la tutela dell'interesse del lavoratore può ritenersi solo indiretta, è stato osservato come la norma statutaria espliciti una serie di cause illecite che fungono principalmente da criterio di controllo dell'esercizio delle prerogative datoriali, piuttosto che da strumento di protezione diretta del lavoratore che possa, in qualche misura, invocare una vera e propria pretesa nei confronti del datore³⁸.

Ed infatti, secondo la giurisprudenza di legittimità, dai precetti di cui all'art. 37, 1° co., Cost. e da quello di cui all'art. 15 St. Lav. deriverebbe il dovere del datore di lavoro, esteso alla fase di formazione e conclusione dei contratti di lavoro, di astenersi dal discriminare i lavoratori per ragioni di sesso.

Tale dovere, sussistendo nei confronti di soggetti determinati, o comunque determinabili, ha natura di obbligazione in senso tecnico, di fonte esclusivamente legale nel caso in cui riguardi la fase di formazione del contratto, e di fonte contrattuale dopo l'assunzione.

Pertanto, da un punto di vista strettamente applicativo, in forza del principio

37 La critica che si appuntava circa la debolezza della sanzione della nullità per contrastare i comportamenti discriminatori, è stata d'altra parte superata dalla l. n. 125/1991, attraverso la previsione di possibilità di intervento di azioni in giudizio, sia individuali che collettive, mediante organismi rappresentativi, nonché attraverso la previsione della parziale inversione dell'onere della prova in favore del soggetto che si asserisce discriminato, così CAPPONI, *I divieti* cit., 198. L'Autore precisa inoltre come il mancato coordinamento della norma statutaria con il Codice delle pari opportunità appaia di un certo rilievo, tenuto conto che l'art. 13 della l. n. 903/1977 non risulta tra le norme espressamente abrogate dall'art. 57 del d.lg. n. 198/2006.

38 M.T. CARINCI, *Il bossing* cit., 134: l'art. 15, in sintesi, secondo l'Autore evidenzia il limite interno dell'unica posizione giuridica prevista e tutelata in via diretta dall'ordinamento, ovvero quella del datore di lavoro a perseguire l'interesse a disporre della propria organizzazione. A tale proposito, il medesimo Autore precisa come del resto anche l'art. 4, l. n. 125/1991 (dettato per reprimere le discriminazioni per sesso) si sia limitato a richiedere che gli atti di esercizio delle prerogative datoriali siano conformi agli interessi tipici ad essi assegnati dall'ordinamento e non siano, invece, diretti a realizzare alcuni interessi tipici vietati.

del concorso tra responsabilità extracontrattuale e responsabilità contrattuale, il lavoratore discriminato avrebbe la scelta tra l'azionare l'una o l'altra forma di responsabilità facendo valere, nel primo caso, il diritto alla riparazione del pregiudizio arrecatogli dall'illecito, assumendo l'onere di fornire la prova della colpa o del dolo dell'autore della condotta lesiva, e, nel secondo, la violazione del diritto di credito di natura personale, che si fonda sulla presunzione di colpa stabilita dall'art. 1218 c.c., a non essere discriminato, con la conseguente responsabilità per danni, limitatamente a quelli prevedibili al momento della nascita dell'obbligazione³⁹.

Attualmente l'ambito disciplinare del quale ci stiamo occupando è codificato dal capo II del libro III del d.lg. n. 198/2006, appunto intitolato "divieti di discriminazione", ed include una serie articolata di disposizioni precettive riprese quasi integralmente dal corpus principale della l. n. 903/1977 (parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro) e della l. n. 125/1991 (azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro), così come modificate dal d.lg. n. 145/2000 (attuazione della direttiva 2002/73/CE in materia di parità di trattamento tra gli uomini e le donne, per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionale e le condizioni di lavoro): appare pertanto confermata la considerazione secondo la quale il diritto del lavoro debba intendersi l'ambito originario della tutela contro le discriminazioni, ed in particolare come tutela contro le discriminazioni uomo-donna.

2.2 Il divieto di discriminazione nell'accesso al lavoro e alla formazione professionale.

Il provvedimento espresso dal legislatore del '77 è infatti intitolato alla parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro⁴⁰, e pone divieti di discriminazione nell'accesso al lavoro, in riferimento alla retribuzione, alla prestazione lavorativa e alla carriera, oltre che nell'accesso alle prestazioni previdenziali. Ambito di operatività della norma che ha poi subito una importante modificazione operata dall'art. 3 del d.lgs. n. 145/2005, che ne ha esteso la portata sia alle ipotesi di accesso al lavoro in forma subordinata che autonoma, sia all'attività lavorativa espressa in parasubordinazione o atipicità, qualunque sia il settore ed il ramo di attività ed a tutti i livelli di gerarchia professionale.

Il Codice delle pari opportunità (d.lgs. n. 198/2006), con le modifiche ad esso

39 Così Cass. 25.9.2002, n. 13942, in *Dir. e giustizia*, 2002, 37, 32 con nota di GRASSI; Cass. 3.9.1991, n. 9341 in *Notiziario giurispr. lav.*, 1991, 9.

40 Già nel '63 il legislatore aveva provveduto a vietare il licenziamento delle lavoratrici per causa di matrimonio, v. l. n. 7/1963.

apportate dal d.lgs. n. 5/2010⁴¹, ha provveduto a racchiudere la disciplina relativa alle discriminazioni di genere nel libro III, attraverso il richiamo e la codificazione dei provvedimenti sopra richiamati, cui si aggiungono quelli relativi al pubblico impiego e alle forze armate: dopo aver infatti individuato le nozioni di discriminazione al Titolo I, Capo I, codifica i divieti di discriminazione relativi all'accesso al lavoro, alla discriminazione retributiva, alla prestazione lavorativa e alla carriera, nonché alle prestazioni previdenziali, oltre a quelli relativi all'accesso agli impieghi pubblici (l. n. 66/1963; l. n. 874/1986), all'arruolamento e reclutamento nelle forze armate e nel corpo guardia di finanza, alla carriera militare (d.lgs. n. 24/2000), nonché a causa di matrimonio (l. n. 7/1963).

Sussistono d'altra parte ulteriori provvedimenti legislativi che sanciscono divieti di discriminazione fondate sul sesso, e che non vengono contemplati dal Codice delle pari opportunità.

Del resto, concepire l'operazione di codificazione sul diritto antidiscriminatorio in maniera assolutamente esaustiva appare, ad avviso di chi scrive, operazione di ardua realizzazione, posto che ad oggi, in particolare per quanto riguarda quelli di derivazione comunitaria, gran parte dei provvedimenti legislativi, specie in materia di lavoro, affrontano il divieto di discriminazione.

Così, appare interessante prendere in considerazione anche l'art. 10 della c.d. riforma Biagi, d.lg. n. 276/2003, secondo il quale è fatto divieto alle agenzie per il lavoro e agli altri soggetti pubblici e privati autorizzati o accreditati di effettuare qualsivoglia indagine o comunque trattamento di dati ovvero di preselezione di lavoratori, anche previa autorizzazione del lavoratore, sulla base delle convinzioni personali, affiliazione sindacale o politica, oppure, appunto, in base al sesso o all'orientamento sessuale. È inoltre fatto divieto a tali soggetti di svolgere qualsiasi tipo di indagine relativa allo stato di salute del lavoratore o della lavoratrice, nonché relativa allo stato matrimoniale o di famiglia o di gravidanza. È tuttavia esclusa dal divieto l'ipotesi in cui le caratteristiche in oggetto incidano sulle modalità di svolgimento dell'attività lavorativa o costituiscano un requisito essenziale e determinante ai fini dello svolgimento della stessa.

Come può dunque facilmente desumersi, la norma sopra richiamata, concernente il tema della discriminazione nell'accesso al lavoro, deve essere letta coordinatamente a quella contenuta nel Codice delle pari opportunità: ciò, appunto, a conferma del carattere non esaustivo del provvedimento del 2006⁴².

41 Provvedimento legislativo che, tra l'altro, ha introdotto una nuova norma, l'art. 30 *bis*, dedicato al divieto di discriminazione nelle forme pensionistiche complementari collettive.

42 Art. 27 Codice pari opportunità, così come modificato dal d. lgs. n. 5/2010, che ha "apportato e sottratto" alcune specificazioni. In particolare, la norma ha abolito la specificazione circa la tipologia di discriminazione soggetta a divieto, nel senso che la stessa non è più da considerarsi vietata solo se fondata sul sesso; inoltre, ha specificato che il divieto di discriminazione nell'accesso al lavoro deve riferirsi anche ai criteri di selezione e alle condizioni di assunzione,

Soffermandosi dunque allo specifico aspetto dell'accesso al lavoro, il divieto disposto dal legislatore circa qualsiasi forma di discriminazione fondata sul sesso in questo specifico ambito vede come conseguenza la sanzione della nullità (art. 15 St. Lav.), consentendo altresì il ricorso allo strumento processuale previsto dall'art. 15 l. n. 903/1977, ora confluito nell'art. 38 del Codice delle pari opportunità, rubricato "procedimento avverso le discriminazioni".

È poi da rilevare come a seguito delle successive modifiche apportate alla fondamentale l. del '77 si sia verificato un travalicamento dell'operatività del divieto di discriminazione rispetto ai confini del lavoro dipendente, per abbracciare anche altri ambiti di attività lavorativa, come quella libero professionale⁴³.

D'altra parte, l'ampliamento sopra accennato non ha riguardato esclusivamente il versante passivo, cioè quello relativo ai soggetti protetti dalla discriminazione, ma anche quello attivo, ovvero dei soggetti vincolati all'osservanza del precetto: essi non si identificano più esclusivamente nei datori di lavoro, ma sono altresì individuati nelle organizzazioni sindacali di lavoratori o di datori di lavoro e negli enti costituiti dai lavoratori appartenenti ad una determinata categoria professionale, sia sotto il profilo dell'affiliazione che dell'attività in tale ambito, ed alle prestazioni erogate da tali organizzazioni⁴⁴.

In sostanza, dunque, il divieto di discriminazione nell'accesso al lavoro, concretizzandosi nel reprimere le forme più indirette ed insidiose di discriminazione attuata attraverso meccanismi di preselezione, ovvero a mezzo stampa o con qualsiasi altra forma pubblicitaria che indichi come requisito professionale l'appartenenza all'uno o all'altro sesso, permette di far rientrare in tale ambito non solo le ipotesi nelle quali il sesso sia incluso come tale fra i requisiti per l'accesso al lavoro, ma anche le ipotesi in cui si richiedano requisiti non correlati al contenuto professio-

nonché alla promozione in ambito lavorativo. È stato altresì esteso il divieto di discriminazione anche alle ipotesi di maternità, paternità e gravidanza adottive (art. 27, comma secondo, lettera a) del Codice pari opportunità – ipotesi questa non contemplata nella originaria formulazione della norma). Sono stati inoltre inclusi nel divieto di cui al comma terzo della norma i casi riconducibili a tirocini formativi e di orientamento professionale.

43 Ciò in conformità con quanto previsto dall'art. 3.1 della direttiva 76/207, nel testo novellato dalla direttiva 2002/73/CE in materia di parità di trattamento tra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione, alla promozione professionale e le condizioni di lavoro, cui il d. lg. n. 145/2005 ha dato attuazione. In dottrina, v. ALBI, *Principio di parità retributiva, divieto di discriminazioni e decentramento produttivo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, 2, 210 ss., nota a C. Giust. CE, 17.9.2002, n. 320.

44 Si è così affermato a tale proposito come l'opportuna specificazione confermi la vocazione insita nella tutela antidiscriminatoria a trascendere la sfera della relazione contrattuale intercorrente tra dipendente e datore di lavoro, estendendosi ai rapporti con qualunque soggetto in condizione, per il ruolo ricoperto nell'organizzazione, di commettere ingiustificate disparità di trattamento fra i lavoratori appartenenti ai due generi. Un'estensione a soggetti diversi dai datori di lavoro della tutela antidiscriminatoria che era già comunque desumibile interpretativamente dalla formulazione dell'art. 4, 9° co., l. n. 125/1991, novellato dal d.lg. n. 196/2000, in CAPPONI, *I divieti* cit., in DE MARZO (a cura di), cit., 200.

nale dell'attività lavorativa: tali requisiti, pertanto, pur apparendo neutri, possono concretizzarsi in veri e propri ostacoli atti a precludere di fatto l'accesso al lavoro di soggetti appartenenti ad un genere piuttosto che ad un altro⁴⁵.

Il divieto in oggetto è inoltre esteso alle iniziative in materia di orientamenti e formazione professionale, e riguarda correttamente sia l'accesso che i contenuti: ciò implica un controllo sulle eventuali richieste di requisiti di accesso ai corsi professionali e con la previsione di contenuti formativi non giustificati da effettive esigenze professionali, ma solo in relazione all'appartenenza all'uno o all'altro sesso.

Per quanto riguarda poi l'aspetto derogatorio al divieto, esso viene innanzitutto ricondotto ad ipotesi di mansioni lavorative particolarmente pesanti, così come individuate dalla contrattazione collettiva. In questo modo, piuttosto che eliminare drasticamente ogni forma di disparità uomo/donna, si è attribuito ai soggetti collettivi il potere di reintrodurre il limite e circoscriverlo alle sole ipotesi di mansioni di particolare pesantezza.

Una deroga, per così dire obbligatoria, deve inoltre rinvenirsi nelle ipotesi in cui il genere femminile o maschile rappresenti una condizione determinante dell'attività lavorativa da svolgersi, e come tale considerato un requisito professionale dell'attività medesima. Il limite, in questo caso, deve essere individuato nel settore di attività (tassativamente: moda, arte e spettacolo), e nella natura della prestazione.

2.3 Il divieto di discriminazione nel trattamento retributivo, nello svolgimento della prestazione lavorativa e nella carriera.

Sancito dall'art. 37 Cost., quello della parità retributiva è un principio che ha trovato per primo la propria disciplina comunitaria antidiscriminatoria, nel Trattato di Roma (1957) prima, con successive modifiche ed integrazioni ad opera del Trattato di Maastricht (1992) e del Trattato di Amsterdam (1997), oltre che a livello internazionale con la Convenzione OIL n. 100 ratificata a Ginevra nel 1976.

45 Sotto questo profilo dovrà pertanto ritenersi discriminatoria qualsiasi richiesta di caratteristiche o condizioni fisiche (come l'altezza o il peso) che possano essere soddisfatte da donne o da uomini in misura proporzionalmente inferiore rispetto agli appartenenti all'altro genere, senza che tali caratteristiche siano essenziali alla prestazione lavorativa richiesta. Sul requisito dell'altezza, in particolare nell'accesso al pubblico impiego, mi permetto il riferimento a ROMOLI, *Pubblico impiego e forze armate*, in De Marzo (a cura di), cit., 414 ss.; in giurisprudenza, v. innanzitutto C. Cost. 15.4.1993, n. 163, in *Foro it.*, 1994, I, 695; per la giurisprudenza di merito, v. Pretura Milano, 16.8.1991, in *Orient. giur. lav.*, 1992, 511; Tar Lombardia, 27.11.1992, in *Riv. critica dir. lav.*, 1992, 112 con nota di CHIAVASSA, HOESCH, *Requisito dell'altezza e discriminazione*; Pretura Trento, 5.5.1992, in *Riv. critica dir. lav.*, 1993, 111, e da ultimo Tar Lazio Roma, 19.2.2008, n. 1507, in *Red. Amm. Tar*, 2008, 2 ss.

La parità retributiva deve dunque individuarsi nel diritto alla medesima retribuzione in relazione alla medesima attività lavorativa o a parità di valore del lavoro svolto.

La parità retributiva tra i due sessi deve dunque essere riconosciuta non solo quando uomini e donne svolgono lo stesso lavoro, inteso come medesima mansione, ma anche allorquando svolgano prestazioni equivalenti, cioè di contenuto professionale comparabile, sulla base di parametri o sistemi di valutazione del lavoro vigenti in un determinato contesto⁴⁶.

Il principio di parità retributiva, dunque, rivela la necessità di adottare eguali criteri di valutazione del lavoro per i due generi, vietando l'adozione di un sistema classificatorio che a priori distingua tra lavoro tipicamente maschile e lavoro tipicamente femminile o tra lavori leggeri e lavori pesanti.

D'altra parte, sarà rilevabile una discriminazione anche laddove si applichino criteri rigorosamente comuni per i due sessi, quando parametri apparentemente neutri comportino in sé una diversa valutazione⁴⁷.

Al fine di correggere i divari presenti tra livelli retributivi maschili e femminili nel mercato del lavoro, sono state suggerite a livello comunitario⁴⁸ azioni correttive, volte appunto all'eliminazione di tali discriminazioni attraverso, ad esempio, l'aggregazione delle professioni differenziate in base al sesso dei lavoratori, applicando alle donne il più elevato tasso di retribuzioni di cui beneficiano gli uomini, oppure attraverso l'armonizzazione dei sistemi retributivi differenziati a seconda delle mansioni.

Occorrerebbe d'altra parte una vera e propria rivoluzione del mercato del lavoro, per lo meno per quanto riguarda il sistema italiano, volto a ridefinire e rivalutare il sistema delle qualifiche formali, in modo che talune capacità tipicamente femminili e connaturate alla donna (come ad esempio la destrezza manuale, o la capacità organizzativa) siano valutate sullo stesso piano delle capacità formali,

46 In riferimento ai parametri di comparazione, l'elaborazione teorica si è finora incentrata soprattutto sulla rilevazione econometrica del fenomeno e sulla ricerca delle sue ragioni socioeconomiche, senza approfondire adeguatamente l'aspetto tradizionale del tema, legato a radicati pregiudizi circa le competenze tecnico-professionali dell'uno o dell'altro sesso. Per una completa disamina della questione v. Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale – Comitato Nazionale di Parità e Pari Opportunità nel Lavoro, *I differenziali salariali per sesso in Italia*, Rapporto di ricerca di Iter – Centro ricerche e Servizi Roma, Istituto Poligrafico, 2001.

47 È della Commissione UE il *Codice di condotta per l'applicazione della parità retributiva tra uomini e donne per lavoro di pari valore*, in COM (96) 0336 – C4 – 0460/96, che rileva come il divario tra i redditi degli uomini rispetto alle donne sia imputabile a più fattori: 1) minore retribuzione per le mansioni tipicamente femminili (c.d. segregazione verticale e orizzontale); 2) retribuzioni supplementari e premi beneficiati da quei settori a predominanza maschile; 3) differenziazioni retributive negoziate a livello collettivo e riconducibili alla tipologia di industria o di settore (c.d. segregazione professionale); 4) minor potere contrattuale della donna.

48 Commissione, *Codice di condotta* cit., parte III.

tradizionalmente maschili.

A ciò dovrebbe poi aggiungersi la riorganizzazione del lavoro, volta ad ampliare le categorie ed a rivedere gli orari di lavoro, in modo che anche le donne possano accedere a lavori tipicamente maschili e, conseguentemente, beneficiare di migliori condizioni retributive.

Quest'ultima considerazione appare pertinente, in particolare, se prendiamo in considerazione l'altro aspetto della discriminazione nell'ambito del lavoro, ovvero quello relativo allo svolgimento della prestazione ed al conseguente avanzamento di carriera.

A tale proposito, è innanzitutto da osservare come vi sia chi ritenga la norma prevista dal Codice delle pari opportunità (art. 28 Codice delle pari opportunità, così come modificato dal d.lgs. n. 5/2010) come una ulteriore e forse sovrabbondante specificazione del divieto di discriminazione relativa alle fasi successive alla stipula del rapporto di lavoro, posto che il divieto di discriminazione nell'accesso al lavoro era già declinato espressamente a tutti i livelli della gerarchia professionale⁴⁹.

D'altra parte, la casistica dimostra come sia stata opportuna una specificazione in tal senso, poiché alla consolidata giurisprudenza relativa alle ipotesi di discriminazione nell'accesso al lavoro, non può affiancarsi altrettanta casistica in tema di progressioni di carriera, in particolare in conseguenza alle difficoltà probatorie sottese a tali specifiche ipotesi.

Quanto alla definitiva stesura della norma, oggetto come già detto di revisione ad opera del provvedimento del 2010, è da dire che oggi il divieto di discriminazione, diretta o indiretta, in tema di retribuzione è meglio specificato: a fronte infatti di una dichiarazione di diritto a parità retributiva per prestazioni uguali o di pari valore, si specifica il divieto di discriminazione, diretta o indiretta, concernente qualunque aspetto o condizione delle retribuzioni, per quanto riguarda uno stesso lavoro o un lavoro al quale è attribuito un valore uguale.

Il principio in esame è coadiuvato da altre e specifiche norme: da una parte, l'art. 56 del d.lg. n. 151/2001 (Testo Unico per la tutela della maternità e paternità nel lavoro), che sancisce il diritto delle madri lavoratrici e dei padri lavoratori, rispettivamente al termine del periodo di astensione per maternità, congedo parentale, permesso o riposo, di conservare il posto di lavoro e di rientrare nella stessa precedente unità produttiva, ove svolgere le medesime mansioni o mansioni equivalenti⁵⁰.

Dall'altra, dalla previsione di cui all'art. 2103 c.c. (art. 13 st. lav.), che limita lo *ius variandi* del datore di lavoro, imponendo equivalenza di mansioni nelle ipotesi di trasferimenti interni all'azienda del singolo lavoratore, ed inibendo comunque

49 CAPPONI, *I divieti* cit., in DE MARZO (a cura di), *Il Codice* cit., 216.

50 BORGOGELLI, *La tutela della professionalità*, in DEL PUNTA, GOTTARDI (a cura di), *I nuovi Congedi*, Milano, 2001, 178.

qualsiasi ipotesi di demansionamento.

Eppure, come prima accennato, è proprio la fase successiva all'instaurazione del rapporto di lavoro che può generare più sottili ed insidiosi atti discriminatori posti in essere dal datore di lavoro, in relazione appunto al genere.

In tal caso, la giurisprudenza di legittimità ha più volte precisato come, nell'ipotesi di ricorso da parte del lavoratore per comportamento discriminatorio datoriale, il giudice adito debba ordinare la cessazione del comportamento illegittimo e la rimozione degli effetti, senza che, però, attraverso l'esperimento del rimedio giudiziale il lavoratore possa ottenere il riconoscimento in proprio favore di una specifica progressione in carriera ad un apposito livello o ad una certa categoria e con riferimento ad un tempo determinato, a preferenza di altri soggetti dell'altro sesso. In sostanza, la tutela di carattere interdittivo costituita dalla definizione di un piano di rimozione della discriminazione accertata non comporta di per sé l'attribuzione diretta ed immediata di posizioni lavorative superiori⁵¹.

Così, appaiono particolarmente rilevanti i casi di applicazione del principio di non discriminazione nell'ipotesi di maternità e paternità della lavoratrice o del lavoratore, quale momento in cui si determina in modo più netto la discrasia fra il dato normativo e quello fattuale.

Infatti, ad una traduzione pienamente soddisfacente nel nostro ordinamento dei principi antidiscriminatori della normativa comunitaria e dell'interpretazione di essi fornita dalla Corte di Giustizia, tenendo altresì conto degli strumenti giudiziari a nostra disposizione e del sostegno delle Consigliere di parità e della Pubblica Amministrazione (v. t.u. n. 165/2001), non corrisponde un dato fattuale altrettanto soddisfacente.

L'Italia presenta dunque, anche sotto lo specifico aspetto della tutela della maternità e paternità, una delle normative migliori in Europa: eppure, la medesima Italia si vede posta all'ultima posizione in Europa rispetto all'occupazione femminile⁵², con dati spaventosamente bassi, anche rispetto all'Europa a 25, non solo dunque in raffronto ai paesi del nord Europa, rispetto ai quali si palesano distanze molto ampie.

In particolare, le varie ricerche sull'occupazione femminile dimostrano bassa occupazione femminile, bassa natalità, e presenza massiccia delle donne nel mercato del lavoro precario, settore nel quale le donne restano per il doppio del tempo rispetto alle "colleghe" europee⁵³.

51 V. per tutte, Cass., 18.5.2006, n. 11661, in *Giust. Civ. mass.*, 2006, 5 ss.

52 I dati sono forniti da BORGOGELLI, *Il concetto di discriminazione: discriminazioni dirette, indirette, multiple. Il nuovo codice delle pari opportunità ed il T.U. maternità e paternità nel lavoro: profili applicativi*, in *Seminario di aggiornamento in diritto antidiscriminatorio*, Atti del Convegno, Firenze 7.5.2007.

53 I dati Eurostat del 2007 dimostrano come il tasso di occupazione delle madri che hanno un figlio con meno di 6 anni, in Italia, è del 53% contro il 78% svedese, ma anche il 65%

Volendo infatti fare una valutazione di carattere generale sui progressi in tema di parità uomo-donna realizzati dall'Unione Europea negli ultimi anni, essa non potrà che essere positiva: la crescita economica e il generale progresso della società hanno reso possibile sviluppo e cambiamento, anche per quanto riguarda i paesi di recente adesione. Certamente, tali progressi non si sono verificati automaticamente, ma sono il risultato di iniziative politiche strategiche volte a promuovere la parità tra i sessi a livello comunitario e nazionale.

Tuttavia, i successi conseguiti nella promozione della parità e nella riduzione dei divari tra i sessi in settori strategici quali l'occupazione, l'inclusione sociale, l'istruzione, la ricerca e le relazioni esterne sono diversi nel tempo, e tra gli Stati membri e nella maggior parte dei settori strategici i divari tra i sessi continuano ad esistere. Ebbene, il caso italiano ne è un esempio.

Nel nostro paese, infatti, si pongono soprattutto problemi di avanzamento di carriera, in particolare nelle piccole e medie imprese e nell'artigianato.

Volendo tentare una spiegazione del dato fattuale sopra riportato, possiamo osservare la sussistenza di elementi esterni, come ad esempio una carenza nei servizi sociali e l'esistenza di un radicato pregiudizio percepito dai datori di lavoro che ritengono la maternità un costo. A fronte di tali elementi esterni, vi è d'altra parte da osservare la sollecitazione dell'Unione Europea e della l. n. 53/2000, attraverso il riconoscimento di finanziamenti alle imprese volti ad aiutare politiche di flessibilità negli orari (finanziamenti che ad oggi non possono dirsi ampiamente utilizzati, in particolare per scarsa conoscenza e scarsa sensibilità).

D'altra parte, tra le cause dei deludenti risultati italiani sopra delineati, vi è anche una scelta di politica del diritto fatta da questa normativa, in particolare dalla normativa sulla maternità, che sebbene evoluta, rivolge il massimo della tutela nei confronti del rapporto di lavoro a tempo indeterminato, mentre rispetto alle altre figure professionali le porzioni di tutela sono più limitate.

Vi è poi da tenere in considerazione come, oltre che da un punto di vista "culturale", anche da un punto di vista economico la fruizione in famiglia di orari di lavoro flessibili o di congedi, ad esempio, per la malattia del figlio è solitamente riservata alla madre lavoratrice perché meno incidente sul budget familiare: ciò, ovviamente, in ragione dei tassi di retribuzione tuttora differenziati, e dunque creando l'effetto di uno scarso utilizzo del dato normativo.

Quanto all'ipotesi della progressione di carriera delle donne, del pari, all'interno delle imprese, e non solo⁵⁴, possono rinvenirsi criteri di scelta o premiali tali da

francese; inoltre, tale indagine dimostra come le donne con un figlio in Italia hanno una probabilità di uscire dal mercato del lavoro pari al 46%, contro il 6% delle non mamme; i dati sono forniti da BORGOGELLI, *Il concetto di discriminazione* cit., Atti del Convegno, Firenze 7.5.2007.

54 È stato infatti rilevato come la discriminazione sul lavoro possa essere commessa anche da soggetto che incide *ab externo* sul rapporto in essere e non implichi il realizzarsi di un reale

palesarsi indirettamente discriminatori, perché legati a *chances* di progressione di carriera differenziate, risultando magari più favorevoli agli uomini piuttosto che alle donne.

Anche in questo caso il criterio statistico appare particolarmente concludente, poiché si sottrae alle limitazioni riscontrabili nel caso della discriminazione nell'accesso al lavoro e nel primo inquadramento, nelle quali la diversificazione può essere legata alle diverse condizioni di partenza degli aspiranti all'assunzione⁵⁵.

Il Codice delle pari opportunità (art. 29) oggi stabilisce il divieto di discriminazione relativamente all'attribuzione delle qualifiche, delle mansioni e della progressione di carriera, senza però porre alcuna specificazione in merito alla necessità di considerare i congedi parentali ai fini della progressione di carriera quali periodi effettivamente lavorati⁵⁶. La norma, d'altra parte, è contenuta nell'art. 22, 5° co. t.u. maternità e paternità (d.lg. n. 151/2001), cui l'art. 51 del Codice delle pari opportunità rinvia.

La regola, dunque, prevista dal nostro ordinamento è nel senso di computare nell'anzianità di servizio valida per la progressione automatica di carriera anche la c.d. ex-assenza facoltativa per maternità.

A tale proposito, appare interessante citare il caso affrontato dal Tribunale di Prato, in relazione al contratto collettivo del settore bancario (art. 18 ccnl casse di risparmio) che, nel disciplinare gli automatismi economici e di carriera del personale impiegatizio, stabiliva il non computo dei periodi di astensione volontaria per maternità (oggi congedi parentali) ai fini dell'anzianità di servizio e dunque ai fini dell'avanzamento automatico di carriera e dei relativi benefici economici⁵⁷. Il Giudice del Lavoro di Prato ha affermato in sentenza che l'espressione anzianità di servizio di cui all'art. 22 del t.u. maternità e paternità sia indicativa di una nozione unitaria e conseguentemente vieti al datore di lavoro di interpretare una clausola collettiva, che escluda dal computo dell'anzianità di servizio utile per le

danno alla carriera lavorativa, Trib. Asti, 5.3.2008, inedita a quanto consta.

55 L'osservazione è di CAPPONI, *I divieti* cit., 219: pertanto, prosegue l'A., ove le donne promosse risultassero in numero significativamente inferiore rispetto agli uomini che beneficiano dell'avanzamento di carriera, sarebbe difficilmente giustificabile, per un datore di lavoro, siffatto comportamento alla stregua dei principi di parità e di pari opportunità.

56 Si veda, su questo specifico punto, la fondamentale pronuncia della Suprema Corte, secondo la quale deve dichiararsi la nullità di quelle clausole contrattuali collettive che ai fini dell'avanzamento di carriera assegnino rilievo solo all'astensione obbligatoria, nella parte in cui escludano la computabilità dei periodi astensione facoltativa, Cass., 3.4.1993, n. 4022 in *Notiziario giurispr. lav.*, 1993, 529; v., inoltre, Cass., 9.6.2000, n. 7929, in *Mass. giur. lav.*, 2000, 1047 con nota di OGRISEG.

57 Trib. Prato, 21.11.2007, in *Riv. crit.dir. lav.*, 2008, 4, 6 ss., con nota di AMATO, ROMOLI, *Assenza per maternità e anzianità di servizio: profili individuali e collettivi della discriminazione di genere; una concreta ipotesi di definizione di un piano di rimozione delle discriminazioni*.

progressioni automatiche di carriera le assenze volontarie, ivi comprese le assenze dal lavoro per fruizione dell'ex astensione facoltativa. Questa equiparazione, secondo il Tribunale di Prato, violerebbe l'art. 15 st. lav., in quanto costituente patto diretto a discriminare nell'assegnazione delle qualifiche o a recare altrimenti pregiudizio a un lavoratore in ragione del suo sesso: costituendo discriminazione indiretta, la clausola contrattuale collettiva è stata dunque dichiarata nulla⁵⁸.

In altri casi, è stata disposta in sede giudiziale l'adozione di misure atte a scongiurare il reiterarsi di condotte discriminatorie all'interno delle aziende, attraverso piani di rimozione da concordarsi anche in sede sindacale, volti alla introduzione di criteri di selezione per l'avanzamento di carriera del personale che facciano riferimento alla valutazione della professionalità pregressa⁵⁹.

2.4 Il divieto di discriminazione nell'accesso alle prestazioni previdenziali e alle forme pensionistiche complementari collettive.

Infine, occorre fare riferimento ad un ulteriore profilo di interesse del diritto antidiscriminatorio, codificato all'art. 30 del Codice delle pari opportunità, dedicato al divieto di discriminazione nell'accesso alle prestazioni previdenziali, oggi integrato dall'art. 30^{bis} del medesimo Codice, dedicato al divieto di discriminazione nelle forme pensionistiche complementari collettive.

La norma di cui all'art. 30 affronta, contestualmente, i diversi temi del diritto di opzione alla prosecuzione dell'attività lavorativa dopo il raggiungimento dell'età pensionabile, del diritto alla fruizione degli assegni familiari, delle aggiunte di famiglia e delle maggiorazioni pensionistiche per familiari a carico, nonché delle prestazioni ai superstiti erogate da Inps e Inail⁶⁰.

Di particolare interesse ai fini del presente volume appare il primo degli ambiti di riferimento della norma sopra elencati, vale a dire quello del diritto di opzione al proseguimento dell'attività lavorativa, che vede un diverso limite di età per gli

58 Si segnalano anche Cass., 9.6.2000, n. 7929 in *Mass. giur. lav.*, 2000, 1047 con nota di OGRISEG, *Assenza facoltativa per maternità e anzianità di servizio utile nella progressione automatica di carriera*; Cass., sez. lav., 3.4.1993, n. 4022 in *Notiziario giurispr. lav.*, 1993, 529.

59 In questa logica, è stato disposto dal Tribunale di Catania l'obbligo per la società condannata di predisporre, entro il termine di tre mesi, un piano di rimozione delle discriminazioni, mediante un criterio che escludesse ogni riferimento al possesso di diplomi di scuola superiore di perito elettrotecnico ed elettronico e perito chimico, statisticamente conseguiti in misura maggiore da studenti di sesso maschile, Tribunale Catania, 22.11.2000, in *Foro it.*, 2001, I, 1778.

60 L'art. 30 del Codice delle pari opportunità codifica quanto già statuito dagli artt. 4, 9, 10, 11 e 12 l. n. 903/1977.

uomini rispetto alle donne⁶¹.

La norma del Codice delle pari opportunità specificava a tale proposito, nella sua originaria versione, come le lavoratrici, anche se in possesso dei requisiti per aver diritto alla pensione di vecchiaia, possono optare di continuare a prestare la loro opera fino agli stessi limiti di età previsti per gli uomini da disposizioni legislative, regolamentari e contrattuali, previa comunicazione al datore di lavoro da effettuarsi almeno tre mesi prima della data di perfezionamento del diritto alla pensione di vecchiaia. Ove tale comunicazione non fosse stata adempiuta, avrebbe potuto ritenersi pertanto cessata la tutela prevista dalla legge sui licenziamenti individuali, con la conseguente possibilità per il datore di lavoro di recedere *ad nutum* dal rapporto.

D'altra parte, una simile interpretazione appariva smentita dalla non corretta interpretazione della norma attualmente vigente, poiché il legislatore del 2006 non pareva aver preso nella dovuta considerazione le pronunce della Corte Costituzionale relative, appunto, all'art. 4 della l. n. 903/1977, ad oggi confluito nell'art. 30 del Codice delle pari opportunità.

L'originaria formulazione della norma del '77 era stata infatti oggetto di una pronuncia della Corte Costituzionale⁶², che ne aveva dichiarata l'illegittimità nella parte in cui subordinava il diritto delle lavoratrici, in possesso dei requisiti per la pensione di vecchiaia, di continuare a prestare la loro opera fino agli stessi limiti di età previsti per gli uomini da disposizioni legislative, regolamentari e contrattuali, all'esercizio di un'opzione in tal senso, da comunicare al datore di lavoro non oltre la data di maturazione dei predetti requisiti. Il legislatore del 2006 aveva così riproposto la norma tacciata di incostituzionalità con la predetta sentenza, senza tener conto della censura, restituendo in sostanza all'interprete la medesima norma già giudicata non compatibile con i principi costituzionali (in specie, gli artt. 3 e 37 Cost.): l'obbligo del diritto di opzione, dunque, doveva ritenersi illegittimo e conseguentemente abrogato.

In un recente caso affrontato dal Tribunale di Firenze su questo specifico tema, è stata rilevata la non conciliabilità con la formulazione (originaria) dell'art. 30 del Codice delle pari opportunità rispetto al tessuto costituzionale. Il medesimo Tribunale non ha però ritenuto necessario rimettere la questione alla Corte Costituzionale, ritenendo che la rimessione sarebbe stata imposta solamente laddove non

61 La l. n. 335/95 e successive modifiche prevede in generale il conseguimento del diritto alla pensione di vecchiaia per gli uomini al raggiungimento del 65° anno di età e per le donne al 60° anno. In generale, occorre ricordare come già “in tempi non sospetti” la Corte costituzionale avesse affrontato il problema dei diversi limiti di età pensionabile tra uomo e donna, giustificandoli attraverso la necessità che la lavoratrice, sottratta alla famiglia, potesse essere favorita nel suo ritorno alle funzioni di madre e di sposa, C. Cost., 15.7.1969, n. 137, in *Foro it.*, 1969, I, 2010.

62 C. Cost., 27.4.1988 n. 498, in *Foro it.*, I, 1769.

fosse possibile interpretare la norma sospetta di illegittimità in modo conforme ai principi costituzionali, secondo appunto il principio dell'interpretazione costituzionalmente orientata⁶³. Il provvedimento di risoluzione dal rapporto disposto dal datore di lavoro è stato dunque dichiarato nullo in quanto discriminatorio⁶⁴, con conseguente reintegra della lavoratrice "non pensionata" nel posto di lavoro. D'altra parte, l'intervento della Corte Costituzionale è stato ritenuto indispensabile in un momento successivo, tanto che la stessa si è espressa nel medesimo senso "intuito" dal Tribunale di Firenze, dichiarando costituzionalmente illegittima la norma, nella parte in cui prevedeva, a carico della lavoratrice, l'onere di dare tempestiva comunicazione della propria intenzione al datore di lavoro, da effettuarsi almeno tre mesi prima della data di perfezionamento del diritto alla pensione, nonché nella parte in cui faceva dipendere da tale adempimento l'applicazione al rapporto di lavoro della tutela accordata dalla legge sui licenziamenti individuali⁶⁵.

Così, oggi la norma è stata riformulata, eliminando l'aspetto originariamente ed erroneamente introdotto dal legislatore del 2006, relativo al c.d. onere di opzione. Del pari, il provvedimento di recepimento della direttiva comunitaria ha eliminato anche l'aspetto relativo alla applicabilità delle norme di cui al licenziamento individuale, l. n. 604/1966.

Ancora, il successivo art. 30*bis*, introdotto *ex novo* dal provvedimento del 2010, vieta qualsiasi forma di discriminazione in tema di forme pensionistiche complementari collettive, in particolare relativamente alle modalità di accesso alle stesse, all'obbligo di versamento dei contributi, nonché al calcolo delle relative prestazioni, precisando quale sola ipotesi consentita di differenziazione dei livelli delle prestazioni, quella necessaria per tenere conto di elementi di calcolo attuariale differenti per i due sessi, nel caso di forme pensionistiche a contribuzione definitiva, con riferimento a dati attuariali affidabili, pertinenti ed accurati.

63 Trib. Firenze, 19.5.2008 (decreto ex art. 38 d. lg. n. 198/2006): il Giudice del Lavoro di Firenze ha così ritenuto che in tema di parità uomo-donna nell'accesso alle prestazioni previdenziali, avrebbe dovuto ritenersi priva di una ragionevole giustificazione una previsione normativa secondo cui, nel caso di una donna lavoratrice in possesso dei requisiti per la pensione di vecchiaia, che decida di continuare il rapporto di lavoro, la medesima debba manifestare un'opzione in tal senso e comunicarla al datore di lavoro tre mesi prima la data di perfezionamento del diritto alla pensione.

64 Stante dunque il combinato disposto degli artt. 3 l. n. 108/1990, 15 e 18 l. n. 300/1970, stante il licenziamento discriminatorio, la Società convenuta veniva altresì condannata alla corresponsione di un'indennità commisurata alla retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegra della lavoratrice nel luogo di lavoro.

65 Corte Cost. 29 ottobre 2009 n. 275, in *Mass. Giur. Lav.*, 2009, 12, 898 con nota di VALLEBONA, *Incostituzionalità della nova "opzione" per la prosecuzione del rapporto della donna pensionabile*, con ampia rassegna giurisprudenziale sul tema della necessaria ed incondizionata parità di età lavorativa tra uomo e donna a prescindere dalla diversa età pensionabile, sia costituzionale che di cassazione.

Stante la recente formulazione della norma in esame, non constano al momento precedenti giurisprudenziali sul tema, anche se da un punto di vista interpretativo appare opportuno richiamare la Circolare della Commissione di vigilanza sui fondi pensione del 20 giugno 2011 n. 3378, la quale innanzitutto richiama il collegamento della norma in esame con l'art. 55^{quater} del Codice pari opportunità, che consente alle imprese di assicurazione di praticare differenziazioni proporzionate delle tariffe e delle prestazioni legale al genere, a condizione che, in base a dati attuariali e statistici accurati, il fattore sesso sia determinante nella valutazione dei rischi.

D'altra parte, il principio è stato sottoposto al vaglio di legittimità della Corte di Giustizia comunitaria, che dichiarando invalida la norma di cui alla direttiva n. 2004/13/CE (art. 5), in materia di parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e loro fornitura, è conseguentemente ed indirettamente intervenuta sulla norma sopra richiamata, con decorrenza 21 dicembre 2010⁶⁶.

Secondo detta circolare, quindi, la possibilità di differenziare per genere le tariffe e le prestazioni assicurative sarà destinata a venir meno per i contratti assicurativi che saranno stipulati successivamente alla data di cui sopra.

Detta circolare, del resto, precisa anche la persistenza dell'art. 30^{bis}, che nel prevedere un generale divieto di discriminazione tra i sessi nella partecipazione alle forme pensionistiche complementari collettive, individua le condizioni in presenza delle quali possono essere fissati livelli differenti di prestazioni per tenere conto di elementi di calcolo attuariale o altri elementi differenziali in conseguenza dell'utilizzazione di fattori che variano a seconda del sesso⁶⁷. Il tutto, a detta della Commissione e stante la rilevanza dell'argomento, senza escludersi un ulteriore intervento a livello comunitario che possa tendere a riallineare le normative in materia.

66 Corte di giustizia CE 11 marzo 2011 n. 236/09, in *Mass. Giur. Lav.*, 2011, 5, 320 con nota di COSIO, *Invaldità differita di direttiva comunitaria contraria alla parità uomo-donna*.

67 Secondo detta circolare, quindi, alle forme pensionistiche complementari collettive che erogano le prestazioni direttamente continuano ad essere consentite, alle condizioni indicate nella normativa, prestazioni differenziate per genere.

Capitolo terzo

MOLESTIE E MOLESTIE SESSUALI SOTTO L'OMBRELLO DELLA TUTELA DEL DIRITTO ANTIDISCRIMINATORIO

di Marica Bruni

SOMMARIO: 1. Il percorso e la ragione di riconoscere le molestie e le molestie sessuali come discriminazioni di genere: cenni al quadro storico di riferimento normativo e sociale. – 2. Ricostruzione ed analisi delle molestie e delle molestie sessuali nell'ambito del diritto antidiscriminatorio. – 3. Concetto di molestie e molestie sessuali e funzione economico sociale demandata alla tutela da tali condotte. – 4. L'inversione dell'onere della prova. – 5. Il sistema sanzionatorio. – 6. Il sistema risarcitorio.

1. Il percorso e la ragione di riconoscere le molestie e le molestie sessuali come discriminazioni di genere: cenni al quadro storico di riferimento normativo e sociale

La scelta maturata di orientare e, poi, includere normativamente le molestie e le molestie sessuali come fattori di discriminazione di genere è frutto di spinta giurisprudenziale e dottrinale recente, dettata, sostanzialmente, sull'ondata della percezione diffusa dell'impossibilità di mantenere un atteggiamento di indifferenza all'entità numerica del fenomeno, interessante una larga fetta di lavoratori e, soprattutto, lavoratrici⁶⁸.

Nulla di originale e/o stravolgente certo ci si poteva attendere da parte della Comunità Europea prima della formulazione dell'art. 13 del Trattato di Amsterdam⁶⁹, anche se la Corte di Giustizia, con gli anni settanta, accoglieva il principio per cui i diritti fondamentali della persona, sia di origine dai principi generali dell'ordinamento comunitario sia previsti dalle convenzioni internazionali comu-

⁶⁸ RUBENSTEIN, *The dignity of women at work: report on the problem of sexual harassment in the member States of the European Communities*, Bruxelles, 1987.

⁶⁹ Il Trattato di Amsterdam è stato firmato il 2 ottobre 1997 dagli allora 15 paesi dell'Unione Europea ed è entrato in vigore il 1° maggio 1999.

ni, costituivano parte integrante dei fondamenti generali del diritto e, pertanto, meritavano di tutela; la Corte elaborava l'indirizzo per cui eliminare le forme di discriminazione fondate sul sesso significava tutelare i diritti primari della persona⁷⁰.

È, però, merito della giurisprudenza statunitense aver iniziato a ritenere le molestie come condotte aventi natura sostanzialmente discriminatoria, e, quindi, a definirne giuridicamente il concetto; soprattutto, relativamente alla figura della molestia sessuale ne ha ampliato la fattispecie da semplice ricatto sessuale, o *quid pro quo*, fino a comprendere e modellare anche la cosiddetta "molestia ambientale", qualificata per il fatto che la vittima viene costretta e relegata ad operare in un ambiente lavorativo che per essa diviene degradato, offensivo ed ostile⁷¹.

Verosimilmente questa tendenza a livello internazionale ha influenzato i successivi interventi negli anni novanta della Comunità Europea anche se, certo, sia per gli strumenti utilizzati e comunemente definiti di *soft law* (esemplificativamente: sollecitazioni, decisioni del Consiglio, raccomandazioni, piani di azioni...), sia per i contenuti⁷² «... non era affatto scontato che la molestia dovesse e potesse essere qualificata "comunque" come discriminazione fondata sul genere...»⁷³.

70 Le cause significative sono: *Stauder*, causa 29/69, in *Racc.*, 1969, 419; *Internazionale Handelsgesellschaft*, causa 11/70, in *Racc.*, 1970, 1125; *Nold*, causa 4/73, in *Racc.*, 1974, 491; *Hauer*, causa 44/79, in *Racc.*, 1979, 3727; *Rutili*, causa 36/75, in *Racc.*, 1975, 1219; *Razzouk e Beydoun*, causa 117/82, in *Racc.*, 1984, 1509.

71 La definizione di molestia ambientale si trova nelle *Guidelines* emanate nel 1980 dall'*Equal Employment Opportunities Commission*. La Corte Suprema degli Stati Uniti, successivamente, con la sentenza *Meritor Savings Bank, FSB vs. Vinson et alii*, (40 EDP, 36, 159 (SCt, 1986)), ha riconosciuto tutelabile in giudizio la molestia sessuale ambientale ai sensi del titolo VII del *Civil Rights Act*.

72 Nella Dichiarazione del Consiglio del 19 dicembre 1991 "Relativa all'applicazione della raccomandazione della Commissione sulla tutela della dignità delle donne e degli uomini nel mondo del lavoro, compreso il codice di condotta volto a combattere le molestie sessuali", in *G.U. n. C 027 del 04/02/1992*, si legge che «... è opportuno intensificare e aumentare gli sforzi già compiuti per promuovere l'integrazione delle donne nel mercato del lavoro; che le molestie sessuali costituiscono un problema grave per molte donne che lavorano nella Comunità e ostacolano la loro piena integrazione nella vita attiva...». L'intervento più incisivo risale, però, al 1991 e, precisamente, alla Raccomandazione n. 92/131 del 27 novembre 1991 in cui è allegato il codice di condotta sui provvedimenti da adottare nella lotta alle molestie sessuali che contiene una definizione di molestia sessuale comprensiva di «ogni comportamento indesiderato a connotazione sessuale o qualsiasi altro comportamento basato sul sesso che offenda la dignità degli uomini e delle donne nel mondo del lavoro, ivi inclusi atteggiamenti malaccettati di tipo fisico, verbale o non verbale». Nozione poi ripresa dalle direttive nn. 43 e 78 del 2000, che definiscono le molestie nel quadro della lotta alle discriminazioni.

73 DE SIMONE, *La nozione di discriminazione diretta e indiretta*, estratto da *Le Nuove L. Civ. Comm.*, a cura di Barbera, Padova, 2003, 733; l'Autrice cita Pietro Ichino il quale, in relazione alla menzionata Raccomandazione, commentava che «quando la molestia sessuale assume il carattere del comportamento discriminatorio imputabile

In Italia è il contesto sociale, i movimenti di tante associazioni e la contrattazione collettiva nazionale che hanno dato una spinta efficace ed un concreto impulso alla regolamentazione delle molestie e, in particolare, alle molestie sessuali, cercando di sopperire alla lentezza dell'attività del legislatore.

È, infatti, nel 1990 che nel CCNL Metalmeccanici, viene introdotta, per la prima volta, la definizione di molestia sessuale; si legge, all'art. 16 – Disciplina aziendale – Doveri, 5° comma, che «Verranno evitati comportamenti importuni, offensivi e insistenti deliberatamente riferiti alla condizione sessuale che abbiano la conseguenza di determinare una situazione di rilevante disagio della persona cui sono rivolti anche al fine di subordinare all'accettazione o al rifiuto di tali comportamenti la modifica delle sue condizioni di lavoro»⁷⁴.

Come si può notare la nozione è ancora acerba, anche se viene chiaramente evidenziata la rilevanza da dare alla ricaduta della condotta molesta nella sfera soggettiva del destinatario; è, però, ancora lontana dal qualificare il comportamento sia in relazione all'effetto di violare la dignità della persona, sia come fattore discriminante; si intravede, comunque, un primo germe funzionale ad individuare il concetto di molestia ambientale.

La nozione di molestia, a livello normativo, non si formalizza in alcun testo di legge, anche se ciò era sembrato possibile, poiché il 26 settembre 1995 il Senato, nel corso della XII Legislatura, aveva approvato un disegno di legge recante il titolo "Norme per la tutela della dignità e libertà della persona che lavora, contro le molestie sessuali nei luoghi di lavoro" in cui si dava una puntuale definizione

al datore di lavoro, pure soltanto per il suo atteggiamento di tolleranza in proposito, deve considerarsi esperibile da parte della persona offesa anche la tutela cautelare speciale di cui all'art. 15 della l. 9 dicembre 1977, n. 903».

74 Da allora la clausola relativa alle molestie si ritrova più frequentemente menzionata nei contratti collettivi anche se le molestie non sempre vengono nominate esplicitamente e viene operato un generico riferimento a norme comportamentali. Tra i contratti in cui più esplicitamente fanno riferimento al fenomeno delle molestie si segnalano: CCNL Federmeccanica- Assital, 1991; CCNL Imprese Artigiane Grafiche, 1993, art. 44; CCNL Poste, 1994; CCNL Alimentaristi, 1995; CCNL Tessili Abbigliamento, 1995, Protocollo n. 10; CCNL ANIA, 1996, art. 23. Contratti in cui, invece, si fa genericamente riferimento al fenomeno delle molestie sono: CCNL Associazione Casse di Risparmio Italiane (Agri Assicredito), 1994, art. XX; CCNL Ceramica e Abrasivi, 1994, art. 48; CCNL Chimici, 1994, art. 48; CCNL Industria Dolciaria, 1994, art. 49; CCNL Industria Vetro, 1994, art. 65; CCNL Settore Conciario, 1994, art. 49; CCNL Terziario, Distribuzione e Servizi, 1991, art. 3; CCNL Gomma Plastica, 1996, art. 55. Nella contrattazione del pubblico impiego le molestie sessuali vengono inserite nelle norme disciplinari e, quindi, CCNL Enti Locali, 1994, art. 25; CCNL Comparto Autonomie Locali, 1995, art. 25; CCNL Comparto Enti Pubblici non Economici, 1995, art. 28; CCNL Comparto Ministeri, 1995, art. 25; CCNL Parastato, 1995, art. 258; CCNL Sanità Pubblica, 1995, art. 30.

di molestia sessuale⁷⁵, probabilmente più completa di come si è concretizzato il successivo intervento delle direttive comunitarie anche perché veniva dato risalto ed impulso all'informazione, alla formazione ed alla prevenzione. Il concetto di molestia si espandeva nella direzione di considerare rilevante la "percezione", "secondo ragionevolezza", che l'atto o il comportamento, anche verbale, arrecavano nella vittima un'offesa alla sua dignità; la ragionevolezza vista, quindi, come un «un filtro tra il fatto e la percezione della vittima di molestia»⁷⁶.

L'intervento normativo era, quindi, orientato per incidere ed intervenire dinamicamente sia dal punto di vista sociale che culturale a tutela di un modello di vita occupazionale in cui i lavoratori e le lavoratrici fossero liberi/e di assumere le proprie determinazioni e conservare un "ruolo attivo" nel luogo di lavoro senza patire condotte qualificabili come discriminatorie.

È però solo con l'art. 13 del Trattato dell'Unione Europea⁷⁷ in cui fu statuito che il Consiglio «... può prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali» che è stata impressa una forte accelerazione alla normazione del diritto antidiscriminatorio; in essa è ampliata la platea dell'umanità coinvolta, rendendola pressoché universale nell'inclusione dei soggetti qualificati socialmente "deboli"; sono aumentate le aspettative dei destinatari.

Dopo soli diciotto mesi venivano adottate, in rapida successione, quelle che sono state definite le "Direttive di seconda generazione" o "**art. 13 Directives**" e, quindi, la Direttiva 2000/43, del 29 giugno del 2000, che attua il principio della parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, la cui tutela è estesa, oltre all'occupazione, agli ambiti della formazione, dell'istru-

⁷⁵ All'art. 1 sono definite le Molestie sessuali; si legge «1. Ai fini della presente legge, costituisce molestia sessuale ogni atto o comportamento, anche verbale, a connotazione sessuale o comunque basato sul sesso, che sia indesiderato e che, di per sé ovvero per la sua insistenza, sia percepibile, secondo ragionevolezza, come arrecante offesa alla dignità e libertà della persona che lo subisce, ovvero sia suscettibile di creare un clima di intimidazione nei suoi confronti.

2. Assumono particolare rilevanza le molestie sessuali che esplicitamente o implicitamente siano accompagnate da minacce o ricatti da parte del datore di lavoro o dei superiori gerarchici in relazione alla costituzione, allo svolgimento ed alla estinzione del rapporto di lavoro.

3. Costituiscono comportamenti discriminatori ai sensi dell'articolo 4, commi 1 e 2, della legge 10 aprile 1991, n. 125, le molestie che influiscono sulle decisioni inerenti alla costituzione, svolgimento o estinzione del rapporto di lavoro». Il testo è stato approvato come d.d.l. S38 dal Senato il 23 aprile 1998.

⁷⁶ CALAFÀ, *Discriminazioni e molestie: il recepimento italiano della direttiva 2002/73*, *Studium Iuris*, vol. 12, 841-846.

⁷⁷ Il Trattato fu firmato ad Amsterdam il 2 ottobre 1997 e fu recepito dal Parlamento Italiano con l. 16 giugno 1998, n. 209.

zione, della sicurezza sociale, dell'assistenza sanitaria, dell'alloggio e dell'accesso ai servizi; la Direttiva 2000/78, del 27 novembre 2000, che introduce delle norme quadro "per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro", indipendentemente da motivi di religione o convinzioni personali, handicap, età o tendenze sessuali; la Direttiva 2002/73, del 23 settembre 2002, che modifica la Direttiva 76/207/CEE del Consiglio relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento tra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro; la Direttiva 2004/113 del 13 dicembre 2004, che attua il principio della parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura⁷⁸; la Direttiva 2006/54, del 5 luglio 2006, "per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro", unica ancora non fatta propria dall'ordinamento italiano.

Il recepimento delle Direttive citate, con mandato vincolante per gli Stati Membri, ha comportato che le molestie poste in essere per ragioni connesse al sesso (o per gli altri fattori differenziali) e le molestie sessuali venissero riconosciute a pieno titolo come condotte discriminatorie e ad esse fosse applicata la tutela della normativa antidiscriminatoria.

Il 26 aprile 2007, infine, le parti sociali europee (CES, BUSINESSEUROPE, CEEP ed UEAPME) hanno siglato il "*Framework Agreement on Harassment and Violence at Work*" al fine di prevenire e gestire situazioni di molestia sessuale e di violenza fisica sul luogo di lavoro⁷⁹.

Un primo intervento normativo per la prevenzione che ha imposto ai datori di lavoro di avere condotte adeguate al fine di evitare il verificarsi o il reiterarsi di rischi connessi alle differenze di genere, e tra questi rientrano sicuramente i rischi di patologie legate alle molestie ed alle molestie sessuali, si è avuto con la previsione dell'art.28 del d.lgs. 81/2008,⁸⁰ T.U. in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro.

78 La direttiva è stata attuata con il d.lgs. 6 novembre 2007, n. 196, che ha aggiunto il Titolo II 2-bis al d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198, il *Codice delle pari opportunità tra uomo e donna*.

79 Secondo l' accordo quadro sulla molestie e la violenza sul posto di lavoro le imprese stabilite in Europa dovranno adottare una politica di tolleranza zero in relazione a tali comportamenti ed organizzare procedure per regolare eventuali casi di molestia e di violenza. L'accordo europeo in questione condanna ogni forma di molestia e di violenza e sottolinea l'obbligo che hanno i datori di lavoro di proteggere i lavoratori dipendenti contro simili situazioni. Si tratta del terzo accordo quadro "autonomo" sottoscritto dalle parti sociali, dopo quello sul telelavoro (2002) e quello sullo stress legato al lavoro (2004).

80 L'art.28 prevede l'obbligo di valutare tutti i rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori <<ivi compresi quelli riguardanti gruppi di lavoratori esposti a rischi particolari, tra cui quelli collegati allo stress lavoro-correlato, secondo i contenuti dell'accordo europeo dell'8 ottobre 2004, alle differenze di genere....>>.

Numerosi datori di lavoro, per ottemperare, nell'ambito di una logica di valorizzazione dei principi di responsabilità sociale, hanno iniziato ad introdurre regolamenti o codici di condotta.

Con il d.lgs. 5/2010, giunto **a conclusione del faticoso percorso di recepimento della Direttiva 2006/54/CE**, è stato dato riconoscimento alla politica di prevenzione delle discriminazioni già intrapresa e che coinvolgeva a pieno titolo gli interlocutori sociali; si legge, infatti, nell'aggiunto art. 50-*bis* - Prevenzione delle discriminazioni, che << I contratti collettivi possono prevedere misure specifiche, ivi compresi codici di condotta, linee guida e buone prassi, per prevenire tutte le forme di discriminazione sessuale e, in particolare, le molestie e le molestie sessuali nel luogo del lavoro, nelle condizioni di lavoro, nonché nella formazione e crescita professionale.>>.

, che ha interessato, però, Infine, ma il solo per il settore pubblico, è avvenuto con l'art.21 della l.183/2010, nota come 'Collegato Lavoro' è stata, che ha previsto la costituzione del 'Comitato unico di garanzia per le pari opportunità, la valorizzazione del benessere di chi lavora e contro le discriminazioni'; il neo comitato ingloba le competenze dei comitati pari opportunità e dei comitati paritetici sul fenomeno del *mobbing*, con compiti propositivi, consultivi e di verifica al fine di contrastare <<qualsiasi forma di discriminazione e di violenza morale o psichica per i lavoratori>>.

2. Ricostruzione ed analisi delle molestie e delle molestie sessuali nell'ambito del diritto antidiscriminatorio

La storia della tutela della dignità della persona, come sopra si è visto, è stata coerente ed è stata parallela con l'attuazione dell'altro principio fondamentale europeo della parità di trattamento fra uomini e donne e, per entrambi, il legislatore si è affidato alla protezione fornita dal diritto antidiscriminatorio.

Si è assistito con le direttive di nuova generazione ad un intervento mirato ad attività di definizione delle fattispecie di discriminazione che sono anche contemporaneamente divenute sempre più omogenee; rimangono, anche proprio in ragione del fattore di diversità e dell'ambito di rischio da tutelare, distanze sul versante delle eccezioni ammesse.

In attuazione della Direttiva 2002/73/CE, con il d.lgs. n. 145/2005, sono state introdotte nell'ordinamento italiano le nozioni di molestia e di molestia sessuale; nozioni che sono, poi, state ritrasposte nell'art. 26, rispettivamente al 1° ed al 2° i comma del d.lgs. n. 198/2006.

Premessa la definitiva riconduzione delle molestie e delle molestie sessuali a fattispecie di discriminazione, le definizioni della Direttiva hanno subito modifiche nella fase del recepimento, come è evidente da una lettura sinottica delle stesse.

Per la Direttiva «molestie: situazione nella quale si verifica un comportamento indesiderato connesso al sesso di una persona avente lo scopo o l'effetto di violare la dignità di tale persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante umiliante od offensivo»; nella norma italiana citata si legge, invece, che «...molestie, ovvero quei comportamenti indesiderati, posti in essere per ragioni connesse al sesso, aventi lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una lavoratrice o di un lavoratore e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante o offensivo».

Per la Direttiva «molestie sessuali: situazione nella quale si verifica un comportamento indesiderato a connotazione sessuale, espresso in forma fisica verbale o non verbale, avente lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona, in particolare creando un clima intimidatorio, ostile, degradante umiliante od offensivo»; nella norma italiana citata si legge, invece, che «...molestie sessuali, ovvero quei comportamenti indesiderati a connotazione sessuale, espressi in forma fisica, verbale o non verbale, aventi lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una lavoratrice o di un lavoratore e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante o offensivo»⁸¹.

Primo *step* di analisi è capire cosa esattamente significhi e cosa comporti aver indicato che le molestie e le molestie sessuali sono considerate come discriminazioni di genere; secondo *step* sarà valutare la rilevanza o la mera oziosità di doverle sussumere nell'ambito della nozione di discriminazione diretta e/o indiretta.

L'operazione di equiparazione delle molestie e delle molestie sessuali alle discriminazioni non è stata letta ed interpretata dalla dottrina in termini univoci.

Secondo alcuni autori la riconduzione di siffatte condotte alle discriminazioni

81 Le definizioni della Direttiva sono frutto del recepimento di emendamenti forniti con la *“Raccomandazione per la seconda lettura”* della Commissione per i diritti della donna e le pari opportunità, del 17 ottobre 2001, rel. Hautala H.N. Prima del recepimento le molestie e le molestie sessuali erano definite in un unico paragrafo e si leggeva che «Le molestie sono considerate discriminazioni ai sensi del 1° comma (che dà la definizione di discriminazione diretta) in presenza di un comportamento indesiderato connesso al sesso di una persona avente lo scopo o l'effetto di violare la dignità di tale persona e di creare un clima, intimidatorio, ostile, degradante, umiliante od offensivo. Le molestie sessuali, che si manifestano attraverso un comportamento indesiderato a connotazione sessuale, espresso in forma fisica, verbale o non verbale, costituiscono una forma specifica di molestie». Nella Raccomandazione le definizioni venivano così riscritte «molestie: situazione nella quale si verifica un comportamento indesiderato connesso al sesso di una persona, al momento dell'accesso o sul luogo di lavoro, impiego o formazione avente lo scopo o l'effetto di violare la dignità di tale persona e di creare un clima, intimidatorio, ostile, degradante, umiliante od offensivo»; mentre «molestie sessuali: situazione nella quale si verifica un comportamento a connotazione sessuale (è assente il requisito dell'indesideratezza), espresso in forma fisica, verbale o non verbale, di cui l'agente è consapevole o che ha l'obbligo giuridico di conoscere, avente lo scopo o l'effetto di violare la dignità di tale persona e di creare un clima, intimidatorio, ostile, degradante, umiliante, offensivo o sgradevole».

ha avuto il pregevole effetto di non averne ristretto e svuotato il significato per leggerle, in termini riduttivi, solo come discriminazioni; la tecnica di scrittura normativa adottata ha, in definitiva, tutelato la peculiarità, la portata sostanziale del concetto, senza operare, quindi, un totale ribaltamento e/o soppressione delle tutele già apprestate dall'ordinamento che, pertanto, sono state mantenute e possono essere alternativamente utilizzate⁸².

Altra autorevole posizione dottrinale ha, invece, ritenuto, che nella declinazione della definizione, aver scritto che le molestie "sono considerate" discriminazioni invece di scrivere "sono" discriminazioni costituisce semplicemente un «... modo diverso di dire la stessa cosa...», pur nella divergenza del linguaggio giuridico rispetto alla logica⁸³, con la conseguenza che saranno applicabili solo le tutele appositamente apprestate.

In realtà, la prima posizione interpretativa, oltre ad essere opportunisticamente più vantaggiosa (anche se, probabilmente, rimane il rischio latente che le tutele apprestate dal diritto antidiscriminatorio continuino a rimanere ancora largamente inutilizzate e non conosciute; rimangano di nicchia, appannaggio di pochi operatori del diritto) è più attinente all'interpretazione della volontà e finalità del legislatore.

L'interprete è vincolato e parte, prioritariamente, da quel che resta scritto sulla carta, dal "significato proprio delle parole secondo la connessione di esse", *ex art. 12, disp. prel. c.c.*, e, solo successivamente, in via residuale, procede all'indagine primaria di quella che è stata la finalità che voleva perseguire il legislatore.

Ciò si impone secondo l'insegnamento della Suprema Corte per cui «...il criterio di interpretazione teleologica, previsto dall'art. 12 preleggi, può prevalere sull'interpretazione letterale soltanto ove quest'ultima dia luogo ad un effetto incompatibile con il sistema normativo e non un effetto meramente inadatto alla finalità pratica cui la norma è intesa»⁸⁴.

82 DE SIMONE, *La nozione di discriminazione diretta e indiretta*, cit., 734; IZZI, *Parità tra uomini e donne nel lavoro: recepita la direttiva Ce*, in *DPLav*, 2005, 2072; pur con qualche distinguo, cfr.: LAZZERONI, *Molestie e molestie sessuali*, in *Il Nuovo Diritto Antidiscriminatorio*, a cura di Barbera, Milano, 2007, 400.

83 BARBERA, *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, in *Dir. lav. e relaz. ind.*, 2003, 413. Condividendo ed, appunto, criticando l'opera normativa di «...contaminazione fra la nozione di molestia sessuale e il divieto di molestia sessuale, e il tema della discriminazione...» si v.: DEL PUNTA., in *Atti del Convegno "Una Nuova Stagione per le Pari Opportunità"*, Firenze, 31.10.2003.

84 Cass., 23.5.2005, n. 10874; si v.: Cass., 16.10.1975, n. 3359; Cass., 13.11.1979, n. 5901; Cass., 11.1.1983, n. 190; Cass., 6.8.1984, n. 4631; ed ancora, significativamente «Il criterio di interpretazione teologica, previsto dall'art. 12 delle preleggi, può assumere rilievo prevalente rispetto all'interpretazione letterale soltanto nel caso, eccezionale, in cui l'effetto giuridico risultante dalla formulazione della disposizione di legge sia incompatibile con il sistema normativo; non è infatti consentito all'inter-

Il linguaggio, nella fattispecie, non ha tradito né è incoerente con la *ratio legis* la quale aveva l'obiettivo della tutela della dignità e del rispetto della persona.

Il principio di parità di trattamento fra uomini e donne e le tutele apprestate dal diritto antidiscriminatorio declinano efficacemente tale obiettivo.

Aver pensato, però, di mantenere spazi anche per ulteriori tutele che hanno avuto o potrebbero avere una ricaduta non effimera, non restringere il campo di intervento contro condotte illecite che si presentano particolarmente odiose, ha il pregevole effetto di amplificare le possibilità di intervento nelle politiche sociali al fine di garantire il rispetto della dignità della persona; non sembra meritevole, quindi, di una trattazione critica né, sicuramente, può giustificare e legittimare un'interpretazione *contra litteram* l'operazione di equivalenza del legislatore.

La particolarità e specificità delle molestie e delle molestie sessuali si ripresenta puntualmente quando ci si ponga l'obiettivo di spiegare se esse costituiscano discriminazioni dirette e/o indirette.

Significativa, si ritiene, la circostanza che in sede di conclusiva stesura delle definizioni della Direttiva sia stata recepita la raccomandazione della Commissione per i diritti della donna e le pari opportunità di cassare l'inciso di considerare le molestie e le molestie sessuali discriminazioni dirette (v. nota 13).

Il senso dell'assenza è intuitivo e logico sia per quanto sopra detto sia sulla base della definizione ed interpretazione corrente del concetto di discriminazione diretta.

Non esiste praticamente discussione in dottrina e giurisprudenza sul fatto che la comparazione sia necessaria per valutare l'esistenza di una discriminazione diretta⁸⁵.

È stato scritto che «Tecnicamente si può parlare di discriminazione solo quando la differenza di trattamento è prodotta rispetto a situazioni comparabili e giudicate simili, oppure quando a situazioni oggettivamente diverse è praticato un trattamento identico»⁸⁶.

prete correggere la norma, nel significato tecnico giuridico proprio delle espressioni che la compongono, nell'ipotesi in cui ritenga che l'effetto giuridico che ne deriva sia solo inadatto rispetto alla finalità pratica cui la norma è intesa» Cass., sez. lav., 13.4.1996, n. 3495.

85 Ai sensi dell'art. 251° comma, del d.lgs. n. 198/2006, «Costituisce discriminazione diretta, ai sensi del presente titolo, qualsiasi atto, patto o comportamento che produca un effetto pregiudizievole discriminando le lavoratrici o i lavoratori in ragione del loro sesso e, comunque, il trattamento meno favorevole rispetto a quello di un'altra lavoratrice o di un altro lavoratore in situazione analoga».

86 FAVILLI, *La nozione di discriminazione fra normativa comunitaria e leggi italiane*, in *Il Codice delle Pari opportunità*, a cura di De Marzo, Milano, 2007, 138; si v. anche GUAGLIANONE, *Le discriminazioni basate sul genere*, in *Il Nuovo Diritto Antidiscriminatorio*, cit., 261 e ss.; DE SIMONE, *La nozione di discriminazione diretta e indiretta*, cit., 731. Per una ricostruzione che va nel senso di una comparazione «... non in via assoluta ma di norma...» IZZI, *Discriminazioni senza comparazione? Ap-*

Il fulcro del concetto è anche esplicitato nella Direttiva 2002/73/CE, Considerando 10, in cui, in sintonia con il cammino della giurisprudenza della Corte di Giustizia, che richiama, «...una discriminazione consiste nell'applicazione di norme diverse a situazioni comparabili o nell'applicazione della stessa norma a situazioni diverse»⁸⁷.

È da escludere per le molestie e le molestie sessuali qualunque rapporto di comparazione poiché nella definizione data dal legislatore manca il richiamo al *tertium comparationis*; emerge dal dettato normativo unicamente la rilevanza negativa, per chi è vittima, dell'indesideratezza della condotta del soggetto agente nei suoi confronti.

Nel panorama europeo dell'intervento nel lavoro e nel sociale, in coerenza all'impegno di disegnare tutele più incisive per favorire un ingresso a pieno titolo nel patrimonio di diritti della persona il diritto alla dignità, ciò che rileva è l'atto posto in essere per ragioni connesse al sesso o a connotazione sessuale che è lesivo in sé di tali principi.

È stato significativamente detto che «*harassment in fact does not require a comparison, but rather focuses on the violation of the dignity of a person*»⁸⁸; ma è anche, altrettanto, significativamente vero che è impossibile la comparazione poiché la definizione di molestia non è tipicamente riconducibile alla nozione di discriminazione, è ad essa solo equiparata al fine dell'estensione delle tutele.

Altrettanto impossibile e/o improbabile ricondurre le molestie e le molestie sessuali nell'ambito delle discriminazioni indirette⁸⁹.

Ciò perché anche in questo caso ci si scontra con la necessità della comparazione, che per le molestie e le molestie sessuali non esiste, ma il percorso interpretativo trova anche ulteriori difficoltà.

La definizione di discriminazione indiretta, infatti, «... ricomprende quei trattamenti formalmente neutri (cioè uguali), dai quali derivano conseguenze diseguali e pregiudizievoli per omessa considerazione delle disparità fattuali (ambientali, culturali ecc.) che corrono tra appartenenti a gruppi sociali diversi ... la neutra-

punti sulle direttive comunitarie di seconda generazione, in *Dir. lav. e relaz. ind.*, 2003, 423.

87 La Direttiva richiama in nota (1) le decisioni: Causa C-394/96 *Brown*, in *Racc.* 1988, I-4185; Causa C-342/93 *Gillespie*, in *Racc.* 1996, I-475.

88 BARBERA, *Not the Same? The Judicial Role in the New Anti-discrimination Law Context*, in *Industrial Law Journal*, 2002, 90.

89 Ai sensi dell'art. 25, 2° comma, del d.lgs. n. 198/2006, «Si ha discriminazione indiretta, ai sensi del presente titolo, quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri mettono o possono mettere i lavoratori di un determinato sesso in una posizione di particolare svantaggio rispetto a lavoratori dell'altro sesso, salvo che riguardino requisiti essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa, purché l'obiettivo sia legittimo e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari».

lità (omessa considerazione dei fattori differenzianti) si risolve nella negazione di “pari opportunità”: e cioè in un effetto di disparità fondato – in via indiretta – su un fattore vietato...»⁹⁰.

Ma l’indesideratezza del comportamento molesto «... mal si concilia con la “neutralità” (anche se solo apparente) della “disposizione, del criterio, della prassi, dell’atto, del patto o (proprio: ndr) del comportamento” di cui alle definizioni di discriminazione indiretta presenti nei criteri attuativi»⁹¹; è evidente, poi, che se la condotta è indesiderata per chi la subisce essa, oltre a non essere mai neutra, sarà illecita, ma, soprattutto, non sarà mai giustificabile, come non sono mai giustificabili unicamente le discriminazioni dirette.

3. Concetto di molestie e molestie sessuali e funzione economico sociale demandata alla tutela da tali condotte

Punto di partenza e di analisi di entrambe le fattispecie, sia nella definizione comunitaria che nella norma italiana di recepimento, è l’interpretazione di cosa si debba intendere per “comportamento indesiderato”.

Si può subito constatare che si sia fuggiti da una concezione tendente ad oggettivare il comportamento vietato, dal dare una qualificazione e definizione analitica di condotte indesiderate; si potranno, così, prendere in considerazione tutta una serie di atteggiamenti diversi; tutti quelli, cioè, che diventano inaccettabili qualora essi siano sgraditi da chi li subisce.

Il parametro di riferimento dell’indesideratezza diviene la percezione soggettiva della vittima delle molestie che le metabolizza come condotte lesive della sua dignità⁹².

È stato criticato lo spostamento dell’attenzione unicamente al punto di vista o, meglio, alla prospettiva di chi subisce la condotta senza la mediazione di un criterio interpretativo, in qualche misura oggettivo, del comportamento del soggetto agente come poteva essere il parametro di ragionevolezza; ragionevolezza intesa << come filtro tra il fatto e la percezione della vittima di molestia>>⁹³

Ma anche l’introduzione di un termine di raffronto di questo tipo avrebbe aperto, come fu affermato «...la strada a una miriade di possibilità interpretative, occorrerà verificare in che modo questa ragionevolezza si formi, in relazione alle circo-

90 BALLESTRERO, *A proposito di eguaglianza e diritto del lavoro*, in *Lavoro e dir.*, 1992, 584.

91 LAZZERONI, *Molestie e molestie sessuali*, cit., 403.

92 BARBERA, *Molestie sessuali: la tutela della dignità*, in *Dir. e prat. lav.*, 1992, 1403.

93 CALAFA', *Pari opportunità e divieti di discriminazioni*, in *Leggi civ. Comm.*, 2010, 568.

stanze, al contesto lavorativo, in relazione a codici di comportamento sociale, ma non possono essere certamente questi, sono codici condivisi da entrambi i sessi, perché poi le percezioni possono essere anche molto diverse...»^{94, 95}.

D'altra parte «La democrazia è fondata sugli individui, non sulla massa... La democrazia esige che le identità particolari siano ininfluenti rispetto alla pari partecipazione alla vita sociale; esige in breve di essere potenzialmente multi-identitaria...»⁹⁶.

Ove si perseguano, quindi, i principi primari che sorreggono la democrazia, quale il rispetto della dignità dell'individuo, la sua tutela dalle condotte moleste non può essere affidato a parametri di mediazione in cui la figura dell'individuo scemi a vantaggio di modelli sociali di comportamento⁹⁷.

La fuga dallo stereotipo ha allargato la portata contenutistica della norma; la finalità del legislatore è stata, indubbiamente, quindi, quella di ampliare lo spettro applicativo a più situazioni di condotte indesiderate, a tutte le condotte giudicate indesiderate da chi le subisce, proprio anche in ragione del fatto, si ribadisce, che l'interpretazione della disposizione non offre possibilità e spazi a termini di paragone.

Diversa la radice dei comportamenti indesiderati per le molestie e le molestie sessuali; per le prime essi sono posti in essere per «ragioni connesse al sesso» nelle seconde essi si concretizzano «a connotazione sessuale, espressi in forma fisica, verbale o non verbale».

Nelle molestie, quindi, per la lettura della dottrina prevalente, il sesso delle vittime è il movente della condotta⁹⁸, mentre nelle molestie sessuali la sfera sessuale

94 SCARPONI, *Il concetto di molestie*, in *Convegno "Lavoro molestato: molestie sessuali e mobbing"*, Trento, 27.10.2000.

95 Cfr.: IZZI, *Molestie sessuali e rapporti di lavoro*, in *Lavoro e dir.*, 1995, 304. L'Autrice scriveva, infatti, «Quanti criticano l'adozione del punto di vista della *reasonable person* ritengono che, al di là della sua apparente neutralità, questo finisca in realtà con il ricalcare gli stereotipi maschili di percezione e di giudizio e, comunque, col trascurare sistematicamente le esperienze che le donne vivono come gruppo, nel loro insieme. Anziché compiere scelte che indirettamente rafforzano le tendenze alla discriminazione tra i sessi sarebbe opportuno considerare la matrice sociale del problema: accogliere lo *standard* della *reasonable woman* significherebbe anche, col tempo, educare gli uomini a capire quali condotte offendono le persone dell'altro sesso...» e cita, al riguardo, «...la sentenza *Ellison v. Brady*, 924 F2d (CA-9 1991), 55 EPD, 40, 520».

96 ZAGREBELSKY, *Imparare la democrazia*, Roma, 2005, 27, 34.

97 *Contra*: REGOLO, *La tutela contro le molestie sessuali nel diritto del lavoro statunitense e comunitario*, in *RIDL*, 1995, 198; LENSÌ, *Le molestie negli ambienti di lavoro*, in *Il Codice delle Pari opportunità*, op. cit., 183.

98 IZZI, *Brevi osservazioni sulla direttiva comunitaria del 23 settembre 2002, n. 73, di modifica della direttiva 76/207 sulla parità di trattamento tra uomini e donne nell'accesso al lavoro, nella formazione e promozione professionale e nelle condizioni di*

assume rilievo come modalità attuativa della condotta.

Qualche autore ritiene che le due tipologie si distinguano, invece, sulla base di un giudizio soggettivo, di «un giudizio più di qualità che di quantità, in ogni caso con la ricerca dell'interno volere»⁹⁹.

Detta interpretazione, è, però, da escludersi perché, oltre a porsi in evidente contrasto con la definizione comunitaria, avrebbe, in termini processuali e pratici, solo ricadute negative.

Nel contenuto della definizione di molestia della direttiva comunitaria è specificato, infatti, che è «il comportamento (e non la sua ragione) ad essere connesso al sesso...», senza, quindi, riferimento alcuno a motivazioni soggettive dell'agente. Se, poi, si interpreta la precisazione, scritta in sede di trasposizione, che i comportamenti indesiderati debbono venire posti in essere per «ragioni connesse al sesso», mettendo, quindi, in risalto il movente, si avrebbe subito come conseguenza immediata e diretta quella del ridimensionamento della fattispecie, si avrebbe «... la "ragione" non nel senso di "base", *ground*, ma invece nel senso di motivo, in chiave dunque di intento soggettivo, ovvero di intenzionalità»¹⁰⁰, con la conseguenza di gravare di maggiori e difficili oneri probatori chi ritiene di esserne vittima, dovendo provarsi anche l'intenzionalità, e andando, quindi, in direzione opposta alla normativa processuale dettata nel senso dell'agevolazione e semplificazione dell'onere probatorio per il vessato.

L'intenzionalità dell'agente, invece, non può che rimanere in ombra, come elemento puramente accidentale¹⁰¹.

La dinamica interpretativa delle due fattispecie, in realtà, non può prescindere unicamente dal fatto che le condotte siano indesiderate dal soggetto passivo che le subisce; le condotte, poi, comunque si qualificano, e unicamente in questo si differenziano, per finalità o modalità attuative, hanno, comunque, l'effetto di ledere la dignità della vittima indipendentemente dall'intenzionalità dell'agente e dal grado di intensità con cui essa si manifesta.

Suggerisce un interrogativo ed impone una riflessione, per la ricostruzione delle fattispecie e comprenderne le ricadute di effetti, la circostanza che mentre nella definizione della direttiva il comportamento indesiderato viola la dignità di una

lavoro, in *www.cgil.it*, cit., 2072; DENTAMARO, *Parità di trattamento uomo-donna e tutela sostanziale contro le discriminazioni nella direttiva 2002/73/CE*, in *LG*, 2004, 333; BONARDI, *Attuata la direttiva comunitaria 73/2002/CE. Le novità in materia di discriminazioni e molestie sessuali*, in *Note infor.*, 2005, n. 34.

99 MISCIONE, *Una forma sempre attuale di discriminazione: le molestie sessuali*, in *DPLav*, 2005, n. 25.

100 DE SIMONE, *Le molestie di genere e le molestie sessuali dopo la direttiva Ce2002/73*, in *RIDL*, 2004, 415.

101 PIZZOFRATO, *Molestie sessuali sul lavoro. Fattispecie giuridica e tecniche di tutela*, Padova, 2000.

“persona” in sede di trasposizione nell’ordinamento italiano il comportamento indesiderato viola la dignità di una lavoratrice o di un lavoratore. Lo spettro letterale del termine persona è sicuramente più ampio ed adeguato a rafforzare la volontà di tutela dall’offensività delle molestie e delle molestie sessuali; la traduzione di persona in lavoratrice/lavoratore non si ritiene, però, intenzionalmente dettato da volontà riduttiva a «che la lesione della dignità debba essere fornita *non* in rapporto al singolo come tale *bensì* quale esercente una specifica funzione nel contesto economico-social-produttivo di riferimento»¹⁰²; l’uso di un termine più riduttivo e specifico si è sicuramente proposto per la logica di aver voluto qualificare il soggetto vittima in ragione del contenuto oggettivo di quello che è l’ambito applicativo della direttiva e, quindi, la sfera strettamente lavorativa.

Solo per le molestie sessuali il legislatore ha focalizzato le modalità espressive dei comportamenti indesiderati indicando che essi si possono esprimere «in forma fisica, verbale o non verbale»; in quest’ultima forma comportamentale si è letta l’inclusione della molestia ambientale¹⁰³.

In un quadro che può ritenersi riassuntivamente esaustivo si esemplificano ed includono i più frequenti comportamenti molesti in queste tipologie:

- “molestia verbale”: apprezzamenti verbali, scherzi pesanti o umilianti, insulti, proposte indecenti ecc.¹⁰⁴;
- “molestia relazionale”: richieste esplicite e implicite di rapporti sessuali;
- “molestia visiva”: esposizione di oggetti e messaggi a chiaro contenuto sessuale;
- “molestia fisica”: contatti intenzionali con il corpo o parti del corpo femminile^{105, 106}.

102 LAZZERONI, *Molestie e molestie sessuali*, cit., 395; l’Autrice confuta una lettura riduttiva della norma tale da giungere a «ritenere molestie solo le condotte che abbiano una specifica attinenza con la prestazione lavorativa e quindi solo quelle che coinvolgano il soggetto/vittima nella sua veste di lavoratore o lavoratrice».

103 DE SIMONE, *Le molestie di genere e le molestie sessuali dopo la direttiva Ce2002/73*, cit., 416.

104 Trib. Milano, 3.11.2009, n.4478; confermata da App. Milano, 20.12.2010, n.1044.

105 VENTIMIGLIA, *Nelle segrete stanze. Violenze alle donne tra silenzi e testimonianze*, Milano, 1996. Nel testo è riportata una ricerca condotta a Modena, in collaborazione con il Coordinamento femminile della CGIL di Modena e la Fiom regionale dell’Emilia Romagna; RUBINSTEIN - DE VRIES, *Guida pratica per l’attuazione del Codice di Condotta*, in *Documentazione sui materiali informativi, formativi e normativi sulle molestie sessuali*, Roma 1993.

106 Nella “*Relazione annuale sulle pari opportunità per le donne e gli uomini nell’Unione europea 2002*” (COM(2003) 98), veniva riportata la seguente casistica «In Francia, ad esempio, la Corte di Cassazione, (Soc. 5 marzo 2002 *société Luisiane v. Alsaz* RJS 5/02- n. 528 p. 411) ha confermato la decisione di un datore di lavoro di licenziare per molestie sessuali il responsabile del servizio medico dell’impresa. In Spagna il *Tribunal di Justicial di Castilla y León* (sentenza del 30 maggio 2002) ha dichiarato un sindaco colpevole dell’offesa di molestia sessuale

La violenza è sempre molestia e la violenza è sempre reato (artt. 609 *bis* a 609 *nonies* c.p.; artt. 660, 572 c.p. o altro)¹⁰⁷¹⁰⁸.

Con l'art. 8 *quater*, del d.l. 8.4.2008, n. 59, convertito in l. n. 101/2008, è stato recepito dall'ordinamento italiano che anche l'ordine di discriminare è comportamento vessatorio.

L'aspetto finale negativo di dette condotte è l'espropriazione dell'interesse della persona-vittima a svolgere un'attività, costituisce la negazione dei principio sancito dall'art. 2 Cost. poiché esse hanno lo «... scopo o l'effetto di violare la dignità ...»; di converso, dal lato datoriale, fallisce il semplice ordinario potere/dovere di creare le condizioni perché la prestazione sia eseguibile dal prestatore nel normale rapporto di lavoro.

Il valore della dignità umana, cui si aggiunge quello dell'autonomia della persona, la quale <<...impone che i singoli siano in grado di determinare e condurre la propria esistenza attraverso una serie successiva di scelte tra diverse opzioni. L'esercizio dell'autonomia presuppone che alle persone sia data una gamma di opzioni entro le quali scegliere. Quando ci si comporta come agenti autonomi e si decide come condurre la propria vita, allora si concretizzano l'integrità della persona, il senso di dignità e il rispetto per se stessi » (punto 9 delle conclusioni dell'Avvocato generale *Pojares Moduro*), sono pilastri di una recente decisione, conosciuta come sentenza *Coleman*, della Corte di Giustizia in cui si affronta il concetto di molestia.¹⁰⁹

È estremamente rilevante capire, infine, quando la fattispecie discriminatoria

nei confronti di un consigliere all'interno del municipio, infliggendogli una forte ammenda. In Austria, la Corte costituzionale (*Verfassungsgerichtshof* 26.11.2002, B 2212/00) ha confermato una decisione del ministero del lavoro, della salute e degli affari sociali, in virtù della quale l'*ex* responsabile di un istituto di ricerca federale è stato trasferito ad un altro posto (di livello inferiore), perché aveva sottoposto molte delle sue subalterne a molestie sessuali verbali. Infine, in Irlanda, in seguito alla relazione redatta da un comitato consultivo esterno, la strategia interna delle forze armate dovrà essere modificata per rimediare al livello elevato di molestie al loro interno».

107 Cass., 5.6.2008, n. 27469.

108 Cass.pen., 8.3.2010, n.9225, nella decisione è stato stabilito che le molestie sessuali perpetrate da un superiore gerarchico nei confronti delle subordinate costituiscono violenza privatya ex art. 610 c.p.

109 C.Giust. CE, 17.7.2008, C – 303/06. La decisione è rilevante anche perché aggiunge nel linguaggio degli operatori del diritto antidiscriminatorio anche la nozione di «discriminazione per associazione», intesa nel senso di discriminazione che si estende a includere anche la persona che non ha tra le sue caratteristiche il fattore di rischio, ma è in relazione diretta con una persona che ha queste caratteristiche e subisce per questo conseguenze negative nel rapporto di lavoro. « non soffre un torto essa stessa, ma diventa anche lo strumento attraverso il quale viene lesa la dignità della persona appartenente ad una categoria sospetta » (punto 13 delle Conclusioni dell'Avvocato generale).

possa ritenersi compiutamente integrata.

Nella formulazione letteraria dell'art. 26 del d.lgs. n. 198/2006 il legislatore italiano ha, infatti, recepito la disposizione comunitaria in termini difformi; ciò, perché, il comportamento indesiderato, al fine di integrare la fattispecie di molestia o molestia sessuale, sembra doversi collegare al fatto che, contestualmente, in ambito aziendale, si realizzi un clima ostile, degradante, umiliante o offensivo per il vessato.

La condotta indesiderata ed il clima aziendale sembrano, quindi, entrambe porsi, nella norma italiana di recepimento, a livello di condizioni essenziali per la maturazione della vessazione e non quali condizioni alternative per la realizzazione della fattispecie, come si evince dalla disposizione comunitaria.

Detta interpretazione non può essere percorribile poiché, oltre, ancora, ad aggravare di oneri probatori la vittima, arriverebbe ad escludere tutte quelle fattispecie in cui, pur in presenza di gravi forme di molestia sessuale, non ricorre ugualmente anche l'ipotesi di un clima aziendale negativo per il soggetto vessato.

Con una recente decisione della Corte di Cassazione¹¹⁰ sembra accolta l'interpretazione estensiva della norma.

La Corte, infatti, ha focalizzato e dato rilievo unicamente alla condotta molesta in sé considerata che, se pur concretizzatasi in comportamenti grossolani, era percepita in ambito lavorativo, oggettivamente, di attitudine gravemente offensiva e lesiva della dignità della persona vessata e, tali, quindi, da far venire meno, irrimediabilmente, l'elemento fiduciario del rapporto di lavoro, legittimando il provvedimento datoriale adottato di licenziamento.

Di nessun rilievo, poi, per la Corte la circostanza che la persona vittima delle molestie «...aveva potuto "efficacemente" respingere le *avances* ricevute, che il ruolo di superiore gerarchico della stessa donna "la poneva al riparo dal timore che i rifiuti opposti potessero arrecare pregiudizi alla sua posizione lavorativa", che la condotta molesta posta in essere con modalità definite dalla sentenza impugnata infantili e maldestre escludeva per ciò stesso gravi ripercussioni nel contesto lavorativo, e così, a tale riguardo, anche la accertata patologia di esso ricorrente, ben nota nell'ambiente di lavoro...»; non è in rilievo il punto di vista soggettivo della vittima, la sua percezione del comportamento molesto, la circostanza dell'indesideratezza della condotta di chi subisce la condotta molesta.

Incontra l'interesse della Corte che la condotta del vessatore abbia creato un clima aziendale offensivo e degradante. Ciò, quindi, induce a ritenere che il Supremo Collegio ritenga, così come la dottrina maggioritaria¹¹¹, che la fattispecie discri-

110 Cass., 20.3.2007, n. 6621.

111 MISCIONE, *Una forma sempre attuale di discriminazione: le molestie sessuali*, op. cit.; critico per il collegamento dell'indesideratezza del comportamento molesto alla creazione di un clima lavorativo intimidatorio, ostile, degradante, umiliante o offensivo con la congiunzione 'e': DEL PUNTA, *Diritti della persona e contratto di*

minatoria della molestia sessuale si concretizzi sia per la violazione della dignità del vessato sia per la creazione di un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante o offensivo, in termini alternativo, e, non, quindi, unicamente quando coesistono entrambe le condizioni, come indica la lettura testuale della norma, evitando, conseguentemente, un irrigidimento del sistema.

Si può ritenere, solo così, tradotto il prevalere della finalità della funzione sociale di tutelare la persona circolarmente sia quando l'individuo, soggettivamente, si senta oggetto di condotte indesiderate sia quando, oggettivamente, emergano in ambito lavorativo condotte vessatorie nei suoi confronti che, per ipotesi limite e scolastica, potrebbero neppure essere avvertite come tali dalla vittima ma solo dai colleghi di lavoro e dalla parte datoriale.

D'altra parte la normativa sulle molestie e le molestie sessuali è, nella sua concretizzazione pratica, attuazione delle obbligazioni indisponibili, intrasmissibili, irrinunciabili, inviolabili¹¹² e, quindi, non oggetto di revisione costituzionale, che scaturiscono dall'art. 2 Cost., nella sua accezione di norma di apertura¹¹³ che consente di attribuire rilevanza giuridica a diritti naturali e a valori di libertà personali anche non ancora fatti propri dalla Costituzione ma che sono riconosciuti come patrimonio della coscienza sociale e dall'evoluzione del costume, attraverso la dottrina e la giurisprudenza.

La lettura a spettro inclusivo di tutte le possibili fattispecie in cui la persona in ambito lavorativo possa essere violata nella sua integrità si impone, quindi, da una lettura costituzionalmente orientata della norma.

Con l'inserimento, infine, del comma 2 bis nell'art. 26 del d.lgs. 5/2010, il legislatore è intervenuto aggiungendo il richiamo mancante ai trattamenti ritorsivi: « sono altresì considerati come discriminazione i trattamenti meno favorevoli subiti da una lavoratrice o da un lavoratore per il fatto di aver rifiutato i comportamenti di cui ai commi 1 e 2 o di essersi sottomessi ».

Sulla norma si conviene che la centralità della questione <<...che sta « a monte »

lavoro, in *Dir. lav. relaz. ind.*, 2006, 219; propensa ad un'interpretazione estensiva della norma e, pertanto, a leggere come alternative le condizioni: LAZZERONI, *Molestie e molestie sessuali*, cit.

112 C. Cost., 23.7.1991, n. 366; in sede di Assemblea costituente i diritti inviolabili dell'uomo, poi riconosciuti e garantiti dall'art. 2 Cost., furono considerati come preesistenti allo stesso ordinamento costituzionale, in quanto « inerenti alla natura spirituale dell'uomo » e non sopprimibili « neanche dalla maggioranza e neanche dalla unanimità dei consociati »; sono stati definiti « patrimonio irretrattabile della persona umana »: C.Cost., 15.7.1983, n. 252.

113 C. Cost., 18.12.1987, n. 561. Nella citata decisione è detto, fra l'altro che « Essendo la sessualità uno degli essenziali modi di espressione della persona umana, il diritto di disporne liberamente è senza dubbio un diritto soggettivo assoluto, che va ricompreso tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione ed inquadrato tra i diritti inviolabili della persona umana che l'art. 2 Cost. impone di garantire »; cfr.: BARBERA A. - FUSARO, *Corso di diritto pubblico*, Bologna, 2004.

dell'art. 41 *bis* [...] è se la parità di trattamento possa essere ripristinata indifferentemente « al rialzo » o « al ribasso », attribuendo cioè al discriminato che non ha, o togliendo al « privilegiato » che ha...>>¹¹⁴

4. L'inversione dell' onere della prova

L'analisi sistematica della normativa sopra svolta sarà di ausilio per comprendere quali sono gli oneri probatori che incombono alla parte.

Sulla base dell'art. 40 del d.lgs. n. 198/2006 «Quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico ... idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso, spetta al convenuto l'onere della prova sull'insussistenza della discriminazione».

In relazione all'art. 19 della Direttiva 2006/54/CE «1. Gli Stati membri, secondo i loro sistemi giudiziari, adottano i provvedimenti necessari affinché spetti alla parte convenuta provare l'insussistenza della violazione del principio della parità di trattamento ove chi si ritiene leso dalla mancata osservanza nei propri confronti di tale principio abbia prodotto dinanzi ad un organo giurisdizionale, ovvero dinanzi ad un altro organo competente, elementi di fatto in base ai quali si possa presumere che ci sia stata discriminazione diretta o indiretta. 2. Il paragrafo 1 non osta a che gli Stati membri impongano un regime probatorio più favorevole alla parte attrice».

Legittimo chiedersi su chi debba, da ultimo, gravare l'onere probatorio.

Si ritiene doveroso appuntare alcuni rilievi.

In tema da responsabilità extracontrattuale la prova può essere data anche per presunzioni che rivestano rigorosamente i caratteri di cui all'art. 2729 c.c.¹¹⁵. Nell'ambito delle violazioni delle obbligazioni scaturenti dal contratto di lavoro se è pur vero che spetta, *in primis*, al datore di lavoro dimostrare di avere adottato tutte le misure necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale del

114 GUARISO, *Il Codice delle pari opportunità dopo il recepimento della dir. 2006/54/CE: profili processuali*, in *Leggi civ.comm.*, 2010, 594. L'autore cita il caso del *bonus bebè* previsto da Comune di Brescia solo per i cittadini italiani; dopo che l'amministrazione fu soccombente nel giudizio promosso dai cittadini stranieri che ritenevano il provvedimento discriminatorio nei loro riguardi il Comune (s.v. Trib. Brescia 26 gennaio 2009, in *Riv. critica dir. Lav.*, 2009, p. 277) revocò il beneficio a tutti ma, <<Convenuto in giudizio nuovamente proprio ai sensi dell'art. 4 *bisd.* lgs. n. 215/03 (il cui tenore è identico all'art. 41 *bis*, qui in esame) si è visto condannare, sia in primo grado, sia in sede di reclamo, a ripristinare il *bonus bebè* per tutti, proprio in forza del divieto di arrecare un pregiudizio a italiani e stranieri quale conseguenza della azione giudiziaria intrapresa con successo da questi ultimi>>.

115 Cass., S.U., 11.1.2008, n. 582.

lavoratore, art. 1218 c.c.¹¹⁶, è pur vero che può risultare logicamente e giuridicamente difficile ascrivere al datore una condotta molesta posta in essere, p.es., da suoi dipendenti, specialmente ove egli provi di avere esercitato una effettiva, se pur generica, vigilanza sull'ambiente di lavoro; e sarà tanto più difficile quanto più subdola e occulta sia la molestia.

Al soggetto che si ritiene leso, e, ove fosse e/o si ritenesse necessario il ricorso all'art. 2729 c.c., ricadrà l'onere di indicare in maniera specifica il tipo di danno che assume di aver subito ed a fornire la prova dei pregiudizi da tale tipo di danno in concreto scaturiti e del nesso di causalità con l'inadempimento, prova che costituisce presupposto indispensabile per procedere ad una sua valutazione¹¹⁷; ciò pur avendo la Corte di Cassazione in precedenza statuito che «nelle controversie assoggettate al rito del lavoro, ai sensi dell'art. 421, 2° comma, c.p.c., sono ammesse le prove anche al di fuori dei limiti stabiliti dal codice civile non solo con gli artt. 2721, 2722 e 2723, ma anche dello specifico limite ex art. 1417 in tema di simulazione (Cass. 28.10.1989, n. 4525; Cass. 17.7.1993, n. 7944; Cass. 7.10.1994, n. 8229), affermazione questa che, formulata per la prova testimoniale contro il contenuto di una scrittura privata, va ritenuta valida anche per le presunzioni, che, per l'art. 2729 c.c., incontrano gli stessi limiti previsti per la prova per testi»¹¹⁸.

L'art. 40 del d.lgs. n. 198/2006 chiede al ricorrente, che deduce di essere vessato, di fornire elementi di fatto idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori; la presunzione ivi descritta non richiama, quindi, esattamente il disposto dell'art. 2729 c.c. per il quale il giudice «... non deve ammettere che presunzioni gravi, precise e concordanti»¹¹⁹.

116 Cass., S.U., 30.10.2001, n. 13533.

117 Cass., 6.12.2005, n. 26666.

118 Cass., 16.6.1995, n. 6828.

119 BARBERA, *La nozione di discriminazione*, estratto da *Nuove leggi civili e commentate*, a cura di Ballestrero - Treu, *Azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro*, Padova, 1994, 63; l'Autrice parla di «un meccanismo ibrido, che mutua dalla presunzione semplice tanto l'atipicità del fatto indiziante quanto il necessario apprezzamento da parte dell'interprete dei nessi eziologici inferenziali che legano il fatto noto a quello presunto; dalla presunzione relativa deriva la semplificazione del carico probatorio e l'effetto di invertire l'onere della prova (nel senso di rischio della mancata prova) a carico del soggetto contro cui opera la presunzione»; CARINCI M.T., *Il bossing fra inadempimento dell'obbligo di sicurezza, divieti di discriminazione e abuso di diritto*, in *RIDL*, 2007, 2, 133, aderisce alla tesi dottrinale di introduzione di «una presunzione legale relativa, con una parziale inversione dell'onere della prova a favore del lavoratore»; per l'Autrice, poi, «L'inversione parziale dell'onere della prova... risulta inapplicabile alle "molestie" intese come condotte materiali. Senza contare che la casistica dimostra che le "molestie" non sono comportamenti seriali o di gruppo, ma sono dirette a colpire un singolo

Il legislatore italiano quando ha voluto che gli elementi di fatto, per essere processualmente rilevanti, dovessero rivestire i caratteri di cui all'art. 2729 c.c. l'ha espressamente enunciato in base al principio per cui *ubi lex voluit dixit*; al riguardo, all'art. 44, 9° comma, del t.u. sull'immigrazione si legge che «Il giudice valuta i fatti dedotti nei limiti di cui all'articolo 2729, primo comma, del codice civile»; il richiamo alla norma codicistica c'è, poi, nei successivi d.lgs. n. 215/2003 e n. 216/2003, nonché nella l. n. 67/2006.

Si ritiene rilevante sottolineare che il legislatore aveva piena consapevolezza, con le sopra enunciate disposizioni, di non stare predisponendo un regime probatorio conforme alla direttiva comunitaria; esso, infatti, giudicò la previsione di una radicale inversione dell'onere della prova «non strettamente conforme ai principi del nostro ordinamento giuridico», e, quindi, valutò giustificato e corretto optare «più genericamente, per un regime di prova presuntiva per il quale non vi è una vera e propria inversione dei carichi probatori, ma semplicemente un principio di favore per la parte debole che agisce in giudizio: a fronte di elementi di fatto idonei a fondare in termini precisi e concordanti la presunzione dell'esistenza di atti o comportamenti discriminatori, il convenuto viene onerato della prova liberatoria circa l'insussistenza della discriminazione», come si legge nella relazione di accompagnamento governativa.

Contro lo Stato Italiano la Comunità Europea ha, però, poi, aperto procedimenti di infrazione relativamente al d.lgs. n. 215/2003 ed al d.lgs. n. 216/2003, rispettivamente n. 2005/2358 e n. 2006/2441, che hanno costretto il legislatore a modificare, fra l'altro, anche le norme sull'onere probatorio; l'art. 4, 3° comma, del d.lgs. n. 215/2003 è divenuto di contenuto analogo all'art. 40 del d.lgs. n. 198/2006 mentre non è stato, invece, sostanzialmente immutato l'art. 4 del d.lgs. n. 215/2003 per cui non si ritiene che possa essere archiviato il procedimento di infrazione da parte della Comunità¹²⁰.

individuo, un certo lavoratore o una ben individuata lavoratrice e che dunque non sarà possibile – qui – fornire la prova statistica relativa all'impatto differenziato su gruppi di lavoratori, è chiaro che le molestie, come fatti storici, dovranno essere oggetto di prova diretta con i mezzi consueti, a cominciare da quello testimoniale, mentre non ha nessun senso chiedere al datore, come a chiunque altro, di dare la prova di non aver posto in essere alcuna molestia»; la giustificazione offerta all'inapplicabilità appare carente considerato che l'utilizzabilità del metodo statistico a fini probatori non è esaustiva (la norma parla della possibilità di utilizzare «anche» dati statistici) ed ha senso chiedere al datore di lavoro di giustificare determinate condotte quale potrebbe essere la distribuzione e/o affissione di materiale pornografico in azienda; in giurisprudenza, *contra*, Pret. Milano, 27.5.1996.

120 Nel d.l. 8.4.2008, n. 59, convertito in l. 6.6.2008, n. 101, all'art. 8-*sexies*, 3° comma, (*Modifiche al decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 215, recante attuazione della direttiva 2000/43/CE per la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica*) si legge che «Quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o compor-

Ogni equiparazione degli “elementi di fatto”, portati a supporto della fattispecie di discriminazione, alla tipologia delle presunzioni *ex art.* 2729 c.c. è scomparsa all’art. 55 *sexies* del d.lgs. 6.11.2007, n. 196 (Attuazione della direttiva 2004/113/CE che attua il principio della parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l’accesso a beni e servizi e la loro fornitura), in cui si legge che «1. Quando il ricorrente, anche nei casi di cui all’articolo 55-*septies*, deduce in giudizio elementi di fatto idonei a presumere la violazione del divieto di cui all’articolo 55-*ter*, spetta al convenuto l’onere di provare che non vi è stata la violazione del medesimo divieto».

Generico, come sopra si è visto, è il contenuto della norma comunitaria sugli oneri probatori; per essa gli elementi di fatto dedotti dal ricorrente sono spogliati da tutti i requisiti richiesti dall’art. 2729 c.c.

Ma, allora, considerato che si deve rendere effettivo ed egemone il principio dell’inversione dell’onere della prova, in linea con la direttiva comunitaria, e che:

- le condotte vessatorie ledono il principio fondamentale dettato dall’art. 2 Cost. volto a garanzia che la persona possa svolgere in termini pieni ed effettivi la propria professionalità nella società e nella comunità di lavoro nonché il rispetto della sua intangibilità;
- la prova del danno non patrimoniale, per tale tipologia di diritti, è ritenuta *in re ipsa*, nel senso che, accertata con elementi di fatto idonei la sussistenza della violazione, derivano, secondo l’*id quod plerumque accidit*, automaticamente, conseguenze pregiudizievoli per il ricorrente¹²¹; potrà essere provveduto ad una

tamenti discriminatori, spetta al convenuto l’onere di provare l’insussistenza della discriminazione»; all’art. 8-*septies*, 4° comma, (Modifiche al decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 216, recante attuazione della direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di trattamento e di condizioni di lavoro) si legge che «Quando il ricorrente fornisce elementi di fatto idonei a fondare, in termini gravi, precisi e concordanti, la presunzione dell’esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori, spetta al convenuto l’onere di provare l’insussistenza della discriminazione».

121 Cass., 31.5.2003, n. 8827; Cass., 31.5.2003, n. 8828. La Corte ha interpretato l’articolo 2059 c.c. nel senso che «il danno non patrimoniale deve essere inteso come categoria ampia, comprensiva di ogni ipotesi in cui sia leso un valore inerente alla persona». Ha ritenuto che una lettura costituzionalmente orientata della norma imponga di ritenere inoperante il limite posto da essa «se la lesione ha riguardato valori della persona costituzionalmente garantiti» ed in particolare «i diritti inviolabili dell’uomo riconosciuti e garantiti dall’articolo 2 della Costituzione». Il sistema è stato razionalizzato da Cass., sez. un., 11.11.2008, n. 26972, in cui si legge che «Il danno non patrimoniale derivante dalla lesione di diritti inviolabili della persona, come tali costituzionalmente garantiti, è risarcibile - sulla base di una interpretazione costituzionalmente orientata dell’art. 2059 c.c. - anche quando non sussiste un fatto-reato, né ricorre alcuna delle altre ipotesi in cui la legge consente espressamente il ristoro dei pregiudizi non patrimoniali, a tre condizioni: a) che l’interesse leso - e non il pregiudizio soffer-

liquidazione equitativa del danno.¹²²

– ciò non potrà non significare che la parte molestata sarà unicamente onerata di produrre in giudizio elementi indiziari sufficienti a rendere attendibile la denunciata supposta disparità di trattamento; non dovrà attrezzarsi ad estendere la prova e al verificarsi del danno nonché al collegamento tra fatto ed evento dannoso. Unicamente accogliendo un sistema probatorio modellato su oneri che gravano soprattutto sulla parte resistente si potrà rendere applicato più efficacemente il principio della parità di trattamento, come indica il Considerando 30 della Direttiva 2006/54/CE, nonché la sua funzione sociale; basteranno, quindi, elementi indiziari sufficienti a rendere attendibile la denunciata supposta disparità di trattamento¹²³.

In questa direzione anche la Suprema Corte che con decisione (s.v. nota 554) ha ritenuto provato in giudizio che la lavoratrice avesse subito molestie sia per le dichiarazioni dalla stessa rese in sede di interrogatorio, ritenute attendibili, sia sulla base di presunzioni semplici costituite da testimonianze <<che avevano riferito di ripetuti comportamenti di molestie sessuali posti in essere dal datore di lavoro nei confronti di altre lavoratrici, valutati come univocamente significativi della veridicità delle denunce della...[omissis]>>.

5. Il sistema sanzionatorio

L'art. 26, 3° comma, del d.lgs. n. 198/2006 sanziona con la nullità ogni atto giuridico, nell'ampia accezione di fatto giuridico integrante un comportamento umano volontario (quindi, atti giuridici in senso stretto e negozi giuridici); i pat-

to - abbia rilevanza costituzionale...; b) che la lesione dell'interesse sia grave, nel senso che l'offesa superi una soglia minima di tollerabilità (in quanto il dovere di solidarietà, di cui all'art. 2 cost., impone a ciascuno di tollerare le minime intrusioni nella propria sfera personale inevitabilmente scaturenti dalla convivenza); c) che il danno non sia futile, vale a dire che non consista in meri disagi o fastidi, ovvero nella lesione di diritti del tutto immaginari, come quello alla qualità della vita od alla felicità>>. Per prime applicazioni pratiche in tema di risarcimento per discriminazione di genere: Trib. Pistoia, 27.10.2005, con nota di Cecconi, in *RCDL*, 2006, 594; Trib. Pistoia, 31.12.2008, in corso di pubblicazione su *RCDL*, 2009 n.564, confermata da App. Firenze, 12.11.2010, n.1450.

122 Cass., 19.5.2010, n. 12318, in *Foro it.* 2010, I, 2018.

123 In Spagna con l. Cost. 22.3.2007, n. 3, all'art. 13 si legge «In conformità con le Leggi procedurali, nei giudizi in cui le dichiarazioni di parte attrice si basino su comportamenti discriminatori e fondati sul sesso, spetterà a parte convenuta provare l'assenza di discriminazione nelle misure adottate e nella proporzionalità delle stesse».

ti, quali accordi negoziali tra due o più persone; i provvedimenti, nel significato più generale del termine, di atto giuridico adottato nell'esercizio di un pubblico potere (di regola nell'ambito di un procedimento), che siano conseguenza del rifiuto o della sottomissione ai comportamenti di molestia o molestia sessuale; considera, poi, «altresì, discriminazioni quei trattamenti sfavorevoli da parte del datore di lavoro che costituiscono una reazione ad un reclamo o ad una azione volta ad ottenere il rispetto del principio di parità di trattamento tra uomini e donne».

La norma impone una riflessione sulla tipologia della nullità, se di tipo assoluto o relativo, e, quindi, conseguentemente, sulla sua rilevabilità d'ufficio nonché sulla legittimazione processuale.

Se è pur vero che lo scopo perseguito dal legislatore è stato, sin dalle origini, quello di predisporre meccanismi regolativi idonei a riequilibrare la posizione negoziale del lavoratore, parte più debole del rapporto, tanto che «quando si afferma che nel diritto del lavoro le norme sono inderogabili, si allude ad un regime giuridico “forte” della disciplina che comporta la sanzione della nullità e la sostituzione automatica delle clausole difformi»¹²⁴, nel nostro Paese, è pacificamente riconosciuto, essere in atto una fase avanzata di transizione, «un fenomeno di slittamento da *hard* a *soft law*» in cui l'inderogabilità della normativa lavoristica «È uno dei principi in discussione, alla luce della rivalutazione della capacità decisionale dei singoli e, di conseguenza, della libertà contrattuale. Si tratta di una prospettiva pericolosa per il diritto del lavoro. La capacità dei singoli va valorizzata, ma dentro a un sistema ordinamentale forte, che non alteri il principio costituzionale di uguaglianza»¹²⁵.

Preso, quindi, realisticamente atto del progressivo venire meno anche della pretesa separazione e incomunicabilità dell'inderogabilità della norma lavoristica e della sua indisponibilità nell'ambito delle manifestazioni dell'autonomia privata¹²⁶,

124 NOVELLA, *Considerazioni sul regime giuridico della norma inderogabile nel diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2003, 512.

125 GOTTARDI, *L'evoluzione del diritto del lavoro e la CSR in Italia e in Europa*, in *Guida critica alla Responsabilità sociale e al governo d'impresa*, a cura di Sacconi, Roma, 2005, cap. 31; DE LUCA TAMAJO, *Evoluzione o sconvolgimento delle regole del lavoro*, in *Il futuro del diritto del lavoro: dall'inderogabilità alla destrutturazione*, a cura di Romeo, in *Dir. lavoro*, 2003, 65 ss.; DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile*, Napoli, 1976, 186 ss., secondo l'Autore il carattere imperativo della norma andrebbe ricercato «non solo nell'esigenza di salvaguardare il lavoratore quale contraente più debole del rapporto e in stato di soggezione rispetto al datore, quanto in quella di attenuarne le disuguaglianze di fatto attraverso un percorso che, valorizzando gli interessi superindividuali e generali della categoria, riconosca in questi il minimum imprescindibile e indismissibile da parte del destinatario della protezione».

126 TULLINI, *Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno*, Giornate di studio A.i.d.la.s.s. «Inderogabilità delle norme e disponibilità

nonché della progressiva introduzione del principio della “semi-imperatività” della norma¹²⁷, ne consegue l’indubbia necessità di fissare il livello minimo e invalicabile rispetto al fenomeno di disapplicazione consentito all’autonomia privata, di individuare il nucleo dei diritti inderogabili/indisponibili idonei ad esprimere il tasso d’imperatività al quale la disciplina protettiva non può rinunciare¹²⁸, di quelli, quindi, più coerenti con i principi costituzionali, comunitari, o di diritto internazionale, cui la norma stessa intenda dare attuazione.

È evidente che entra in discussione la questione politico-normativa dell’imperatività, la giustificazione della *ratio* protettiva, la dimensione teleologica e la finalizzazione alla tutela d’interessi superindividuali.

Conclusivamente, secondo le sollecitazioni che giungono dalla dottrina giuslavoristica quando¹²⁹ «...il limite dell’ordine pubblico venga identificato attraverso il filtro dei principi costituzionali ... il circuito interpretativo si estende sino a ricomprendere le posizioni giuridiche fondamentali del lavoratore, con l’integrazione del catalogo europeo dei diritti sociali e della persona – in base alla conformità ai valori costituzionali e alle tutele fondamentali del lavoro, con il sostegno interpretativo della giurisprudenza costituzionale, elementi che arricchiscono il contenuto cogente della norma lavoristica sino a rafforzarla e farla considerare imperativa, dunque «irretrattabile»¹³⁰.

dei diritti”, Modena 18-19 aprile 2008. L’Autrice, nella sua esposizione rileva che «La ricomposizione più o meno opportunistica del paradigma tentata dal d.lgs. n. 276/2003 – nella logica di sintesi della c.d. “derogabilità assistita” – non cambia né attenua la realtà d’un precetto eteronomo che non può essere violato. E perciò resta intatto, come permane intatta la forza vincolante della norma, che non può essere aggirata o manipolata».

127 DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile*, op. cit., 25 ss., che assume a riferimento «non già gli aspetti contenutistici quanto la tipologia delle relazioni intercorrenti tra l’interesse generale e l’interesse del o dei soggetti cui la norma si rivolge»; FERRARO, *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, Padova. 1981, 216, l’Autore nega il carattere costante di ogni classificazione, che «può storicamente mutare in riferimento al rapporto che viene a istituirsi tra la specifica fonte di produzione normativa e le altre fonti di regolamentazione».

128 DEL PUNTA, *L’economia e le ragioni del diritto del lavoro*, in *Dir. lav. relaz. ind.*, 2001, 3; ICHINO, *Il dialogo tra economia e diritto del lavoro*, in *Dir. lav. relaz. ind.*, 2001, 165.

129 TULLINI, *Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno*, op. cit.

130 Cass., 7.12.2005, n. 26796, parla dell’«esigenza di carattere universale di tutelare i diritti fondamentali dell’uomo o che informano l’intero ordinamento in modo tale che la loro lesione si traduca in uno stravolgimento dell’intero assetto ordinamentale». Cass., 3.4.1999, n. 3233; Cass., 01.06.1995, n. 6113; Cass., 13.3.1992, n. 3093; Cass., 12.9.1991, n. 9540, era operata la tripartizione tra: a) diritti fondamentali della persona, quali ad esempio diritto alla salute, alle ferie, al riposo settimanale, alla retribuzione adeguata alla quantità e qualità del lavoro, alla

Le molestie e le molestie sessuali, secondo la normativa comunitaria, come anche recepita dall'ordinamento italiano, hanno l'effetto di "ledere la dignità" ed il rispetto della dignità della persona è diritto inviolabile¹³¹.

La nullità, quale sanzione del mancato assolvimento di oneri imposti da norme imperative dettate da ragioni di ordine pubblico, c.d. nullità da illiceità, a tutela di interessi superiori, trova disciplina dagli artt. 1418 ss. c.c., e, per essa, si avrà inefficacia definitiva dell'atto, patto o provvedimento, non convalidabilità, imprescrittibilità dell'azione, effetto retroattivo nei confronti delle parti e dei terzi, legittimazione generalizzata all'impugnativa; rilevabilità di ufficio del vizio¹³², sganciamento dal sindacato della sua portata contenutistica da parte della magistratura¹³³, nonché indisponibilità a transigere (art. 1966 c.c.).

D'altra parte, anche le direttive comunitarie, in materia di prescrizioni di sanzioni da irrogare invitano gli stati membri a che esse siano «effettive, proporzionate e dissuasive» e niente di più dissuasivo è rendere le disposizioni privatistiche prive di assoluto rilievo giuridico; rendere la disposizione viziata da nullità le impedisce di nuocere¹³⁴, facendo prevalere un modello di tutela demolitorio piuttosto che

previdenza e assistenza, assolutamente indisponibili in ragione del carattere primario del bene-interesse tutelato, e soggetti al più radicale regime della nullità *ex* art. 1418 c.c.; b) diritti di natura retributiva o risarcitoria (i cosiddetti diritti secondari) connessi alla lesione di diritti primari, per i quali solo opererebbe la speciale tutela *ex* art. 2113 c.c.; c) la restante gamma dei diritti di carattere patrimoniale, pienamente disponibili da parte del lavoratore.

131 Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, art. 1.

132 CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, Milano 1955, 61 ss.; DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Padova, 1999, 102; PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995.

133 Nel senso della rimessione al giudice del compito di accertare e stabilire, ai fini della relativa declaratoria la natura pubblica o privata dell'interesse compromesso dall'autonomia privata e oggetto della norma impositiva, cfr. Cass., S.U., 21.8.1972, n. 2697, secondo la quale «poiché a norma degli artt. 1418, 1419 e 1339 c.c., il contratto è nullo quando è contrario a norma imperativa, salva l'eccezione di una diversa disposizione di legge, allorché si sia in presenza di una norma proibitiva non formalmente perfetta, cioè priva della sanzione di invalidità dell'atto pubblico, occorre specificatamente controllare la natura della disposizione violata per dedurre la invalidità o la semplice irregolarità dell'atto e tale controllo si risolve nella indagine sullo scopo della legge ed in particolare sulla natura della tutela apprestata, se cioè di interesse pubblico o privato senza che soccorra il criterio estrinseco della forma». Analogamente, Cass., 13.5.1979, n. 5311; Cass., 7.3.2001, n. 3272; Cass. 18.7.2003, n. 11256.

134 Si v. l'art. 15 della Direttiva 2000/43/CE; l'art. 17 della Direttiva 2000/78/CE; all'art. 23 della Direttiva 2000/78/CE, 1° comma, lett. b, ancora da recepire, si legge che «le disposizioni contrarie al principio di parità contenute nei contratti individuali o collettivi, nei regolamenti interni delle aziende o nelle regole che disciplinano il lavoro autonomo e le organizzazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro o in qualsiasi altro accordo siano o possano essere dichiarate nulle e prive di

risarcitorio¹³⁵.

L'inclusione del vizio tra le nullità assolute, perché in contrasto con norme imperative inderogabili di ordine pubblico, si impone anche dalla lettura delle norme processuali; significativa la previsione e la struttura dell'azione pubblica da promuovere nelle controversie di carattere collettivo ove, se il giudice accerti la fattispecie discriminatoria, deve essere ordinato «...all'autore della discriminazione di definire un piano di rimozione delle discriminazioni accertate ...» e nella sentenza «...fissa i criteri anche temporali, da osservarsi ai fini della definizione ed attuazione del piano...»; ciò al fine evidente di garantire efficacemente la completa rimozione di situazioni discriminatorie lesive di principi fondanti l'ordinamento e, quindi, il ristabilimento dell'ordine sociale.

Una questione nuova si è aperta in virtù del disposto dell'art. 32 della l.183/2010 che ha introdotto l'obbligatoria impugnazione del licenziamento a tutti i casi di invalidità, pena la decadenza, e l'inefficacia dell'impugnazione ove essa non sia seguita, entro il termine di duecentosettanta giorni, dal deposito del ricorso avanti il giudice del lavoro o dalla richiesta di tentativo di conciliazione o arbitrato.

Secondo prime interpretazioni dottrinali i licenziamenti nulli sono ricompresi nella nuova disciplina <<... quale che siano i vizi dai quali possono essere affetti>>¹³⁶ per cui anche i licenziamenti determinati da ragioni di discriminazione.

La previsione processuale, infine, che il giudice provvede al risarcimento del danno, anche non patrimoniale, solo ove gli sia richiesto¹³⁷, probabilmente può, poi, essere ritenuta comprensibile alla luce dell'indirizzo giurisprudenziale per cui «la regola dell'indisponibilità dei diritti derivanti da norme imperative non può considerarsi indicativa di un'assoluta invalidità degli accordi transattivi o rinunciativi delle pretese (fondamentalmente patrimoniali) che conseguono alla violazione dei primi ... proprio questi ultimi, anche se derivanti, in via mediata e indiretta, da norma inderogabile, possono formare oggetto di una eventuale rinuncia o transazione»¹³⁸; così anche in dottrina, pur ribadendo l'indisponibilità assoluta

effetto oppure siano modificate».

135 CHIECO, *Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione*, in *RIDL*, 2002,113; ROCCELLA, *Sanzioni e rimedi nel diritto comunitario*, in *RIDL*, 1994, 69.

136 IANNIRUBERTO, *Il nuovo regime delle decadenze nell'impugnazione degli atti datoriali*, in *Il Contenzioso del lavoro*, Torino, 2011,226 e ss.; conforme: ZAMBELLI, *Impugnazioni dei licenziamenti e sanzioni per il lavoro a termine*, in *Guida lav.*, ottobre 2010; CENTOFANTI, *Le nuove norme non promulgate di limitazione della tutela giurisdizionale dei lavoratori*, in *Lavoro nella giur.*,2010,329 ss..

137 DE MARZO, *Le disposizioni processuali*, in *Il Codice delle Pari opportunità*, a cura di De Marzo, cit., 374; sulla necessità della domanda di parte l'Autore osserva «Il che potrebbe sembrare superfluo, in considerazione della regola generale di cui all'art. 112 c.p.c., ma non lo è, in tutti i casi nei quali sembra emergere una prospettiva sanzionatoria».

138 Cass. 15 dicembre 1998, n. 12556.

dei diritti personali del lavoratore, per i quali non ci può essere alcun valore di scambio, si riconosce che ciò «non esclude che la violazione degli stessi possa comportare un obbligo di natura risarcitoria; senonché il risarcimento del danno ha natura del tutto distinta ed eterogenea rispetto al diritto tutelato ed è soggetto alla disciplina generale in materia di risarcimento dei danni»¹³⁹.

La possibilità di ottenere il risarcimento rientra nella disponibilità della parte e, quindi, subentra il principio processuale di cui all'art. 112 c.p.c. secondo il quale il giudice deve limitarsi a pronunciare nei limiti delle domande a lui proposte.

6. Il sistema risarcitorio

Con il d.lgs. n. 145/2005 è stata introdotta nel nostro ordinamento la previsione che il soggetto vittima di molestia possa richiedere il risarcimento del danno, anche non patrimoniale.

Il soggetto molestato in ambiente lavorativo ha a sua disposizione la tutela risarcitoria ruotante attorno all'art. 26 del d.lgs. n. 198/2006¹⁴⁰, o, comunque, fondata sulla responsabilità contrattuale del datore di lavoro, radicata, ancora, attorno all'art. 2087 c.c.¹⁴¹ nonché agli artt. 1175 e 1375 c.c. (correttezza e buona fede), e quella generale della tutela aquiliana, sia *ex art.* 2043 c.c. e, quanto a responsabilità del padrone o committente per il fatto dei propri domestici e commessi, *ex art.* 2049 c.c.

È affermazione giurisprudenziale consolidata¹⁴² ritenere i due diversi titoli di responsabilità tra loro concorrenti e sovrapponibili, anche in considerazione dell'«atipicità» della condotta causatrice di danno, quando destinatario della pretesa sia il datore di lavoro e lo stesso fatto sia a lui stesso ascrivibile tanto a titolo di inadempimento contrattuale quanto a titolo di illecito extracontrattuale, in quanto lesivo di un diritto della persona tutelato dall'ordinamento indipendentemente dal rapporto di lavoro.

139 FERRARO, *Rinunzie e transazioni del lavoratore*, in *Enc. giur.*, XXVII, 1991, 4; BIANCA, *Diritto civile: il contratto*, Milano, 2000, 146 ss.

140 DE SIMONE, *Le molestie di genere e le molestie sessuali dopo la direttiva Ce2002/73*, cit., 406; l'Autrice ritiene prevalente la tutela antidiscriminatoria.

141 DEL PUNTA, *Diritti della persona e contratto di lavoro*, cit., 220; in giurisprudenza cfr.: Cass., 17.7.1995, n. 7768; Cass., 18.4.2000, n. 5049; Trib. Pisa, 6.10.2001, in *RCDL*, 2002, 126; Trib. Torino, 1.7.2002, in *Giur. Piemontese*, 2003, 377; Trib. Forlì, 2.3.2006, visibile alla pag. web: http://www.uniurb.it/olympus/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=334; Cass., 20.3.2007, n. 6621.

142 Si v. Cass., 1.2.1995, n. 1168; Cass., 8.4.1995, n. 4078; Cass., 20.1.2000, n. 602; Trib. Forlì, 9.10.2002, in *Lavoro nella giur.*, 2003, 192; Trib. La Spezia, 13.5.2005, in *GI*, 2006, 726.

Competente sarà sempre il giudice del lavoro per le cause riconducibili ai rapporti di cui all'art. 409 c.p.c.

Unicamente nel pubblico impiego non privatizzato si procede ad un distinguo di giurisdizione; la cognizione della domanda rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per la responsabilità contrattuale dell'ente datore di lavoro; se è stata dedotta la responsabilità extracontrattuale, la giurisdizione spetta al giudice ordinario¹⁴³.

Ove, invece, l'azione risarcitoria trovi causa in una condotta posta in essere da colleghi di lavoro, essa poggerà sull'art. 2043 c.c. nella misura in cui la pretesa risarcitoria sia rivolta nei confronti degli autori della vessazione; competente sulla controversia è ancora la magistratura del lavoro pur non costituendo la "*causa petendi*" della pretesa, sempre che la prestazione di lavoro sia presupposto necessario e non occasionale della situazione di fatto in ordine alla quale sia stata invocata la tutela giudiziale¹⁴⁴.

Nella misura in cui, per condotte dei dipendenti, sia chiamato in causa anche il datore di lavoro, per *culpa in eligendo* o *in vigilando*, egli potrà rispondere, ancora, sia a titolo di responsabilità contrattuale che extracontrattuale.

Potranno, infatti, essere addebitati all'imprenditore gli esiti dannosi della condotta molestatrice a titolo di colpa per mancata adozione di cautele doverose, ancora una volta violazione dell'obbligo di protezione previsto dall'art. 2087 c.c., mentre, ove si ponga a suo carico il fatto del dipendente ai sensi dell'art. 2049 c.c. (sull'assunto che lo svolgimento delle mansioni abbia almeno agevolato la condotta dannosa), verranno in rilievo le regole relative alla responsabilità extracontrattuale¹⁴⁵; sarà esente da responsabilità l'imprenditore solo ove il comportamento dannoso perseguito dai domestici e dai commessi sia estraneo alle mansioni affidate ed all'interesse del padrone o committente, e le mansioni affidate non abbiano in alcun modo agevolato la produzione del danno.

La circostanza che dalla condotta vessatoria possano conseguire risarcimenti dei danni patiti oltre che di natura patrimoniale anche non patrimoniale è stata frutto maturo anche di importanti decisioni nel periodo compreso tra il 2003 ed il 2004 della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione¹⁴⁶, tutte emesse sul

¹⁴³ Cass., S.U., 4.3.2008, n. 5785.

¹⁴⁴ Si v. Trib. Milano, 9.5.1998, in *OGL*, 1998, 345 (nella fattispecie, il responsabile di un esercizio commerciale aveva abusato dei poteri gerarchici per recare molestie ad una commessa); Cass., 8.9.1999, n. 9539; Trib. Milano, 4.11.2000, in *OGL*, 2001, 151.

¹⁴⁵ Cass., 7.8.1997, n. 7331; recentemente: Cass., 10.5.2005, n. 9764; Cass., 18.10.2006, n. 22343; Cass., 4.6.2007, n. 12939; Cass., 22.8.2007, n. 17836.

¹⁴⁶ Si v. nota 48; C. Cost. n. 233 dell'11 luglio 2003. Già nella decisione n. 184/1986 la Corte costituzionale aveva affermato a chiare note che «la vigente Costituzione, garantendo principalmente i valori personali, svela che l'art. 2043

tema della responsabilità risarcitoria da atto illecito, che hanno indicato e delineato un nuovo orientamento rispetto al precedente assetto del risarcimento del “danno ingiusto”.

È stata, infatti, accolta una lettura costituzionalmente orientata delle nostre norme codicistiche, dell'art. 2059 c.c. in particolare, per cui il risarcimento è oggi conseguente alla lesione dell'interesse alla bontà o normalità della “qualità della vita”, nei suoi vari aspetti di svolgimento, sia a livello individuale, sia in ambito familiare e sociale.

Con l'invito anche recente della Corte di Cassazione di evitare duplicazioni degli stessi profili risarcitori su uno stesso danno, pur tenendo conto dell'obbligo di liquidare tutto il danno¹⁴⁷, per quanto attiene l'ammontare del *quantum* risarcitorio è significativa l'indicazione data nel Considerando 33 della Direttiva 2006/54/CE, ancora da recepire; si legge, infatti, che «La Corte comporta che il risarcimento del danno riconosciuto in caso di violazione debba essere adeguato al danno subito. È dunque opportuno vietare la fissazione di un massimale a priori per tale risarcimento, fatti salvi i casi in cui il datore di lavoro può dimostrare che l'unico danno subito dall'aspirante a seguito di una discriminazione ai sensi della presente direttiva è costituito dal rifiuto di prendere in considerazione la sua domanda».

L'art. 26 del d.lgs. n. 198/2006 si può dire che abbia operato, praticamente, una ricomposizione-ridefinizione di istituti delle due diverse discipline che, come detto, sono riconosciute sovrapponibili, (ove considerate distintamente) prendendo, quindi, dall'ambito contrattuale il regime probatorio, e dalla tutela aquiliana il risarcimento anche del danno non patrimoniale.

Rimane da definire, nel silenzio della legge, quale possa essere il regime di prescrizione applicabile se quella decennale, per l'azione *ex contractu*, o quella quinquennale per l'azione *ex delicto* o se debba procedersi ad un distinguo per ciascuna voce di danno.

La soluzione si ritiene debba ancora aversi dalla tipologia del diritto leso, che è qualificabile, come sopra si è visto, indisponibile, irrinunciabile e imprescrittibile, e dalla circostanza che l'occasione della violazione ha direttamente origine dallo svolgimento del contratto di lavoro.

La Corte di Cassazione si è pronunciata sull'applicabilità dell'art. 2946 c.c. del

c.c. va posto soprattutto in correlazione agli articoli della Carta fondamentale (che tutela i valori predetti) e che, pertanto, va letto in modo idealmente idoneo a compensare il sacrificio che gli stessi subiscono a causa dell'illecito» (6), «l'art. 2043 c.c. ... deve essere necessariamente esteso a ricomprendere il risarcimento non solo dei danni patrimoniali in senso stretto, ma con eccezione del danno morale, tutti i danni che, almeno potenzialmente, ostacolano le attività realizzatrici della persona umana» (7). Conseguenza di tali pregresse notazioni fu la nascita del c.d. Danno esistenziale.

147 Cass., 30.10.2007, n. 22884.

termine decennale di prescrizione dell'azione risarcitoria conseguente ad una fattispecie di mancata o irregolare contribuzione previdenziale datoriale poiché integrante «un'ipotesi di responsabilità contrattuale, derivante dalla violazione di una specifica ed indisponibile obbligazione imposta dalla legge»¹⁴⁸.

Coerentemente anche per la violazione della norma in esame non potrà non applicarsi analogamente lo stesso principio di diritto.

148 Cass., 15.6.2007, n. 13997.

Capitolo Quarto

IL DIRITTO ANTIDISCRIMINATORIO IN CERCA D'IDENTITÀ: LA RELIGIONE E LE CONVINZIONI PERSONALI NELLA NORMATIVA VIGENTE

di Nicola Fiorita

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi sul diritto antidiscriminatorio. – 2. La religione o le convinzioni personali: l'ambito della tutela. – 3. La nozione di molestie. – 4. Le garanzie processuali (con particolare riferimento all'onere della prova). – 5. Le deroghe (con particolare riferimento alle organizzazioni di tendenza). – 6. La cattiva trasposizione: un primo bilancio. – 7. Il dilemma insoluto, ovvero dell'effettività del diritto antidiscriminatorio. – 8. L'eguaglianza come tutela delle identità e l'identità come neutralizzazione dell'eguaglianza. – 9. La lotta alle discriminazioni e il diritto penale.

1. Cenni introduttivi sul diritto antidiscriminatorio

La lotta contro le discriminazioni di carattere etnico, razziale e religioso è un'acquisizione molto recente dell'ordinamento comunitario e la sua trasposizione giuridica nelle direttive adottate nel 2000 ha generato una svolta salutare che ha posto definitivamente termine all'iniziale sottovalutazione del tema¹⁴⁹.

Va subito precisato che le due direttive cui faccio riferimento – una, la n. 43 del 29 giugno 2000, finalizzata a stabilire un quadro per la lotta alla discriminazione fondata sulla razza o sull'appartenenza etnica ed avente ad oggetto una vasta tipologia di attività e comportamenti; l'altra, la n. 78 del 27 novembre 2000,

149 Cfr. VENTURA, *La laicità nell'Unione europea*, Torino, 2001, 10. Nello stesso senso PACILLO, *Contributo allo studio del diritto di libertà religiosa nel rapporto di lavoro subordinato*, Milano, 2003, 91. Peraltro, come è noto, il diritto antidiscriminatorio proprio fino all'emanazione delle direttive citate si era completamente identificato con le questioni di genere. Cfr. AMATO, *Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione. Riflessioni e prospettive per la società multietnica*, in *Lavoro e diritto*, 1/2003, 127 ss. Sul punto si veda anche COGLIEVINA, *Festività religiose e riposi settimanali. La normativa italiana alla prova del diritto antidiscriminatorio europeo*, in *Laicidad y libertades*, I, 2007, 81 ss.

finalizzata a stabilire una cornice per la lotta alle discriminazioni fondate sulla religione, le convinzioni personali, l'handicap, l'età e le tendenze sessuali ed avente ad oggetto la materia dell'accesso all'occupazione e lo svolgimento del rapporto di lavoro – hanno suscitato in dottrina, sin dalla loro ideazione e predisposizione, una nutrita mole di interrogativi e di perplessità¹⁵⁰ che non è stata certo diradata da quegli interventi normativi, primo fra tutti il recepimento italiano avvenuto attraverso l'emanazione di due distinti decreti legislativi¹⁵¹, che vi hanno fatto seguito. Ma, al di là di tutte le considerazioni critiche che muoveremo nel corso di questo lavoro in merito alla disciplina comunitaria vigente e alla sua controverta attuazione italiana, va preliminarmente segnalata la straordinaria rilevanza di questa stagione riformatrice, direi anzi che va rimarcato con vigore il valore dell'esistenza stessa di questa normativa, specie in un contesto storico che vede riaffiorare istinti privilegiari ed egoismi localistici, quando non anche i mostri del razzismo e della violenza contro ogni tipo di diverso.

Questa epoca di acuta sofferenza per la coesistenza pacifica e per la tolleranza affonda la propria origine in un complesso insieme di fattori che non è possibile indagare in questa sede, ma ha certamente una data simbolica di riferimento, ovvero quell'11 settembre del 2001 con cui, in fin dei conti, ha inizio il nuovo secolo. È a partire da quel momento che la razza ritorna dolorosamente ad occupare uno spazio non secondario della scena pubblica¹⁵² sebbene la sua presenza nei conflitti sociali o nelle politiche securitarie resti spesso occultata dal riferimento ad altri temi. Religione, immigrazione, razza tendono sempre più spesso a venire confusi e annullati nel lessico corrente, pressoché indistinguibili come accade con riferimento alla maggior parte delle vicende che vedono protagonista l'Islam, destinato nelle società occidentali ad intercettare e rappresentare non solo le esigenze religiose dei musulmani praticanti ma anche le istanze di riconoscimento sociale di una parte consistente degli immigrati e a governare l'uscita dall'invisibilità giuridica di interi gruppi etnici¹⁵³. Senza indugiare eccessivamente sulla cronaca quotidiana, o sulle recenti prese di posizione di autorevoli organismi internazio-

150 Si veda, per tutti, BELL – WADDINGTON, *Diversi eppure eguali. Riflessioni sul diverso trattamento delle discriminazioni nella normativa europea in tema di eguaglianza*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 3-4/2003, 373 ss.

151 Anzi, come avremo modo di sottolineare nel prosieguo del contributo, i decreti legislativi nn. 215 e 216 del 2003 non solo hanno accentuato alcune di queste perplessità ma ne hanno anche generate di nuove. Sin da ora mi permetto di rinviare, per ulteriori approfondimenti, a FIORITA, *Le direttive comunitarie in tema di lotta alla discriminazione, la loro tempestiva attuazione e l'eterogenesi dei fini*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2/2004, 361 ss.

152 Sul "ritorno della razza" si veda BALIBAR, *La costruzione del razzismo*, in CASADEI – RE (a cura di), *Differenza razziale, discriminazione e razzismo nelle società multiculturali*, Reggio Emilia, 2007, 51 ss.

153 Cfr. OLIVITO, *Primi spunti di riflessione su multiculturalismo e identità culturali nella prospettiva della vulnerabilità*, in *Politica del diritto*, 1/2007, 71 ss.

nali in ordine al rischio di una deriva xenofoba della legislazione italiana¹⁵⁴, è più che sufficiente ricordare come i conflitti che mescolano elemento religioso, pregiudizio razziale e questioni migratorie siano in continuo e vertiginoso aumento e come essi investano il cuore del dibattito pubblico coinvolgendo di volta in volta, o magari tutte insieme, le parole più abusate (ma anche i più potenti motori di cambiamento sociale) di questo periodo: radici, identità, sicurezza.

Quello che si staglia all'orizzonte è un tempo che divora ansiosamente le conquiste cui è così faticosamente giunta la società occidentale (visivamente incapace di governare in maniera efficace una frammentazione culturale che fa saltare l'idea stessa del bene comune) ed in cui i valori fondamentali appaiono sempre più indecifrabili e svuotati di ogni significato condiviso¹⁵⁵. Ed allora, riaffermare il valore irrinunciabile della lotta contro ogni forma di discriminazione è operazione sociale, prima ancora che giuridica, di non poco momento. Significa in fondo dichiarare la propria appartenenza a quella parte di umanità che si affanna ad abbattere i muri divisorii che altri continuano ad elevare, significa riconoscersi in quel mondo del diritto che lavora incessantemente per opporre il valore dell'uguaglianza a chi riprende a declinare la legge in funzione degli interessi dei gruppi dominanti, magari non più uniti nella vetusta categoria della classe ma pienamente al riparo nei più comodi panni della nazione, della regione, della religione, dell'etnia.

In questo scenario, il diritto, che pure non può rappresentare la formula magica che fa evaporare i conflitti sociali o che elimina ogni sorta di ingiustizia, rappresenta comunque un punto fermo, un solido riferimento da non sottovalutare per la difesa e il rilancio di una più vasta strategia antidiscriminatoria. Peraltro, come è noto, l'insufficienza di un approccio meramente giuridico è consapevolezza acquisita tanto dagli estensori della normativa comunitaria quanto dai suoi principali commentatori, concordi nell'evidenziare come i divieti contenuti nelle direttive debbano concorrere con altre e diverse misure¹⁵⁶ (dallo scambio di informazioni al consolidamento di buone pratiche, dal sostegno dei comportamenti virtuosi all'implementazione della conoscenza¹⁵⁷) per poter efficacemente perseguire lo scopo ultimo della promozione della parità di trattamento.

Abbiamo sin qui trattato due direttive, la n. 43 e la n. 78 del 2000, che per

154 Si veda, in questo senso, la risoluzione del Parlamento europeo, del 10 luglio 2008, sul censimento dei Rom su base etnica in Italia.

155 DE SOUSA SANTOS, *Diritto ed emancipazione sociale*, Città aperta, Troina, 2008, 33.

156 Si veda, per tutti, FAVILLI, *Le misure dell'Unione Europea contro il razzismo e la xenofobia*, in *Differenza razziale, discriminazione e razzismo nelle società multiculturali*, cit., 139.

157 In questo senso si esprime, ad esempio, il Parlamento europeo con la risoluzione del 20 maggio 2008 che può essere letta in www.olir.it.

quanto siano state brillantemente definite come direttive gemelle¹⁵⁸ (presentando larghi tratti comuni ed essendo venute alla luce quasi congiuntamente) restano pur sempre due provvedimenti ben distinti. Gemelli sì, ma eterozigoti potremmo forse aggiungere, posto che sin dal loro concepimento il rispettivo campo di applicazione non coincide, così come diversi sono i motivi di discriminazione da essi considerati¹⁵⁹. Tant'è che questo lavoro, espressamente destinato ad occuparsi della normativa antidiscriminatoria relativa al mero fattore religioso dovrebbe a rigore limitarsi a prendere in considerazione il testo della direttiva n. 78/2000 tralasciando completamente il provvedimento precedente che si occupa solo della razza e dell'appartenenza etnica, se non fosse che i due elementi citati, da sempre abituati a camminare a braccetto¹⁶⁰, ritornano ad essere trattati congiuntamente nella legislazione di attuazione italiana, laddove il decreto legislativo n. 215/2003 parla espressamente (art. 1) dell'esistenza di forma di razzismo a carattere culturale e religioso e fa salvo il disposto dell'art. 43 del Testo unico sull'immigrazione che quei fattori considera unitariamente¹⁶¹ (art. 2).

In sostanza, mi occuperò principalmente della direttiva n. 78/2000 e della sua attuazione, senza però rinunciare ad allargare lo spettro dell'indagine ogni qual volta ciò sembrerà opportuno. Prima di scendere nei dettagli, però, un'ultima considerazione introduttiva: con il passare del tempo e l'esaurirsi della fase di metabolizzazione necessaria per la sistematizzazione delle tante novità che hanno accompagnato l'emanazione del Trattato di Amsterdam e che sono state successivamente indotte da quell'art. 13 che rappresenta la fonte principale dell'intero diritto antidiscriminatorio, appaiono ormai sufficientemente chiari i punti di forza e i punti di debolezza della disciplina vigente. Le innovazioni introdotte in questa stagione del diritto antidiscriminatorio celano ben pochi segreti; risultano estremamente nitide le prospettive che essa ha dispiegato così come sono altrettanto evidenti i nodi irrisolti che la zavorrano. Tutto ciò permette di affermare che esiste un catalogo di problemi ormai classico e consolidato, su cui la dottrina si è espressa ripetutamente raggiungendo posizioni condivise, rispetto alle quali non vi è molto da aggiungere e che mi limiterò pertanto a richiamare brevemente,

158 FAVILLI, *Le misure dell'Unione Europea contro il razzismo e la xenofobia*, cit., 139.

159 La diversità dei campi di applicazione delle due direttive potrebbe essere in futuro superata, se si darà seguito alla recentissima proposta della Commissione europea per un direttiva che estenda ai fattori di discriminazione contemplati nella 2000/78 la medesima protezione prevista nella dir. 2000/43 (proposta n. COM 2008-426, del 2 luglio 2008).

160 Cfr. MARGIOTTA BROGLIO, *Discriminazione razziale e discriminazione religiosa*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2000/1, 277.

161 Pur partendo dalla prospettiva inversa, giunge alle medesime conclusioni GOTTARDI, *Le discriminazioni basate sulla razza e sull'origine etnica*, in BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano, 2007, secondo cui "mentre ci si occupa di discriminazioni di razza, al fondo ci si accorge di ritrovarsi nell'ambito delle discriminazioni per motivi religiosi".

preferendo invece concentrare ogni sforzo sui quei pochi fronti che mi sembrano ancora aperti e incerti. Allo stesso modo, pur non potendo evitare di accennare ad alcuni profili di carattere generale, mi soffermerò principalmente sui punti che coinvolgono l'elemento religioso, cercando di evidenziare le caratteristiche peculiari che connotano la disciplina di contrasto delle discriminazioni poste in essere in ragione dell'appartenenza confessionale.

La Direttiva n. 78/2000, come già anticipato, limita il suo campo di applicazione al mondo del lavoro mentre estende la protezione assicurata dalle sue disposizioni a un numero cospicuo di fattori: non tutti quelli possibili, come si evince da un rapido riferimento alla scelta ancora più estesa che è stata recentemente compiuta dal legislatore sudafricano¹⁶², ma certamente tali da comporre un ventaglio ben più ampio di quelle offerte dall'esperienza pregressa. L'intero provvedimento ruota intorno alla definizione di discriminazione contenuta nell'art. 2. Recependo gli esiti più avanzati della giurisprudenza della Corte di Giustizia¹⁶³, la norma si articola su quattro diverse fattispecie, la discriminazione diretta, la discriminazione indiretta, le molestie¹⁶⁴ e l'ordine di discriminare. Sussiste discriminazione diretta quando, sulla base di uno qualunque dei fattori considerati, una persona è trattata meno favorevolmente di un altro soggetto che si trovi in situazione analoga; si ha discriminazione indiretta, invece, quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in una situazione di particolare svantaggio il soggetto, e sempre che ovviamente questi presenti una delle qualità rilevanti.

Qui pare sufficiente ricordare come queste disposizioni producano un allargamento significativo della tutela antidiscriminatoria, consentendo alla reazione giuridica di operare prescindendo dalla comparazione concreta ed attuale tra il trattamento incriminato e il trattamento riservato ad altro soggetto¹⁶⁵, essendo perciò possibile sanzionare ogni trattamento sfavorevole legato, per quel che ci riguarda, alla religione. L'introduzione della nozione di discriminazione indiretta, che costituisce indubbiamente una delle più significative innovazioni delle direttive in esame, permette poi di aggredire anche le discriminazioni potenziali¹⁶⁶,

162 L'articolo 9 del *Bill of Rights* contenuto nella Costituzione sudafricana del 1997, vieta le discriminazioni con riferimento a "race, genere, sex, pregnancy, marital status, ethnic or social origin, color, sexual orientation, age, disability, religion, conscience, belief, culture, language and birth". Cfr. ONIDA, *Genere e matrimonio nella nuova Repubblica del Sudafrica: uguaglianza e libertà di religione*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1/2008, 319.

163 FAVILLI, *Le misure dell'Unione Europea contro il razzismo e la xenofobia*, cit., 142.

164 Peraltro, nei successivi atti normativi si distingue ulteriormente la molestia dalla molestia sessuale (cfr. ad esempio dir. 2002/73/Ce).

165 CHIECO, *Frantumazione e ricomposizione delle nozioni di discriminazione*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 3/2006, 563.

166 AIMO, *Le discriminazioni basate sulla religione e sulle convinzioni personali*, in BARBERA (a cura

senza che sia necessario che il pregiudizio concreto ed attuale indotto da una misura apparentemente neutra si sia effettivamente consumato¹⁶⁷. Allo stesso modo, tale pregiudizio non deve essere esaminato con riferimento al gruppo (religioso) cui appartiene il singolo¹⁶⁸, giacché esso è giuridicamente rilevante anche qualora venga in rilievo lo svantaggio sofferto dal singolo fedele.

2. La religione o le convinzioni personali: l'ambito della tutela

La religione o le convinzioni personali, trattati congiuntamente nell'elenco dei fattori protetti, introdotto dall'art. 1 della Direttiva n. 78/2000, vengono generalmente presentate come qualità personali consapevolmente assunte dal soggetto, che sceglie di appartenere ad una certa confessione religiosa o di riconoscersi in una determinata credenza e rimane libero di modificare questa decisione in un qualsiasi momento della propria esistenza così come invece non sceglie e non può cambiare la propria età o il proprio genere¹⁶⁹. Si tratta di una ricostruzione che ha il pregio di fornire una solida base teorica alla scelta compiuta dal legislatore comunitario che, a dispetto di quello che era l'assetto precedentemente vigente almeno nel nostro Paese, ha per l'appunto unito due elementi che prima erano disciplinati separatamente. La configurazione della religione e delle convinzioni personali come uniche qualità non naturali oggetto della tutela offerta dalle direttive potrebbe, cioè, giustificare la separazione tra razza e religione, cui si è già fatto riferimento, e la formazione di questo nuovo binomio, con l'emancipazione del fattore "convinzioni personali" dalla ristretta versione delle opinioni sindacali e politiche a cui l'aveva finora costretta la legislazione vigente e la sua collocazione in una più ampia e indefinita prospettiva che permetta di apprezzare e tutelare ogni stile di vita.

Ciò nonostante, questa ricostruzione non convince pienamente e richiede alcune precisazioni. Innanzitutto, mi pare che essa forzi eccessivamente la realtà, essendo

di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, cit., 54.

167 La Corte di Giustizia ha precisato che può sussistere discriminazione anche in assenza di un denunciante identificabile. Nel caso *Feryn*, le dichiarazioni pubbliche rese dal direttore di un'impresa produttrice e installatrice di porte circa l'indisponibilità ad assumere operai «alloctoni» spinge la Corte a riconoscere la sussistenza di una discriminazione - che nella specie assume le sembianze di discriminazione diretta - "in quanto siffatte dichiarazioni sono idonee a dissuadere fortemente determinati candidati dal presentare le proprie candidature e, quindi, a ostacolarne l'accesso al mercato del lavoro" (punto 28, causa C-54/07 del 10 luglio 2008).

168 BARBERA, *Introduzione*, in BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, cit., XX-XIII.

169 AIMO, *op. cit.*, 44. Nello stesso senso MAFFEIS, *La discriminazione religiosa nel contratto*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 2006, I, 62.

agevolmente individuabili ulteriori qualità rilevanti ai fini del diritto antidiscriminatorio che presuppongono o dipendono da una libera scelta del soggetto; penso principalmente all'orientamento sessuale che, come è stato autorevolmente osservato, viene tutelato in quanto esercizio dell'autodeterminazione individuale che ciascuno ha diritto a vedere rispettata¹⁷⁰, ovvero in ragione dell'identità che un soggetto decide in assoluta totale autonomia di assumere.

In secondo luogo, è possibile avanzare qualche dubbio anche sull'altro versante della tesi in oggetto, non apparendo del tutto certo che l'appartenenza religiosa sia sempre e completamente frutto di una libera scelta della persona. Si pensi a quelle religioni che collegano questo dato alla nascita, per cui, ad esempio, è musulmano colui che nasce da padre musulmano ed è ebreo colui che nasce da madre ebrea¹⁷¹. Intendiamoci, nessuno dubita dell'evidenza, ovvero del fatto che sia sempre possibile smettere di riconoscersi in una determinata confessione, ma non è del tutto irrilevante ricordare che questa libertà di cambiare idea e di uscire dalla confessione è fortemente osteggiata in alcuni Paesi musulmani, è vietata dal diritto islamico classico e può ancora comportare in determinati ordinamenti giuridici, come in specifici contesti ambientali, delle gravissime conseguenze di carattere penale o sociale¹⁷². Quello che voglio sostenere è che permangono tuttora dei condizionamenti all'esercizio di questa facoltà della libertà religiosa tali da poter rendere difficoltosa l'uscita dalla religione di appartenenza per quegli immigrati che provengano da Paesi di una determinata area geografica e che magari intendano fare ritorno nel proprio contesto ambientale o comunque mantengano legami affettivi e familiari con la comunità di origine.

Resta poi da verificare quale sia l'effettivo contenuto dei termini "religione" e "convinzioni personali". Delimitare queste nozioni è operazione complessa almeno quanto necessaria, occorrendo garantire la massima tutela degli orientamenti ideologici ma anche evitare che ogni labile sentire personale possa rivendicare l'accesso alla protezione del diritto, rendendo così sostanzialmente impraticabili le misure predisposte a tutela della diversità culturale e religiosa. Già solo il riferimento alla religione ci induce a chiederci se qualsiasi identità e credenza possano aspirare ad una tutela giuridica o se al contrario esse debbano identificarsi con una declinazione collettiva (più o meno estesa) e, ancora, se la protezione possa scattare in presenza di una mera autorappresentazione (individuale o collettiva, a seconda di come si risponderà al primo quesito) o se invece sia opportuno e

170 BARBERA, *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 3-4/2003, 414. Nello stesso senso CALAFÀ, *Le discriminazioni basate sull'orientamento sessuale*, in BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, cit., 171.

171 Sul punto FERRARI, *Lo spirito dei diritti religiosi*, Bologna, 203 ss.

172 TELLENBACH, *L'apostasia nel diritto islamico*, in DAIMON, 1/2001, 53 ss.

possibile introdurre un controllo della dichiarazione, selezionando tra credenze tutelabili e pseudo-credenze irrilevanti per il diritto.

Tra gli altri, due giuslavoriste hanno recentemente provveduto a ricostruire l'ambito della protezione offerta dalla normativa vigente, giungendo a conclusioni non del tutto coincidenti. Secondo Mariapaola Aimo, il riferimento alle convinzioni personali permette di proteggere ogni orientamento del pensiero di un lavoratore, estendendo quindi l'ambito del divieto di discriminazione in maniera significativa¹⁷³ e, potremmo aggiungere, introducendo nei luoghi di lavoro una tutela forte di ogni singola identità individuale. Secondo Maria Paola Monaco, invece, le convinzioni personali non rappresentano una fattispecie autonoma, restando strettamente legate all'elemento religioso¹⁷⁴. La tutela assicurata dalla Direttiva n. 78/2000 risulterebbe estesa fino al punto da coprire ogni convinzione in ambito spirituale, si esprima essa in una credenza nota o in un percorso fideistico originale ed individuale, ma non aprirebbe le porte ai meri orientamenti personali del soggetto.

Questa seconda impostazione, per la verità, appare maggiormente convincente della precedente sotto il profilo logico-giuridico, giacché se pure la tutela di ogni convinzione ideologica del singolo individuo può apparire una grande conquista di civiltà, è pur sempre vero che un'apertura così vasta e incontrollabile potrebbe facilmente accentuare i pericoli di frammentazione dell'ordinamento e di scontro tra infinite tendenze che già indeboliscono le società moderne. Essa però deve cedere il passo una volta che si valuti adeguatamente la presenza di elementi insuperabili e decisivi di segno contrario. In primo luogo, occorre rammentare che il d.lgs. n. 216/2003 che ha dato attuazione alla direttiva comunitaria nel nostro Paese ha confermato la separazione delle due nozioni (art. 1) e assicurato specifica protezione alla religione o a qualsiasi ideologia di altra natura (art. 2, 1° comma, lett. b)¹⁷⁵. Ovviamente potrebbe ritenersi che sotto questo profilo si venga a realizzare un'ipotesi, non certo l'unica e nemmeno la più importante come vedremo in seguito, di recepimento approssimativo e infedele della normativa comunitaria¹⁷⁶, ma occorre considerare che al momento di interpretare l'art. 9

173 AIMO, *Le discriminazioni basate sulla religione e sulle convinzioni personali*, in BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, cit., 46.

174 MONACO, *Intervento in AA.VV., Tra uguaglianza e differenze: il nuovo diritto antidiscriminatorio*, atti del convegno di Firenze del 19 giugno 2006, 34.

175 Allo stesso modo, il legislatore britannico, al momento di recepire la direttiva comunitaria, ha stabilito che il *belief* di cui alla direttiva deve intendersi come una qualsiasi credenza religiosa o filosofica. Cfr. COGLIEVINA, *L'«Equality Act 2006» ed il divieto di discriminazione religiosa*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2/2006, 427.

176 In questo senso sembra orientarsi MONACO, *op. loc. cit.*, a cui non sfugge la scelta del legislatore italiano di considerare separatamente i due termini, che però viene letta alla luce delle opposte intenzioni del legislatore comunitario.

della Convenzione europea sui diritti umani, la Corte Europea ha optato, sin dai primordi della propria giurisprudenza, per un'interpretazione molto ampia del binomio "religion and belief", includendo il pacifismo tra le credenze fondate sulla coscienza e sul pensiero e quindi oggetto di tutela¹⁷⁷. Coerentemente a queste premesse, la Corte ha poi risposto al quesito originato dal rapporto tra le convinzioni protette dall'art. 9 e la più generale libertà di espressione garantita dall'art. 10 della Convenzione, chiarendo che il termine credenza non rimanda ad una qualsiasi opinione ma più precisamente a tutte quelle che siano particolarmente rilevanti per un individuo, tali cioè da condizionarne il sistema di vita o come scrive la Corte, da apparire particolarmente stringenti¹⁷⁸. Tale conclusione è stata successivamente ribadita dalla Corte con una decisione che merita richiamare¹⁷⁹, se non altro perché l'interpretazione di cui abbiamo appena dato conto viene rafforzata attraverso il rinvio all'art. 2 del protocollo addizionale alla CEDU. Anche con riferimento a questa norma, infatti, la giurisprudenza comunitaria ha concordemente convenuto nella scelta di equiparare credenze religiose e credenze di tipo filosofico¹⁸⁰.

Così ricostruito, il legame tra religione e convinzioni personali permette di innalzare il livello di tutela riconosciuto a questo secondo profilo – giungendosi in sostanza a proteggere ogni aspetto della coscienza del lavoratore – ed elimina ogni dubbio sulla tutela di credenze areligiose, antireligiose o non riconducibili ad un pensiero dogmatico organizzato e riconosciuto attraverso qualche forma dall'ordinamento. Nemmeno questa conclusione però può ripristinare un ordine sufficiente in quell'enorme confusione che alberga sotto il cielo della lotta alle discriminazioni per motivi religiosi. Ed infatti, essa può valere solo nel contesto (lavorativo) disciplinato dal decreto n. 216/2003, posto che nel decreto n. 215/2003 sparisce ogni riferimento all'ideologia del soggetto e il suo orientamento religioso viene tutelato in combinato disposto a quello razziale. Ciò produce l'anomala conseguenza che le discriminazioni per motivi religiosi vengono represse in un ambito più esteso di quanto accade per le convinzioni personali, sebbene i due

177 Corte europea dei diritti dell'uomo, Decisione *Arrowsmith v. United Kingdom*, del 12 ottobre 1978.

178 Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza *Campbell v. Cosans*, del 25 febbraio 1982, secondo cui "the word 'convictions' is not synonymous with the word 'opinions' and 'ideas', such as are utilised in the Article 10 of the Convention, which guarantees freedom of expression; it is more akin to the term 'beliefs' ... appearing in Article 9 ... and denotes views that attain a certain level of cogency, seriousness, cohesion and importance".

179 Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza *Hasan and Eylem Zengin v. Turkey*, del 9 ottobre 2007.

180 Cfr., ad esempio, Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*, del 7 dicembre 1976.

elementi risultino oggetto di una disciplina unitaria in ambito comunitario¹⁸¹.

3. La nozione di molestie

Una delle novità più rilevanti della normativa che commentiamo è l'introduzione della fattispecie di molestie, collocata dalla Direttiva n. 78/2000 nell'art. 2, 3° comma, immediatamente dopo il divieto di ogni discriminazione diretta e indiretta. La medesima disposizione lascia ai legislatori nazionali un ampio margine di manovra, attribuendo loro la possibilità di definire, al momento dell'attuazione e all'interno del contesto delineato, cosa si debba intendere per molestie. La nozione proposta dalla direttiva, secondo cui realizza una discriminazione anche ogni comportamento indesiderato – legato ovviamente ai motivi già indicati – che abbia lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona o di creare un clima umiliante od offensivo, va letta infatti accanto al contestuale rinvio alle leggi o alle prassi nazionali.

Questa scelta è stata oggetto di valutazioni diverse da parte della dottrina italiana. Se qualcuno l'ha considerata positivamente¹⁸², non è mancato chi, al contrario, ha scorto nel rinvio al legislatore nazionale i segni di una timidezza dura a morire che avrebbe comportato l'assenza di una definizione legale di molestie nel diritto comunitario antidiscriminatorio, consentendo, in ultima analisi, trasposizioni interne di segno riduttivo¹⁸³. La questione, a ben vedere, può comunque ritenersi sostanzialmente superata, posto che la successiva Direttiva n. 73/2002 nel dettare una definizione legale di molestie sessuali ha introdotto nell'ordinamento comunitario una nozione che, sia pur legata al genere, non potrà essere ignorata dai vari legislatori nazionali e, ancor più, da quello italiano che al momento dell'emanazione del decreto n. 216/2003 non ha inteso sfruttare lo spazio di libertà a propria disposizione e ha preferito riproporre pedissequamente la previsione comunitaria.

Si tratta, va riconosciuto, di un "appiattimento" certamente salutare, giacché ha permesso di introdurre nell'ordinamento italiano una nozione ampia del termine, che non procedendo alla tipizzazione dei comportamenti indesiderati¹⁸⁴ si rivela idonea a reprimere tutte quelle condotte che vengano vissute come molestie dalla

181 CHIECO, *Frantumazione e ricomposizione delle nozioni di discriminazione*, cit., 567.

182 Così, ad esempio, CHIECO, *Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, I, 2002, 93.

183 DE SIMONE, *Le molestie di genere e le molestie sessuali dopo la direttiva CE 2002/73*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, I, 2004, 410.

184 LAZZERONI, *Molestie e molestie sessuali: nozioni, regole, confini*, in BARBERA, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, cit., 382.

parte lesa al di là di ogni intenzione del soggetto che le pone in essere. In sostanza, la nozione di molestie proposta dalla direttiva, e fatta propria dall'ordinamento italiano, esclude la necessità di un giudizio comparativo¹⁸⁵ – per cui il comportamento incriminato viene valutato a prescindere da quello mantenuto nei confronti di uno o più soggetti diversi dalla parte lesa¹⁸⁶ – e soprattutto agevola la vittima al momento di fornire la prova dell'avvenuta molestia, potendo limitarsi a invocare la propria percezione di una condotta che molto facilmente si presenterà con sembianze sfuggenti ed equivoche o si presterà a più letture o magari si frantumerà, nell'ottica difensiva, in una serie di atti apparentemente irrilevanti.

Tale impostazione, che conduce a considerare sufficiente l'indesideratezza di un comportamento per qualificarlo come molestia, non è pacificamente condivisa, giacché secondo alcuni autori essa risentirebbe di una lettura eccessivamente schiacciata sul punto di vista della vittima, avallando una sorta di soggettivismo incontrollabile e finendo con il rimettersi alla mera definizione di chi ritiene di subire una molestia¹⁸⁷. In questo senso, l'indesideratezza della condotta cui fa riferimento la normativa vigente dovrebbe servire allo scopo contrario, ovvero a permettere all'accusato di qualificare come non indesiderato dalla vittima (in quanto gradito o richiesto) un comportamento che altrimenti potrebbe integrare la fattispecie di molestie¹⁸⁸.

Anche in questo caso, la questione perde molto del suo interesse laddove si consideri che il comportamento indesiderato deve comunque, per assurgere alla qualifica di molestia, produrre la lesione della dignità di una persona e la creazione di un clima ostile, degradante, umiliante od offensivo. È bene precisare che queste ultime condizioni sono poste in alternativa dalla disposizione comunitaria, non essendo cioè necessario che il clima sia contemporaneamente umiliante ed offensivo perché si consumi la molestia. Stranamente i decreti che recepiscono le due direttive del 2000 divergevano sul punto, l'uno (il decreto n. 216) riproponendo il testo comunitario e l'altro (il decreto n. 215) modificandolo attraverso l'impercettibile ma significativa sostituzione di una disgiunzione (clima umiliante

185 In proposito BARBERA, *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, in *Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali*, 2003, n. 3-4, 410 ss.

186 Si noti, per inciso, come proprio questa circostanza, escludendo la necessità che la molestia si concretizzi in un trattamento diverso da quello riservato ad altri soggetti, permette di mantenere ferma la differenza teorica tra molestie e mobbing, ipotesi peraltro non coincidenti sotto molti altri profili, dal riferimento obbligatorio della molestia a fattori tipizzati in luogo dell'assenza di caratterizzazioni del mobbing, fino alla potenziale istantaneità della molestia a fronte della necessaria continuità delle condotte che integrano la seconda fattispecie. Sul punto ampiamente LAZZERONI, *Molestie e molestie sessuali: nozioni, regole, confini*, cit., 405 ss.

187 CHIECO, *Una fattispecie dai contorni sfuggenti: la molestia nei rapporti di lavoro*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, I, 2007, 67.

188 CHIECO, *Una fattispecie dai contorni sfuggenti: la molestia nei rapporti di lavoro*, cit., 68.

od offensivo) con una congiunzione (clima umiliante ed offensivo)¹⁸⁹. Opportunamente, questa anomalia è stata cancellata con l'art. 8-sexies del d.l. 8 aprile 2008, n. 59, convertito con la l. 6 giugno 2008, n. 101, che ha ripristinato il testo comunitario¹⁹⁰.

È facile presumere che, al di fuori della ristretta cerchia degli specialisti, la riflessione sulle molestie nei luoghi di lavoro generi un rimando istintivo alla più specifica ipotesi di molestie sessuali che, d'altra parte, ha rappresentato sin dall'origine la tipologia che ha trainato l'emersione giuridica della fattispecie in oggetto¹⁹¹. Non stupisce, quindi, che l'attenzione della dottrina appaia finora fortemente concentrata sulle molestie sessuali e tenda a dedicare poco spazio a quelle molestie che siano specificamente legate ad altri fattori di protezione. Ciò nonostante, occorre richiamare l'attenzione del lettore, in conclusione di questo paragrafo, su come risulti agevolmente ipotizzabile che il clima umiliante e la violazione della dignità personale possano essere collegati all'appartenenza confessionale di un determinato soggetto, specie in periodi come quelli che ci troviamo a vivere in cui intere confessioni religiose vengono percepite da una quota considerevole di cittadini come dei veri e propri nemici dell'identità maggioritaria; l'esposizione di simboli religiosi in ambienti promiscui, il dileggio dei valori fondamentali di una determinata identità specie se minoritaria, il consumo di alimenti proibiti da una specifica fede¹⁹², l'abbigliamento stesso, silenzioso veicolo di valori e costumi contrastanti, possono facilmente integrare (o indurre al) la consumazione degli elementi richiesti dal diritto vigente per configurare una molestia per motivi religiosi.

4. Le garanzie processuali (con particolare riferimento all'onere della prova)

189 Questa irragionevole divaricazione del testo dei decreti sembra essere colta da BONARDI, *Le novità in materia di discriminazione e di molestie sessuali negli ambienti di lavoro*, in *Note informative CGIL*, n. 34/2005, 11. Sul punto anche UNAR, *Relazione al Parlamento sull'effettiva applicazione del principio della parità di trattamento ex articolo 7, comma 2, lett. f), decreto legislativo 215/2003*, dicembre 2005, 18, laddove si evidenziava come l'art. 2 del d.lgs. n. 215/2003, richiedendo la presenza simultanea dei due elementi, determinava un'inevitabile restringimento dell'area di tutela offerta dall'ordinamento italiano.

190 E' opportuno segnalare, sin da subito, che tale normativa ha modificato in più punti i decreti attuativi favorendone la maggiore conformità e coerenza con la normativa europea.

191 DE SIMONE, *Le molestie di genere e le molestie sessuali dopo la direttiva CE 2002/73*, cit., 400.

192 LAZZERONI, *Molestie e molestie sessuali: nozioni, regole, confini*, cit., 387. Più in generale, per un'ampia ricostruzione delle tante fattispecie in cui il fattore religioso può generare delle questioni giuridicamente rilevanti nell'ambito lavoristico si veda BELLOCCHI, *Pluralismo religioso, discriminazioni ideologiche e diritto del lavoro*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2003/1, 157 ss.

L'esperienza che si è andata consolidando in questi anni consegna a chi opera nel campo della lotta alle discriminazioni un dato imprescindibile, segnalando il rischio altissimo che ogni buon proposito si infranga contro lo scoglio dell'ineffettività e che qualsiasi misura venga adottata resti in qualche modo a far bella mostra di sé sulla carta, incapace di incidere sul diritto vivente. Su questo profilo, in ragione della sua assoluta centralità, tornerò ripetutamente nel prosieguo del lavoro, ma già da ora devo osservare come la consapevolezza che è proprio sul potenziamento dei meccanismi processuali che si gioca la credibilità dei provvedimenti emanati in questo settore¹⁹³ abbia spinto il legislatore comunitario ad elaborare una serie di strumenti processuali finalizzata a prevenire il rischio appena indicato e ad agevolare la piena realizzazione del principio della parità di trattamento.

Pur non potendo, per ovvie ragioni di spazio, soffermarmi su tutte queste misure, intendo richiamare due punti che mi sembrano particolarmente significativi, sia perché permettono di apprezzare lo sforzo compiuto dalle direttive comunitarie, sia perché consentono di dimostrare come altrettanta sensibilità non abbia guidato l'azione del legislatore italiano che, anzi, pare aver vanificato con la sua prudenza le innovazioni più incisive operate a livello sovranazionale. In entrambi i casi, peraltro, il legislatore ha recentemente (e opportunamente) rivisto i propri orientamenti iniziali e ha provveduto a rimuovere alcuni punti problematici della normativa italiana di attuazione che la dottrina più avvertita aveva lucidamente indicato.

L'art. 5 del d.lgs. n. 215/2003 riconosce alle associazioni ed agli enti inseriti in un apposito elenco, approvato con decreto del Ministro del Lavoro e del Ministro delle Pari opportunità, la legittimazione ad agire in nome e per conto o a sostegno del soggetto passivo della discriminazione, così come anche la legittimazione ad agire nei casi di discriminazione collettiva qualora non siano individuate le vittime dell'atto di discriminazione. Si noti che questo elenco, che comprende 320 associazioni, è stato predisposto solo con il Decreto Ministeriale del 16 dicembre 2005 e che solo da questa data, dunque, la previsione può considerarsi davvero funzionante.

Ben diversa la soluzione adottata dall'art. 5 del d.lgs. n. 216/2003 che, negli stessi casi appena richiamati, attribuiva alle sole rappresentanze locali delle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello nazionale la medesima possibilità di agire in giudizio¹⁹⁴. Tale diversificazione ha suscitato sin da subito

193 GUARRIELLO, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2003, 3-4, 344.

194 In realtà l'art. 5 del d.lgs. n. 216/2003 riconosceva tale legittimazione alle rappresentanze locali delle organizzazioni nazionali maggiormente rappresentative a livello nazionale. Opportunamente il d.lgs. n. 256/2004 è intervenuto a correggere quello che da subito era apparso come un mero refuso e ha restituito alla norma il senso indicato nel testo.

forti perplessità¹⁹⁵, restringendo non poco i diritti di quei soggetti che per le loro caratteristiche (penso alle tendenze sessuali ma anche all'appartenenza religiosa) difficilmente possono essere tutelati in maniera più efficace da un'organizzazione sindacale che da un'associazione o un ente che della lotta alla discriminazione fa la propria ragion d'essere e che perciò costituisce nel tempo un prezioso patrimonio di contatti, legami, sensibilità, esperienze che giustifica ben altra valorizzazione. Peraltro, di tale diversificazione non vi era traccia all'interno delle due direttive del 2000, entrambe strutturate sul riconoscimento più robusto possibile della legittimazione ad agire.

L'attuazione italiana tradiva, almeno sotto questo versante, lo spirito delle direttive comunitarie e sterilizzava alcune delle innovazioni più apprezzate dalla dottrina, incline a ritenere che la legittimazione processuale di soggetti esponenziali della società civile abbia rappresentato il momento più alto del riconoscimento dell'apporto delle associazioni alla lotta contro le discriminazioni¹⁹⁶. A parziale consolazione rimaneva solo la consapevolezza che le maggiori organizzazioni sindacali – anche e soprattutto in ragione del consolidarsi dei fenomeni migratori e dell'incremento della percentuale di lavoratori e di iscritti di religione diversa dalla cattolica – hanno immediatamente tentato di recuperare lo storico ritardo che avevano maturato su questi temi, particolarmente in relazione alla tutela delle credenze e delle pratiche religiose dei lavoratori¹⁹⁷.

Fortunatamente comunque, nel giugno del 2008, il legislatore italiano ha recepito queste osservazioni e ha esteso la legittimazione ad agire in nome o per conto del soggetto discriminato in favore di tutte le associazioni e le organizzazioni rappresentative del diritto o dell'interesse leso¹⁹⁸.

L'elemento maggiormente qualificante, sotto il profilo processuale, delle direttive comunitarie è certamente costituito dall'introduzione di una parziale inversione dell'onere della prova. Ai sensi di questi provvedimenti, infatti, non spetterà all'attore provare, secondo le ordinarie dinamiche processuali, di essere stato

195 Si vedano le considerazioni di CURCIO, *Le azioni in giudizio e l'onere della prova*, in BARBERA, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, cit., 549, secondo cui l'attuazione italiana non convince nella scelta di aver ristretto il riconoscimento della legittimazione ad agire alle rappresentanze sindacali, ma anche nell'ulteriore delimitazione di tale riconoscimento alle sole rappresentanze maggiormente rappresentative a livello nazionale con la conseguente esclusione di quei sindacati che non godono di una rappresentatività diffusa e corporata.

196 Così GUARRIELLO, *Il ruolo delle istituzioni e della società civile*, in BARBERA, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, cit., 519.

197 In questo senso, spicca l'attenzione che la CGIL ha dedicato alle suddette tematiche all'interno del congresso nazionale del 2006, laddove questo sindacato ha assunto una netta posizione sulla normativa vigente, approvando un ordine del giorno in cui si parla criticamente di attuazione minimale della Direttiva n. 78/2000 da parte del Governo italiano e si invoca una riforma complessiva del decreto n. 216/2003.

198 Art. 8-septies, d. l. n. 59/2008 convertito con l. n. 101 del 6 giugno 2008.

discriminato ma toccherà al convenuto dare dimostrazione che non vi è stata violazione del principio della parità di trattamento ogni qual volta gli elementi forniti dalla vittima permettano di individuare presuntivamente l'esistenza di una discriminazione diretta o indiretta¹⁹⁹. A questo meccanismo il legislatore comunitario affida la speranza di rendere concretamente praticabile la via giudiziaria per le vittime delle discriminazioni, fornendo loro gli strumenti necessari per aggredire quei comportamenti subdoli e apparentemente asettici che, pur generando emarginazione e violando gravemente i diritti fondamentali della persona, possono facilmente divenire evanescenti in un'aula di tribunale.

Quanto alla concretizzazione di questo principio, la Direttiva n. 78/2000 (come anche la Direttiva n. 43/2000) lascia agli Stati membri una significativa discrezionalità, stabilendo che essi possano prendere le misure necessarie conformemente ai loro sistemi giudiziari (art. 10, 1° comma) e che possano finanche non adottare nessuna misura in presenza di procedure che assegnino al giudice o all'organo competente il compito di indagare sui fatti (art. 10, 5° comma), ma comunque impegna gli ordinamenti giuridici nazionali a non scendere al di sotto dello standard di tutela da essa garantito.

È alla luce di questi dati che dobbiamo ora valutare il silenzio mantenuto dalla normativa italiana di attuazione in ordine alla parziale inversione dell'onere della prova. Un silenzio che sembrava rendere, se non illegittimo stante la clausola contenuta nel 5° comma dell'art. 10, comunque del tutto insufficiente il sistema predisposto dal decreto di attuazione, posto che nell'ordinamento italiano chi agiva in giudizio sostenendo di essere vittima di una discriminazione continuava ad essere soggetto alle regole ordinarie²⁰⁰ che governano il processo²⁰¹. A suo unico vantaggio, il ricorrente si vedeva riconosciuta la possibilità di provare l'asserita

199 Proprio quest'ultima precisazione spinge la dottrina, pur nell'ambito di un giudizio positivo, a ribadire come il meccanismo adottato dalla normativa comunitaria non configuri una vera e propria inversione dell'onere della prova. Cfr. VILLALÓN, *Lo sviluppo della tutela antidiscriminatoria nel diritto comunitario*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2003, 3-4, 363.

200 Così CURCIO, *Le azioni in giudizio e l'onere della prova*, cit., 557. Per una diversa ricostruzione si veda TORRICE, *L'azione civile contro le discriminazioni*, in FABENI – TONIOLO (a cura di), *La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale*, Roma, 2005, 310 ss.

201 Tale soluzione si rivela ancor più restrittiva di quanto veniva previsto nell'art. 29 della legge comunitaria del 2001. In quel provvedimento, infatti, l'inversione dell'onere della prova, connessa dalle direttive all'esposizione di fatti che potessero far presumere che vi fosse stata una discriminazione, veniva subordinata alla produzione di fatti idonei a fondare in termini gravi, precisi e concordanti l'indizio di una discriminazione. L'insufficienza di quelle norme era stata segnalata con una certa preoccupazione da SIMONI, *La discriminazione razziale alla vigilia dell'attuazione della direttiva n. 43/2000: considerazioni a partire da alcune pronunce giurisprudenziali*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 4/2002, 88, che ne auspicava una celere correzione in sede di elaborazione del testo definitivo del decreto. Correzione effettivamente intervenuta ma diretta in senso del tutto opposto rispetto a quello suggerito dall'autore e indicato dalle direttive.

discriminazione anche facendo ricorso all'uso di dati statistici²⁰²: ben poca cosa, invero, rispetto a quel parziale ribaltamento della dinamica processuale cui le direttive affidavano il compito di rendere giuridicamente certo ciò che normalmente è di difficile dimostrazione, ma ancor più poca cosa ove si pensi che questo limitato vantaggio era già previsto nel nostro ordinamento ai sensi dell'art. 44 del d.lgs. n. 286/1998²⁰³.

Non è un caso che su questo profilo insistesse a il primo rapporto dell'UNAR²⁰⁴ che, sebbene solo al termine di un ragionamento tortuoso e direi sfiancante, prendeva le distanze dai provvedimenti di attuazione ed auspicava un intervento di riforma volto a riportare la legislazione italiana in linea con gli orientamenti della maggior parte degli altri Stati membri; così come non stupisce che il Parlamento europeo, al momento di adottare una risoluzione sull'applicazione della Direttiva n. 43/2000, abbia sottolineato l'importanza di dare piena attuazione al suddetto principio e, nella Relazione che l'ha preceduta, abbia sottolineato le insufficienze che hanno segnato l'azione del nostro legislatore²⁰⁵.

Il combinato disposto delle pressioni provenienti da questi organi e dalla dottrina hanno indotto il legislatore italiano a rivedere la propria posizione e ad introdurre nel nostro ordinamento, con l'art. 8-*septies* del d.l. n. 59/2008, misure in linea con le finalità che il legislatore comunitario aveva indicato. Con la norma appena citata, disponendosi che “quando il ricorrente fornisce elementi di fatto idonei a fondare, in termini gravi, precisi e concordanti, l'esistenza di atti, patti, o comportamenti discriminatori, spetta al convenuto l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione”, si aprono nuove prospettive in merito all'efficacia del diritto antidiscriminatorio che andranno attentamente monitorate nel futuro prossimo.

202 Art. 4, 4° comma, d.lgs. n. 216/2003.

203 E già con riferimento a questa disposizione alcune indagini sul campo lasciavano emergere l'opportunità di procedere ad un più intenso spostamento dell'onere della prova al fine di proteggere efficacemente i soggetti più deboli, ed in particolare gli immigrati, come tali maggiormente esposti alle discriminazioni e meno capaci di tutelare i propri diritti. Si veda, in proposito, il Rapporto del 2003 curato da CGIL - IRES, *Discriminazioni sui luoghi di lavoro. Il caso dei lavoratori migranti*.

204 UNAR, *Relazione al Parlamento*, cit. Con riferimento all'Ufficio Nazionale antidiscriminazioni razziali, si deve condividere il giudizio di TEGA, *L'impatto della direttiva 2000/43 CE e il ruolo dell'Ufficio nazionale antidiscriminazioni razziali*, in TEGA (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche*, Roma, 2011, 93, secondo cui l'azione dell'organismo è iniziata con molta lentezza, ma sembra destinata, alla luce degli ultimi sviluppi, a crescere e maturare in fretta.

205 Parlamento europeo, risoluzione del 27 settembre 2007. Per un sommario cenno alla legislazione di attuazione emanata dagli altri Stati membri si veda la newsletter n. 8 pubblicata sul sito www.leadernodiscriminazione.it. Tanto il rapporto UNAR quanto gli altri documenti appena citati fanno riferimento alla direttiva n. 43/2000 e al decreto n. 215/2003, ma le considerazioni svolte sono completamente estendibili alla direttiva n. 78/200 e al d.lgs. n. 216/2003, stante l'assenza di qualsiasi differenza di disciplina sul punto in esame.

5. Le deroghe (con particolare riferimento alle organizzazioni di tendenza)

Posto il principio della parità di trattamento e il divieto di discriminazione, la Direttiva n. 78/2000 riconosce immediatamente la possibilità di operare nell'ambito del rapporto di lavoro delle differenziazioni qualora per la natura dell'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata la religione e le convinzioni personali (e anche gli altri fattori tipizzati) costituiscano un requisito essenziale e determinante della prestazione, purché la finalità sia legittima e il requisito proporzionato. La disposizione è riprodotta senza eccessive variazioni dal legislatore italiano, che non ha ritenuto di utilizzare il momento attuativo per specificare cosa debba intendersi per natura o contesto dell'attività lavorativa, alimentando così la minaccia che interpretazioni poco rigorose della disposizione possano aprire una breccia nella tutela predisposta dai medesimi provvedimenti. In questo senso, occorre porre l'accento sul ruolo esercitato dal riferimento al principio della proporzionalità, la cui presenza contiene l'eccezione nei confini di quanto strettamente necessario a non soffocare le esigenze dei datori di lavoro²⁰⁶.

Sul tema delle deroghe alla parità di trattamento e delle giustificazioni alle diseguaglianze si gioca, in effetti, una buona parte del futuro del diritto antidiscriminatorio, apparendo evidente che il maggiore o minore contenimento dello spazio riconosciuto alle eccezioni produce immediate conseguenze sulla capacità delle norme in oggetto di modellare le relazioni lavorative o di trasformarsi in dei semplici orpelli formali. Mi pare infatti che il diritto antidiscriminatorio mantenga un senso e una prospettiva solo in quanto produca dei continui passi in avanti rispetto al mero riconoscimento del principio di eguaglianza, dettagliando quel principio in modo da renderlo operativo ed efficace nelle singole fattispecie, caratterizzate di volta in volta dalla ricorrenza di un specifica causa di rischio di discriminazione²⁰⁷. Se, al contrario, esso dettagliandosi si sfarina sotto la tensione di ripetute e sempre maggiori eccezioni allora aumenta il pericolo di produrre un arretramento di quel principio, ovvero di veicolare un esito paradossale per cui attraverso l'emanazione di norme volte a combattere la discriminazione si tutelano maggiormente alcune situazioni ma si legittimano al contempo nuove e gravi differenze di trattamento. In questo quadro, la tenuta o il cedimento del terreno su cui si dispiega l'azione contro le discriminazioni viene a dipendere in buona sostanza dall'esito dell'interpretazione giudiziaria delle eccezioni introdotte per via legislativa²⁰⁸.

Ma nessuna interpretazione virtuosa sembra poter sanare la ferita aperta dalle di-

206 Cfr. AIMO, *Le discriminazioni basate sulla religione e sulle convinzioni personali*, cit., 63.

207 LA ROCCA, *Le discriminazioni nei contratti di scambi o di beni e servizi*, in BARBERA, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, cit., 325.

208 CALAFÀ, *Le discriminazioni basate sull'orientamento sessuale*, cit., 212.

sposizioni relative alle organizzazioni ideologicamente e confessionalmente orientate²⁰⁹. Viene qui in rilievo l'ulteriore deroga ipotizzata dalla direttiva, in favore delle chiese o delle organizzazioni pubbliche o private la cui etica sia fondata sulla religione o sulle convinzioni personali, laddove consente ai legislatori nazionali, in virtù di norme interne preesistenti, di non qualificare come discriminazioni le differenze di trattamento basate sulla religione o le convinzioni personali qualora questi fattori siano requisiti essenziali, legittimi e giustificati per lo svolgimento dell'attività lavorativa. In sostanza, per quegli enti che normalmente definiamo come organizzazioni di tendenza, la necessità di tutelare tanto l'ideologia quanto l'attività del datore di lavoro sembra poter condurre ad un corposo allargamento dell'eccezione prevista in via generale, in ragione dell'eliminazione di ogni riferimento al principio di proporzionalità. Eliminazione non di poco conto, visto che proprio il riferimento alla proporzionalità sembrava reggere il bilanciamento degli interessi in gioco: la libertà e la dignità del lavoratore e l'utilità del suo apporto all'impresa²¹⁰.

Indubbiamente questa disposizione genera più di qualche preoccupazione, scaturendo da essa la possibilità che gli Stati nazionali concedano alle organizzazioni di tendenza di operare restrizioni, distinzioni, esclusioni fondate sulla religione e sulle convinzioni personali²¹¹ in maniera più ampia di quanto sarebbe indispensabile per uno svolgimento efficace della loro attività e anche qualora ciò comprimesse la libertà del lavoratore oltre quello che sarebbe strettamente necessario. Ed è proprio questa la strada intrapresa dal legislatore italiano che ripropone, con l'art. 3, 5° comma, la previsione appena commentata. In questo frangente l'allineamento alla normativa comunitaria non è privo di implicazioni, poiché come si è appena segnalato la possibilità di disporre deroghe ulteriori in favore delle organizzazioni di tendenza era subordinata ad un preciso limite: quelle deroghe, cioè, dovevano essere già presenti nella legislazione nazionale o dovevano essere giustificate da una prassi nazionale preesistente²¹².

209 Sul punto si veda A. VISCOMI, *Le scuole delle organizzazioni di tendenza tra libertà religiosa e istruzione pubblica*, in N. FIORITA – A. VISCOMI (a cura di), *Istruzione e libertà religiosa. Le scuole delle organizzazioni di tendenza*, Soveria Mannelli, 2011, 89 ss..

210 ONIDA, *Il problema delle organizzazioni di tendenza nella Direttiva 2000/78/EC attuativa dell'art. 13 del Trattato sull'Unione Europea*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 2001, I, 907.

211 Ma solo su questi elementi, posto che l'art. 4.2, che si occupa delle organizzazioni di tendenza, non fa riferimento alle altre qualità prese in considerazione dalla direttiva. La stessa disposizione, comunque, riconosce alle organizzazioni di tendenza di esigere dalle persone che sono alle loro dipendenze un atteggiamento di buona fede e lealtà nei confronti dell'etica dell'organizzazione. Per una valutazione delle conseguenze indotte da quest'ultima previsione si rimanda a IZZI, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro: il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Napoli, 2005, 396.

212 Così PASQUALI CERIOLI, *Il divieto di discriminazione religiosa sul luogo di lavoro: riflessioni critiche*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2005/1, 103.

Lo stato della disciplina precedente all'emanazione della Direttiva n. 78/2000 è dunque passaggio decisivo in ordine alla valutazione delle scelte compiute dal legislatore italiano. Nella perdurante assenza di un provvedimento specificamente dedicato alle organizzazioni di tendenza²¹³, la concreta regolamentazione dell'attività svolta da questi enti, il riconoscimento di una specifica tutela delle loro esigenze, ma anche i limiti che incontra tale tutela, sono frutto del minuzioso lavoro della giurisprudenza e della dottrina. Per l'appunto, attraverso la loro opera si è venuta consolidando la convinzione che la libertà del lavoratore possa essere sacrificata in nome dell'ideologia del datore di lavoro ma che questo sacrificio debba essere rigorosamente contenuto. Un risultato ottenuto seguendo diversi percorsi, che vanno dalla esclusione dall'area di tutela privilegiata per quelle organizzazioni che abbiano uno scopo di lucro²¹⁴ alla rigorosa distinzione tra mansioni neutre e mansioni ideologicamente qualificate svolte dal lavoratore²¹⁵, dalla limitazione del *favor* alle sole attività in cui si trasmette la tendenza dell'organizzazione²¹⁶ alla sottrazione della vita extralavorativa del soggetto dall'ambito di ciò che è giuridicamente rilevante²¹⁷. In sostanza, ed è quello che in questa sede ci interessa, l'assetto complessivo fornito nel tempo dalla giurisprudenza e dalla dottrina prevalenti al bilanciamento tra i diritti del lavoratore e i diritti del datore di lavoro ideologicamente orientato mitiga il principio della parità di trattamento ma in maniera più contenuta di quanto viene permesso dalla norma comunitaria.

Da ciò si evince che manca sia la legislazione sia la prassi previgente (che anzi appare di segno contrario) la cui presenza è condizione necessaria per poter utilizzare la discrezionalità che in astratto l'Unione Europea riconosce agli Stati membri in questo ambito. Si deve pertanto ritenere che il decreto n. 216/2003 restringa indebitamente le maglie del principio della parità di trattamento ed introduca una riforma della normativa vigente che non è legittimata dalla direttiva che esso è chiamato ad attuare.

Non bastasse tutto ciò, a comporre quello che è un quadro francamente desolante, aggiunge un'ulteriore circostanza: nel decreto di attuazione la deroga, apparentemente ricalcata sul modello comunitario, viene a riguardare gli enti religiosi e le organizzazioni pubbliche o private, senza che sia più rinvenibile alcuna traccia del riferimento alla loro etica. Il lento passare del tempo e l'emanazione di un

213 La tendenza di una organizzazione emerge nell'ordinamento italiano solo con l'art. 4 della l. n. 108/1990 (cfr. BOTTA, *Dieci anni di giurisprudenza su fattore religioso e diritto del lavoro*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2001/3, 743), norma che è tuttora l'unica a riferirsi specificamente a tali enti.

214 Cfr. COLAIANNI, *Tutela della personalità e diritti della coscienza*, Bari, 2000, 185 ss.

215 Cfr. BOTTA, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Torino, 1994, 292.

216 Corte di Cassazione, sentenza n. 5823/1994.

217 PACILLO, *op. cit.*, 248 ss.

decreto legislativo appositamente destinato a correggere alcuni errori materiali contenuti nei provvedimenti di attuazione, impediscono di considerare la scomparsa della eticità delle organizzazioni come una mera distrazione del legislatore e ci chiamano a fare i conti fino in fondo con l'assetto assunto dal nostro ordinamento a seguito dell'accumularsi di eccezioni, deroghe e misure esonerative e sostanzialmente sintetizzabile nell'estensione della possibilità di differenziare il trattamento del lavoratore in ragione della sua appartenenza confessionale e in assenza di qualsivoglia bilanciamento perlomeno per tutte quelle organizzazioni impegnate in attività per le quali la religione e le convinzioni personali assumono un forte grado di significatività²¹⁸.

Si voglia o meno convenire con chi sostiene che questa disposizione abbia realizzato uno dei più rilevanti passi indietro nella lotta alla discriminazione²¹⁹, non può non salutarci con favore l'invito rivolto, tramite la risoluzione del 27 settembre 2007, dal Parlamento europeo alla Commissione affinché quest'organo verifichi con estrema attenzione l'impatto delle esenzioni riconosciute in favore delle organizzazioni di tendenza sul sistema complessivo di lotta alle discriminazioni per motivi religiosi.

6. La cattiva trasposizione: un primo bilancio

Ritorna ciclicamente nel lento avanzare di questo saggio l'impressione che molte delle intuizioni contenute nelle direttive, che pure già non avevano valorizzato tutte le suggestioni emerse durante la loro fase di gestazione²²⁰, siano andate disperse al momento della loro trasposizione nell'ordinamento italiano. Peraltro è consapevolezza comune che il recepimento delle direttive comunitarie ha aperto in numerosi Stati membri questioni di non poco conto.

È notizia recente, l'invio da parte della Commissione europea di una sollecitazione rivolta a ben dieci Stati membri a dare piena attuazione alla Direttiva 2000/78/CE²²¹. La Commissione ha inoltre inviato una lettera di costituzione in mora alla

218 Sul punto, sia pure con formula dubitativa, VISCOMI, *Lavoro e "tendenza" nelle fonti internazionali comunitarie*, in CHIZZONITI (a cura di), *Organizzazioni di tendenza e formazione universitaria*, Bologna, 2006, 32.

219 PACILLO, *op. cit.*, 301.

220 MARGIOTTA BROGLIO, *Discriminazione razziale e discriminazione religiosa*, cit., 274 ss.

221 I Paesi interessati (Repubblica Ceca, Estonia, Irlanda, Grecia, Francia, Ungheria, Malta, Paesi Bassi, Finlandia e Svezia) hanno due mesi per rispondere e, se non lo facessero, la Commissione potrebbe decidere di adire la Corte di Giustizia europea.

Per ulteriori approfondimenti in ordine alla procedura di infrazione avviata, in data 31 gennaio 2008, dalla Commissione europea si veda http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/news/news_en.htm.

Germania e due lettere complementari di costituzione in mora alla Lettonia e alla Lituania²²². In particolare, per quanto riguarda l'Italia, i commentatori più attenti hanno esplicitamente denunciato nel corso di questi anni la pessima fattura dei decreti di attuazione²²³, hanno segnalato i guasti prodotti dalla cattiva trasposizione²²⁴ e hanno rimarcato in ogni modo le incertezze, le improvvisazioni e i pregiudizi che hanno guidato l'intervento del legislatore italiano²²⁵. In questo contesto, merita richiamare la riuscita classificazione della Gottardi, che distingue opportunamente tra ipotesi di trasposizione pasticciata (con conseguenti problemi di coordinamento tra le norme) e ipotesi di trasposizione infedele (con conseguente necessità di attivare i rimedi necessari per ripristinare il senso della normativa comunitaria)²²⁶.

Quanto al primo aspetto, ritengo che le anomalie della legislazione vigente non siano emerse compiutamente solo in ragione della scarsa effettività delle norme antidiscriminatorie, posto che qualora esse avessero trovato una larga applicazione pratica sarebbero risaltate con ben altra forza le irriducibili discrasie che connotano il sistema. Si pensi soltanto, oltre a quanto già segnalato, alle peripezie cui va incontro l'interprete che si misuri con il divieto di indagine sulle opinioni (anche) religiose dei lavoratori contenuto nell'art. 10 del d.lgs. n. 276/2003 e rivolto principalmente alle agenzie di lavoro. Divieto apparentemente inutile in quanto tutela situazioni già coperte dal d.lgs. n. 216/2003 (ma in realtà avente una sua autonomia in quanto considera ulteriori fattori di protezione) che però introduce un'esonazione ben più ampia di quella vigente, legittimando queste agenzie a compiere quel che il datore di lavoro non può compiere, ovvero qualsivoglia indagine relativa al credo religioso qualora tale qualità possa incidere sulle modalità di svolgimento dell'attività lavorativa²²⁷.

In ordine al secondo profilo, basti qui ricordare che la Commissione aveva av-

222 Tra i rilievi mossi dalla Commissione, spicca la constatazione dell'esistenza di definizioni interne divergenti da quelle fatte proprie dalla direttiva (in particolare, per quanto concerne la discriminazione indiretta, le molestie e l'ordine di discriminare) e di una palese insufficienza delle disposizioni in favore dei soggetti che subiscono la discriminazione (in particolare in tema di inversione dell'onere della prova, di protezione delle vittime e in ordine al diritto delle associazioni di intervenire a sostegno dei singoli).

223 VISCOMI, *Note brevi su identità, diversità, discriminazioni*, in AA.VV., *Immigrazione, diritti, Costituzione*, Catanzaro, Dipartimento di diritto dell'organizzazione pubblica, economia e società, 2005, 60.

224 BARBERA, *Introduzione*, in BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, cit., XXXVIII.

225 CALAFÀ, *Le discriminazioni basate sull'orientamento sessuale*, cit., 205.

226 GOTTARDI, *Le discriminazioni basate sulla razza e sull'origine etnica*, in BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, cit., 17.

227 CHIECO, *Frantumazione e ricomposizione delle nozioni di discriminazione*, cit., 569 ss.

viato la procedura preliminare di infrazione nei confronti dell'Italia per mancato o difettoso recepimento di alcuni punti salienti della normativa comunitaria²²⁸, e che il nostro stesso legislatore ha riconosciuto la propria iniziale inadempienza intervenendo, nel giugno del 2008, su alcuni dei punti maggiormente critici della normativa di attuazione e accogliendo i principali suggerimenti avanzati dalla dottrina e dalle autorità comunitarie.

7. Il dilemma insoluto, ovvero dell'effettività del diritto anti-discriminatorio

Giunti a questo punto, e avendo più volte sottolineato il modesto impatto pratico delle norme che commentiamo, è d'uopo interrogarsi sulla effettiva utilità del diritto antidiscriminatorio. Mi chiedo, cioè, se risponda proprio al vero che le cinque direttive di nuova generazione abbiano dischiuso una rigogliosa stagione²²⁹ o se, invece, esse non riescano ad andare oltre una semplice, per quanto illuminata, manifestazione d'intenti.

Ho già ricordato come uno degli obiettivi principali della nuova legislazione comunitaria fosse quello di porre rimedio alle debolezze croniche del diritto antidiscriminatorio, elaborando tutte le misure opportune al fine di garantirne l'effettività. Insisto e ritorno su tale riflessione, poiché ritengo che il raggiungimento di questo obiettivo rappresenti lo snodo centrale del futuro prossimo, il discrimine tra una rigogliosa età dell'oro²³⁰ ed un'avvizzita età laccata di oro, tra una normativa avanzata ma destinata a restare sulla carta e una disciplina che riesce a trasformare la società agevolando la rimonta del principio di uguaglianza rispetto ad altri valori che oggi sembrano dominare la scena della modernità.

Indubbiamente, l'esito finale di questo processo dipende in larga parte dalla sensibilità e dalla capacità della magistratura, posto che, come è stato osservato, la strategia antidiscriminatoria "assegna al giudice, più che al decisore politico o ai soggetti sociali collettivi, un ruolo decisivo nell'eliminazione delle disuguaglianze"²³¹. Se tale affermazione appare del tutto corretta e condivisibile, si deve però prendere atto che in questi anni la lotta alla discriminazione ha prodotto un numero

228 L'obiettivo della Commissione è il recepimento della direttiva n. 43/2000, ma gli elementi presi in esame (definizione di molestie, ripartizione dell'onere della prova) ritornano senza alcuna differenza anche nel recepimento della direttiva n. 78/2000.

229 Così LAZZERONI, *Molestie e molestie sessuali: nozioni, regole, confini*, in BARBERA, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, cit., 379.

230 L'espressione è di BARBERA, *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 3-4/2003, 399.

231 BARBERA, *Introduzione*, cit., XXVI.

esiguo di controversie processuali²³², cifra che diventa ancora più striminzita se ci concentriamo unicamente sulle discriminazioni per motivi religiosi. Non solo, ma le poche controversie in questione sono quasi interamente confinate nell'area settentrionale del Paese. Certo, questo rilievo statistico va commentato facendo riferimento alla consistenza dei flussi migratori, molto più corposi e impetuosi al nord, e alla loro diversa articolazione – si pensi che in Calabria ci sono più donne immigrate (badanti) che uomini (lavoratori) – e però risulta altrettanto evidente che il dato statistico richiede di essere accompagnato anche dalla consapevolezza che il numero di discriminazioni registrate sarà sempre molto inferiore al numero delle discriminazioni commesse. L'emersione del fenomeno e l'ingresso di questi comportamenti nell'area del diritto dipendono principalmente da un'adeguata conoscenza della normativa, dal livello di inserimento delle comunità di immigrati nella società di accoglienza, dalla fiducia che le vittime ripongono nelle autorità, dal supporto loro fornito da organizzazioni di vario genere. Non mi sembra casuale, insomma, che gli unici provvedimenti giudiziari che si registrano nel centro-sud siano relativi ad affermati sportivi cui veniva negata la possibilità di tesserarsi presso determinate società agonistiche²³³: nel silenzio e nell'isolamento si espone solo chi ha un livello di integrazione e di autonomia tale da poterselo permettere, a testimonianza che la reazione giuridica alle discriminazioni è realmente efficace solo se si inserisce in un contesto sociale recettivo e maturo.

Capita sovente che il ragionamento intorno all'efficacia del diritto antidiscriminatorio rifluisca verso sentieri poco giuridici e termini con l'accurata invocazione di una maggiore educazione e sensibilizzazione sul tema, della predisposizione di adeguate campagne di informazione e via discorrendo. Tra questi due lontanissimi poli, reazione giuridica e opera di sensibilizzazione, residua però uno spazio significativo che va riempito attraverso l'attivazione di altri livelli di intervento. Un ruolo pregnante può essere assunto, tanto per restare ancora nel campo del diritto del lavoro, dalla contrattazione (collettiva o aziendale), cui potrebbe essere demandato il compito di definire quegli adattamenti, non richiedenti un onere finanziario sproporzionato, che i datori di lavoro dovrebbero adottare per evitare un sacrificio delle regole religiose o delle convinzioni personali dei lavoratori. È ampiamente noto che l'obbligo di adottare soluzioni ragionevoli grava in capo al

232 Certamente, dopo un avvio stentato, va detto che il numero delle controversie va lentamente aumentando, come si evince dall'attenta ricognizione compiuta da CASADONTE–GUARISO, *L'azione civile contro la discriminazione: rassegna giurisprudenziale dei primi dieci anni*, in *Diritto, Immigrazione e cittadinanza*, 2/2010, 59 ss.. Interessanti considerazioni sulle tecniche giuridiche utilizzabili per rendere più efficaci i rimedi contro le discriminazioni possono essere lette in CERBONE, *La tutela antidiscriminatoria nella giurisprudenza italiana*, in SANTUCCI–NATULLO–ESPOSITO–SARACINI (a cura di), *"Diversità" culturali e di genere nel lavoro tra tutele e valorizzazioni*, Milano, 2009, 167 ss..

233 Si vedano i provvedimenti riportati da GOTTARDI, *Le discriminazioni basate sulla razza e sull'origine etnica*, cit., 19.

datore di lavoro solo con riferimento ai dipendenti disabili²³⁴ ma, per l'appunto, l'insufficienza della normativa vigente potrebbe essere recuperata mediante la piena valorizzazione della contrattazione.

Dall'abbigliamento religiosamente orientato all'alimentazione, dal riposo festivo alle pratiche rituali, molte delle richieste a contenuto religioso avanzate dai fedeli di confessioni minoritarie potrebbero trovare soddisfazione mediante questa via. Indubbiamente la contrattazione si rivela strumento adeguato quando i soggetti hanno la forza²³⁵, che è generalmente una forza numerica, di tutelare i propri interessi, ma rischia di obliterare completamente la sorte delle minoranze più esigue; rischia – nel nostro caso – di rimanere uno strumento inaccessibile per il singolo fedele di una confessione religiosa ben più marginale di quella islamica e incapace, come tale, di far divenire il suo sentire individuale una priorità delle organizzazioni deputate alla tutela dei bisogni collettivi dei lavoratori. Ed è altrettanto chiaro che i limiti intrinseci dello strumento devono fare i conti con la tendenza sempre più marcata del legislatore a comprimere l'autonomia collettiva in favore di un più ampio riconoscimento dell'autonomia individuale²³⁶, sì che da più parti si sottolinea la perdurante mancanza di un sostegno adeguato in favore della contrattazione collettiva²³⁷. Ma molti di questi limiti potrebbero essere superati laddove si procedesse finalmente ad emanare una moderna legge generale sulla libertà religiosa che inserisse nel nostro ordinamento (sulla scorta dell'esperienza spagnola) una disposizione che agevolasse il funzionamento di questo strumento, magari riconoscendo ai fedeli di tutte le confessioni religiose il diritto ad eseguire gli atti di culto imposti da una determinata fede durante la giornata lavorativa, subordinandone l'efficacia alla conclusione di un accordo con il singolo datore di lavoro.

Il riferimento incessante al mondo del lavoro è in qualche modo imposto dalla scelta del legislatore comunitario di limitare l'ambito di applicazione della Direttiva n. 78/2000 a questo specifico settore. Il ridotto numero di controversie processuali e la loro principale afferenza al tema delle discriminazioni razziali possono indurre a dubitare della ragionevolezza di questa scelta che, quanto meno,

234 Cfr. AIMO, *Le discriminazioni basate sulla religione e sulle convinzioni personali*, cit., 59.

235 O, anche, la capacità di parlare dolcemente all'orecchio dei potenti di turno come scrive sapientemente VISCOMI, *Lavoro e "tendenza" nelle fonti internazionali comunitarie*, cit., 42.

236 Si pensi, tanto per fare qualche esempio, al d.lgs. n. 276/2003 e, ancor prima, al d.lgs. n. 368/2001 che ha riformato la disciplina del contratto a tempo determinato. Sul punto ampiamente RANIERI, *Disciplina del contratto a termine e ruolo della contrattazione collettiva*, in *Diritti lavori mercati*, 2006, 335 ss.

237 LAMBERTUCCI, *L'evoluzione della disciplina del contratto a termine tra oscillazioni giurisprudenziali e normativa comunitaria*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2001, 503 ss.; BELLAVISTA, *Le prospettive dell'autonomia collettiva dopo il d.lgs. n. 276/2003*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2004, 189 ss.

non sostiene con il necessario vigore l'emersione dei comportamenti discriminatori disseminati nei numerosi gangli della vita quotidiana. Si tratta di riconoscere che, se pure il diritto del lavoro resta il luogo privilegiato della strategia antidiscriminatoria, esso non può e non deve essere considerato l'unico luogo in cui tale strategia deve concretizzarsi.

Sovviene a questo scopo la circostanza, già ricordata, per cui le misure destinate a combattere le discriminazioni predisposte dal Testo unico in materia di immigrazione dispiegano i propri effetti in un ambito più ampio di quello tracciato dalla Direttiva n. 78/2000, permettendo così di garantire il principio della parità di trattamento anche in settori non coperti dalla normativa comunitaria. E mi pare utile riportare almeno un caso - quello originato dalla delibera con cui il comune di Castel Mella nel gennaio del 2007 ha dichiarato l'intenzione di non garantire le modifiche ai menù richieste per motivazioni di carattere religioso, fatte salve le tradizioni locali²³⁸ – per rafforzare le considerazioni appena svolte.

La scelta di negare ai fedeli di confessioni minoritarie la possibilità di fruire di pasti compatibili con i propri comandi religiosi, eterni ed inviolabili, nello stesso momento in cui si riconosce la derogabilità del servizio di mensa in ragione della presenza di non meglio precisate tradizioni locali, comporta una palese differenza di trattamento legata alla religione dell'utente. Sono ben consapevole che un'estensione eccessiva dei diritti produce un costo significativo per il malridotto sistema di *welfare* italiano²³⁹ e non escludo che alcune amministrazioni comunali non siano in grado di garantire immediatamente un servizio adeguato per i tanti gruppi in cui oggi può frastagliarsi la popolazione cittadina, ma in assenza di una ragionevole, attuale e proporzionata giustificazione la differenza di trattamento originata dalla delibera in questione non può che tradursi, ai sensi della normativa vigente, in una illegittima discriminazione.

8. L'eguaglianza come tutela delle identità e l'identità come neutralizzazione dell'eguaglianza

La vicenda con cui si è concluso il paragrafo precedente ha spostato la nostra attenzione non solo dai luoghi di lavoro alle mense comunali ma anche dall'efficacia del diritto antidiscriminatorio alla sua funzione, ricordandoci che essa non può esaurirsi con l'intento, pur relevantissimo, di limitare in senso egualitario i rapporti contrattuali, dovendosi al contrario attribuire a questa normativa l'am-

238 La delibera, accompagnata da un pregevole parere critico, è pubblicata nella newsletter n. 4 in www.leadernodiscriminazione.it.

239 Per una ricostruzione generale della questione si rimanda a SPINACI, *Divieto comunitario di discriminazione in base alla nazionalità e principio costituzionale di eguaglianza*, in *Diritto pubblico*, 1/2007, 261 ss.

bizione di supportare il cammino verso una società più giusta, più moderna e più aperta.

Il diritto antidiscriminatorio, insomma, si inserisce in quel più complessivo fenomeno di sviluppo del principio costituzionale di eguaglianza, ormai inevitabilmente avvinto alla tutela della differenza, al rispetto della diversità²⁴⁰ o, se si vuole utilizzare una terminologia ancora più contemporanea, al riconoscimento delle identità collettive. La questione allora assume sembianze ben più generali, il cui esame approfondito ci porterebbe ad affrontare passaggi controversi e tuttora nebulosi, come quello relativo ai criteri utilizzabili per selezionare le differenze o le identità da proteggere, i limiti che deve (o non deve) incontrare questa tutela, l'individuazione degli strumenti a disposizione per operarne la promozione, il problema della rappresentanza degli interessi collettivi. Pur consapevole dell'impossibilità di un accenno anche sommario a questioni così vaste e complesse, poiché il nostro sguardo si posa principalmente sull'appartenenza confessionale mi pare comunque opportuno rammentare che il disegno della politica ecclesiastica tracciato dal Costituente postula che la tutela e la promozione dell'identità religiosa si concretizzino principalmente attraverso la normativa bilaterale negoziata tra lo Stato e le confessioni religiose.

Come è noto, la contrattazione tra le parti prelude all'emanazione di una normativa speciale, ovvero all'elaborazione di quei ragionevoli adattamenti che permettano alle specifiche esigenze religiose di potersi pienamente realizzare senza scontrarsi con i precetti generali. Esattamente in linea con i valori che sorreggono il moderno diritto antidiscriminatorio, il diritto ecclesiastico italiano si incentra ormai da lungo tempo sulla convinzione che la meccanica applicazione del principio di eguaglianza si rivelerebbe incapace di contenere tutte quelle situazioni che nascono dalle tante regole che le religioni impongono ai loro fedeli. E quella che il diritto ecclesiastico consegna all'esperienza giuridica non è soltanto una visione avanzata dell'eguaglianza, ma è soprattutto una visione pragmatica e praticabile, perché proprio il momento della contrattazione assicura la predisposizione di un meccanismo che permetta di filtrare le domande provenienti dai tanti gruppi presenti nella società e, nella eventuale fase successiva, di separare le richieste accettabili da quelle non accoglibili. Ma dal diritto ecclesiastico proviene anche un invito alla cautela e qualche preoccupata riflessione sulla compatibilità di questo modello con le trasformazioni sociali in atto.

Le identità religiose hanno dimostrato in questi ultimi anni di non essere legate all'elemento territoriale e di potersi insediare anche in contesti apparentemente sfavorevoli. Questa "mobilità identitaria" è accompagnata spesso da un irrigidimento della tradizione che si sposta, al fine proprio di evitare contaminazioni e modificazioni che corrompano la purezza originaria, così che la richiesta di rico-

240 Cfr. COLAIANNI, *Eguaglianza e diversità culturali e religiose*, Bologna, 2006, 10.

noscimento di pratiche culturali o religiose viene spesso utilizzata per difendere o rinnovare posizioni di potere (dell'uomo sulla donna, del ceto clericale sulla restante parte della comunità, del fedele ortodosso sullo scettico o sul dissidente) fortemente compromesse dall'evoluzione del gruppo e dal suo incontro con l'Occidente. Allo stesso tempo, la presenza di numerose identità in un medesimo territorio produce confronto ma anche, e purtroppo, uno scontro continuo, che si moltiplica e frantuma in mille immagini diverse come in un caleidoscopio, tanto che l'appartenenza religiosa diviene l'epicentro delle scosse che scuotono le fondamenta delle società moderne²⁴¹. Il risultato finale di questo fenomeno è la tentazione dell'identità maggioritaria, vincente in quel dato momento o in quel dato luogo, di imporre la propria forza e di trasformare le proprie pratiche, i propri simboli e i propri valori in regole generali valevoli per tutti, come dimostrano le vicende italiane del crocefisso, della procreazione medicalmente assistita e delle coppie di fatto.

Nell'immaginare il futuro del diritto antidiscriminatorio, e nell'affidargli il compito di accompagnare il cammino della società italiana verso la definitiva acquisizione del valore del pluralismo culturale e religioso²⁴², pare allora opportuno paventare il rischio che la locuzione "tutela dell'identità" cessi di essere la versione più avanzata dell'uguaglianza (la leva che scardina le antiche e moderne ingiustizie sociali) per divenire il cavallo di Troia di una etnicizzazione dell'ordinamento giuridico e la parola d'ordine di una restaurazione vandea (il braccio che richiude il ponte levatoio che apriva alla modernità) in cui si mischiano nazionalismi, privilegi di vario genere e rigurgiti confessionisti.

9. La lotta alle discriminazioni e il diritto penale

Il profilo della repressione penale dei comportamenti discriminatori costituisce un segmento significativo nella lotta che un qualsiasi ordinamento giuridico decide di intraprendere per raggiungere la piena realizzazione del principio della parità di trattamento e l'eliminazione di ogni forma di intolleranza nei confronti delle minoranze e delle diversità. Ciò appare ancor più vero se si guarda a quelle società, come la nostra, che stentano a governare i processi di frammentazione culturale e religiosa che le attraversano e scontano una fase di rigetto in cui il consolidarsi di paure ed egoismi aumenta il pericolo di atti più o meno gravi

241 FERRARI, *Tra geo-diritti e teo-diritti. Riflessioni sulle religioni come centri transnazionali di identità*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1/2007, 10.

242 Come scrive ZILIO GRANDI, *Premessa*, in ZILIO GRANDI (a cura di), *Sposare l'altro. Matrimoni misti nell'ordinamento italiano e nel diritto islamico*, Venezia, 2006, 3, l'Italia è un Paese che certamente ha assunto una composizione nazionale eterogenea, ma che non sembra ancora divenuto culturalmente plurale.

di discriminazione razziale e religiosa²⁴³. L'estrema delicatezza di questi fenomeni, naturalmente predisposti a produrre disastrose ricadute sociali e ad occupare prepotentemente la scena mediatica, richiederebbe risposte meditate, strategie di contrasto elaborate a partire dalla consapevolezza che gli atti di discriminazione non danneggiano solo (e gravemente) la persona che li subisce ma, più in generale, aprono delle piccole crepe nell'ordinamento in cui si consumano²⁴⁴. Eppure, questo profilo resta collocato ai margini degli studi sulle discriminazioni religiose e razziali, senza che vengano adeguatamente esplorate le sue molteplici implicazioni e senza che venga sufficientemente valorizzato l'intensificarsi dei provvedimenti giudiziari in materia.

Alla sottovalutazione del tema contribuisce indubbiamente l'ondivago e incerto atteggiamento del legislatore statale. Come è noto, la l. n. 85/2006, nell'operare la riscrittura delle norme poste a tutela del sentimento religioso, ha provveduto a modificare le disposizioni contenute nella l. n. 654/1975, come riformate dalla l. n. 205/1993, finalizzate a reprimere l'intolleranza religiosa e razziale. Sebbene l'intervento del legislatore investa apparentemente solo alcuni profili secondari – limitandosi a sostituire la condotta di incitamento a commettere atti di violenza per motivi razziali e religiosi con la condotta di istigazione, la diffusione di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale con la propaganda delle medesime idee e a diminuire alcune delle pene previste per la commissione dei reati disciplinati – appare del tutto chiara la volontà di invertire la rotta intrapresa con la cosiddetta legge Mancino del 1993: se quella estendeva l'ambito della tutela penale il provvedimento del 2006 lo restringe sensibilmente²⁴⁵, se quella aumentava le pene edittali il provvedimento del 2006 le riduce ad una reazione irrisoria²⁴⁶.

Una volta registrata questa netta variazione di orientamento, se ne potrebbe dedurre che essa consegua ad un disegno strategico destinato ad assegnare un ruolo

243 MAZZOLA, *La convivenza delle regole. Diritto, sicurezza e organizzazioni religiose*, Milano, 2005, 86.

244 MAZZOLA, *La convivenza delle regole. Diritto, sicurezza e organizzazioni religiose*, cit., 97.

245 CHIZZONITI, *La tutela penale delle confessioni religiose: prime note alla legge n. 85 del 2006 "Modifiche al codice penale in materia di reati d'opinione"*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2/2006, 448. Si noti, comunque, che la giurisprudenza (cfr. Corte di Cassazione, terza sezione penale, sentenza n. 37581 del 3 ottobre 2008, in www.olir.it) va orientandosi nel senso di considerare le modifiche apportate dalla novella del 2006 come mere precisazioni linguistiche prive della forza necessaria per restringere l'ambito applicativo delle disposizioni in oggetto. È evidente, nella sentenza appena citata, l'intendimento della Corte di Cassazione di neutralizzare l'impatto che potrebbe derivare dalla riscrittura delle norme che reprimono la discriminazione razziale e religiosa anche a costo di forzare il proprio ragionamento e di far coincidere il senso delle vecchie e delle nuove parole utilizzate dal legislatore.

246 Così PELISSERO, *Osservazioni critiche sulla legge in tema di reati di opinione: occasioni mancate e incoerenze sistematiche (II)*, in *DPP*, 10/2006, 1206, secondo cui tale riduzione "rappresenta un inammissibile svilimento della stessa politica di lotta alla discriminazione razziale".

marginale allo strumento penale nell'ambito del contrasto dell'intolleranza religiosa e razziale. Deporrebbe in questo senso, peraltro, il quadro generale in cui si inserisce la novella legislativa del 2006, che merita di essere letta e valutata alla luce della scelta di fondo del legislatore di operare un intenso contenimento della punibilità dei cosiddetti reati di opinione. In estrema sintesi, la volontà del legislatore emerge esplicitamente nei lavori preparatori della riforma e può essere ricondotta alla convinzione che la pubblica discussione, anche su temi scabrosi e delicati come quelli relativi al sentimento religioso e anche se condotta con forme spregevoli, vada limitata solo in casi eccezionali, così che l'intervento coercitivo possa e debba rimanere solo sussidiario²⁴⁷.

Questa impostazione concettuale non manca di riscuotere autorevoli consensi in dottrina e sicuramente si struttura su solide e innegabili fondamenta. E', peraltro, consapevolezza diffusa come uno dei grandi problemi delle società contemporanee sia quello di operare un efficace bilanciamento tra principi di uguale rango che entrano in acuta contrapposizione e, in particolare, tra il fondamentale diritto alla libertà di espressione del proprio pensiero e l'altrettanto irrinunciabile diritto ad essere se stessi, a seguire le proprie convinzioni personali e religiose, a non essere discriminati in ragione di tali convinzioni. Appaiono, in questo senso, pienamente condivisibili nella loro purezza teorica le opinioni di coloro i quali sottolineano l'inefficacia dello strumento penale nella lotta alla discriminazione e il valore del confronto e della discussione che non può essere totalmente annullato nemmeno quando vengono in gioco opinioni aberranti come quelle che sottendono idee di superiorità (o inferiorità) di una religione o di una razza²⁴⁸.

Ciò nondimeno il provvedimento in questione non appare esente da perplessità e critiche. A prescindere da ogni giudizio sulla fattura del testo legislativo, sull'approssimazione tecnica di singole disposizioni e sulla sua idoneità a raggiungere gli obiettivi prefissati²⁴⁹, la normativa del 2006 segnala la tendenza, tutta italiana, a minimizzare la riemersione di correnti xenofobe e di comportamenti razzisti,

247 Per un inquadramento complessivo della novella del 2006 si rimanda a PACILLO, *I delitti contro le confessioni religiose dopo la legge 24 febbraio 2006, n. 85*, Milano, 2007.

248 Si veda, per tutti, CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in CANESTRARI (a cura di), *Laicità e diritto*, Bononia University Press, Bologna, 2007, 17 ss. Diversamente non manca chi, pur sottolineando il carattere di *extrema ratio* della sanzione punitiva, ritiene che la repressione di condotte di manifestazione del pensiero, quali la diffusione, la propaganda, l'istigazione, può rivelarsi ammissibile e necessaria quando – come nel caso specifico – mette in discussione il pari riconoscimento e godimento dei diritti e delle libertà fondamentali. Cfr. L. PICOTTI, *La politica penale contro la discriminazione razziale in Italia fra diritti fondamentali e contraddizioni della società globalizzata*, in L. CALAFA' e D. GOT-TARDI (a cura di), *Il diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa*, Roma, 2009, 355.

249 Sul punto rimando alle considerazioni critiche di VISCONTI, *Il legislatore azzecagarbugli: le "modifiche in materia di reati di opinione" introdotte dalla l. 24 febbraio 2006, n. 85*, in *FI*, 2006, V, c. 218 ss.

nonostante che le cronache giornalistiche (e giudiziarie) delineino uno scenario sempre più allarmante. Proprio sulla scorta di queste considerazioni, quasi contemporaneamente all'entrata in vigore della riforma in oggetto, l'UNAR (nel suo già citato rapporto) aveva invitato il Governo a irrigidire le sanzioni collegate alla commissione di atti di intolleranza, ascrivendo all'eccessiva mitezza delle pene la ridotta applicazione pratica delle norme incriminatrici. Ad accentuare la sensazione di incertezza che già scaturlisce da questa dissonanza, lo stesso legislatore appena un anno dopo predisponendo una nuova riforma orientata a ripristinare una reazione vigorosa nei confronti delle opinioni aventi contenuto discriminatorio²⁵⁰. Ma a far ritenere che la riforma del 2006 risponda più ad una sottovalutazione di questi temi che ad una precisa scelta di carattere teorico sovviene la circostanza che esso, lungi dall'introdurre un mero alleggerimento delle pene previste per la diffusione di idee intolleranti, riduce il trattamento sanzionatorio anche in presenza di atti di discriminazione per motivi razziali e religiosi, lanciando così un messaggio oltremodo discutibile²⁵¹ che rischia di avallare la diffusione di comportamenti intolleranti che non possono in alcun modo considerarsi collegati con il diritto ad esprimere liberamente il proprio pensiero.

Nel frattempo, le oscillazioni e le incertezze sembrano aver contaminato anche l'operato della giurisprudenza. La terza sezione penale della Corte di Cassazione non dubita che il rifiuto di servire alcuni cittadini extracomunitari opposto da un barista perfezioni il reato di discriminazione razziale, ai sensi dell'art. 3, 1° comma, l. n. 205/1993, anche qualora conosca alcune limitate eccezioni in favore di altri soggetti appartenenti al medesimo gruppo etnico²⁵², e nemmeno esita a qualificare come discriminatorio il gesto di strappare il velo indossato da una donna musulmana²⁵³. Nello stesso tempo, la quinta sezione penale della Corte di Cassazione annulla una sentenza di condanna emessa dalla Corte d'Appello di Trieste nei confronti di un soggetto che si era rivolto ad alcune donne straniere chiamandole "sporche negre", escludendo che la frase perfezioni la fattispecie di cui all'art. 3 della l. n. 205/1993, in quanto l'odio razziale cui fa riferimento la norma presupporrebbe un sentimento estremo di rifiuto che va oltre la mera avversione e in quanto la nozione di discriminazione ivi disciplinata non coinciderebbe con qualsiasi condotta avversa all'integrazione, richiedendo al contrario che il comportamento incriminato comprometta il riconoscimento, il godimento

250 D.d.l., d'iniziativa governativa, n. 2169/2007.

251 SALAZAR, *I "destini incrociati" della libertà di espressione e della libertà di religione: conflitti e sinergie attraverso il prisma del principio di laicità*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1/2008, 86.

252 Corte di Cassazione, terza sezione penale, sentenza n. 37733 dell'11 ottobre 2006.

253 Corte di Cassazione, terza sezione penale, sentenza n. 11919 del 9 marzo 2006.

o l'esercizio, in condizione di parità, delle libertà fondamentali²⁵⁴.

Ancor più recentemente, la terza sezione della Corte di Cassazione si è pronunciata su un caso che ha destato molto scalpore, originato dalla dichiarazioni anti-rom di alcuni noti esponenti veneti di un partito che compone l'attuale maggioranza governativa. Nel ribadire che l'odio richiesto dalla normativa vigente non può confondersi con ogni mero sentimento di avversione, la Corte afferma la legittimità di quelle discriminazioni che siano basate non sulla diversità del soggetto ma sul suo concreto comportamento e, proprio per non aver sufficientemente considerato questa distinzione, annulla con rinvio ad altra sezione della Corte di Appello di Venezia la pronuncia impugnata²⁵⁵.

In questa sentenza, come nella maggior parte dei provvedimenti appena citati, razza e religione tornano a presentarsi congiuntamente, a dimostrazione che la scelta del legislatore comunitario di separare questi fattori non ha saputo leggere la realtà concreta delle cose che, oggi più che ieri, continua a cogliere questi elementi in maniera unitaria. In questa sentenza, come in altri momenti di questo saggio, si avverte la sensazione che la lotta alle discriminazioni religiosi e razziali non sempre venga condotta sotto il versante giuridico con tutte le armi a disposizione, continuando a conoscere attenuazioni, incertezze e distinguo che ne minano inevitabilmente l'efficacia proprio quando massima appare la necessità di rilanciare il principio di eguaglianza in tutte le sue forme e in tutte le sue applicazioni.

254 Corte di Cassazione, quinta sezione penale, sentenza n. 44295 del 5 dicembre 2005. Nello stesso senso, Corte di Cassazione, quinta sezione penale, sentenza n. 9381/2006 del 17 marzo 2006.

255 Corte di Cassazione, terza sezione penale, sentenza n. 13234 del 13 dicembre del 2007. La Corte d'appello di Venezia, reinvestita della questione, condannò gli imputati con sentenza del 20 ottobre 2008 e il provvedimento fu definitivamente confermato dalla Corte di Cassazione con sentenza n. 4189 del 30 ottobre 2009. Per una ricostruzione dettagliata della vicenda si rimanda a CARUSO, *Dialettica della libertà di espressione: il "caso Tosi" e la propaganda di idee razziste*, in *Le discriminazioni razziali ed etniche*, cit., 133 ss. e TANZARELLA, *Il discorso d'odio razziale. Le tappe legislative e giurisprudenziali di un discutibile reato costituzionalmente protetto*, in *Diritto, Immigrazione e cittadinanza*, 4/2010, 63 ss..

Capitolo Quinto

RASSEGNA DELLA GIURISPRUDENZA IN MATERIA DI AZIONE CIVILE CONTRO LA DISCRIMINAZIONE PER MOTIVI RAZZIALI, ETNICI, NAZIONALI O RELIGIOSI.

di Luigi Mughini

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le novità legislative in materia di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. – 3. Rassegna giurisprudenziale. – 3.1. Attività svolta da incaricato di pubblico servizio. – 3.2. Accesso al pubblico impiego. – 3.3. Attività sportiva professionale. – 3.4. Intermediazione immobiliare e accesso alle cooperative per la locazione e costruzione di abitazioni. – 3.5. Accesso agli alloggi di edilizia residenziale pubblica. – 3.6. Accesso e vendita di beni e servizi. – 3.7. Prestazioni di assistenza sociale. – 3.8. Accesso all'istruzione. – 3.9. Informazione e diritto all'immagine. – 3.10. Partecipazione dello straniero non comunitario alla vita pubblica locale me. – 4. Considerazioni conclusive sulla giurisprudenza in materia di azione civile contro la discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi.

1. Introduzione

Con l'entrata in vigore della l. 6 marzo 1998, n. 40 (la c.d. legge Turco -Napolitano), e particolarmente con gli artt. 41 e 42, poi trasfusi negli artt. 43 e 44 del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, faceva ingresso nel nostro ordinamento, per la prima volta, un importante strumento giuridico, di diritto sostanziale e processuale, per il contrasto della discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi.

Come noto l'art. 43, cit., norma di diritto sostanziale, dopo un'enunciazione di carattere generale sul concetto di comportamento discriminatorio, basato sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica, le convinzioni e le pratiche religiose, enuclea una serie di comportamenti discriminatori c.d. tipizzati, cioè allorquando il comportamento tenuto sia da considerarsi in ogni caso discri-

minatorio, sia con riguardo alla pubblica amministrazione che al privato.

L'art. 44, cit., norma di diritto processuale, con riferimento ai comportamenti che possono determinare una discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, stabilisce invece le modalità, nonché i possibili effetti, per l'esercizio dell'azione civile contro la discriminazione.

Nel corso degli oltre dieci anni trascorsi dall'entrata in vigore delle due richiamate norme si è aggiunta, parzialmente integrando o, per così dire, stratificandosi, l'ulteriore normativa introdotta con il d.lgs. 9 luglio 2003, n. 215, recante attuazione della direttiva 2000/43/CE per la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, nonché dal collegato d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216, recante attuazione della direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro.

Ma se gli artt. 43 e 44 del d.lgs. n. 286/1998, e le ulteriori e successive norme in materia di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, sono state oggetto di attento studio ed esame²⁵⁶, anche nell'ambito del presente testo, minore attenzione²⁵⁷ è stata data alla giurisprudenza che, queste norme hanno prodotto.

L'obiettivo del presente lavoro è dunque proprio quello di passare in rassegna in modo sistematico la giurisprudenza che, a partire dal 1998, si è venuta a formare con l'introduzione dell'azione civile contro le discriminazioni per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi.

Partendo dall'esame sistematico della giurisprudenza venutasi a formare, riteniamo di poter giungere utilmente a valutare e capire quale siano state, in questi anni, le difficoltà interpretative e, prima ancora, applicative delle richiamate norme, ed ancora, quale sia stata l'effettiva portata giuridica conseguita e i risultati ottenuti con l'introduzione nel nostro ordinamento di questa particolare azione contro le discriminazioni per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi.

Partendo da un approccio empirico, che tenga conto del "diritto vivente", lo scopo di questo lavoro è quello di stimare quali e quante azioni civili contro la di-

256 Cfr. GOTTARDI, *Le discriminazioni basate sulla razza e sull'origine etnica*, in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, a cura di Barbera, Milano, 2007, 1 e ss.; AA.VV., *La tutela contro le discriminazioni razziali, etniche e religiose*, in *Diritto degli stranieri*, a cura di Nascimbene, Padova, 2004, 1082 e ss.; AMATO, *Il divieto di discriminazione per motivi non di genere in materia di lavoro*, in *RIDL*, 2005, 2, 271; CAVANA, *Pluralismo religioso e modelli di cittadinanza: l'azione civile contro la discriminazione*, in *Dir. eccl.*, 2000, 1, 165; CENTINI, *La tutela contro gli atti di discriminazione: la dignità umana tra il principio di parità di trattamento ed il divieto di discriminazione soggettive*, in *GiC*, 2007, 3, 2405; MAFFEIS, *La discriminazione religiosa nel contratto*, in *Dir. eccl.*, 2006, 1-2, 55; MOROZZO DELLA ROCCA, *Gli atti discriminatori nel diritto civile alla luce degli artt. 43 e 44 del T.U. sull'immigrazione*, in *DFP*, 2002, 1, 112; SILVESTRI, *Codice delle pari opportunità e tutela antidiscriminatoria*, in *RTDPC*, 2007, 3, 853; ACIERNO, *La tutela delle discriminazioni nel d.lgs. n. 215/200*, in *Dir. Immigrazione e Cittadinanza*, 2004, fasc. 3, 43.

257 Cfr. GOTTARDI, *Le discriminazioni basate sulla razza e sull'origine etnica*, cit., 20 e ss.

scriminazione sono state intraprese in questi anni e, conseguentemente, valutare l'effettività ed efficacia della tutela antidiscriminatoria per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi.

La giurisprudenza prodotta dai giudizi *ex art.* 44, d.lgs. n. 286/1998, così come integrato dalle disposizioni del d.lgs. n. 215/2003, alla quale è stata aggiunta la correlata e collegata giurisprudenza amministrativa sempre in materia di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, è stata suddivisa per argomenti (accesso al pubblico impiego, accesso agli alloggi di edilizia residenziale pubblica, ecc.) in modo da dare omogeneità all'esame e alle conseguenti conclusioni.

2. Le novità legislative in materia di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi

Prima di inoltrarci nell'esame della giurisprudenza che, come detto, rappresenta l'obiettivo primario di questo lavoro, non possiamo non soffermarci, ancorché brevemente, su una recente novità legislativa che ha modificato, ulteriormente, il quadro normativo di riferimento.

Come ricordato, con il d.lgs. 9 luglio 2003, n. 215, è stata data attuazione alla direttiva 2000/43/CE per la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, ma tale attuazione ha determinato non poco dibattito²⁵⁸ sull'effettiva trasposizione, nel nostro ordinamento, della direttiva comunitaria.

Le critiche, decisamente ben fondate, e che vertevano su molteplici aspetti, erano infatti incentrate particolarmente sulla mancata attuazione dell'inversione dell'onere della prova, inversione tanto ben individuata e delineata nella direttiva,⁴ quanto disattesa nel decreto di attuazione.

Mentre l'art. 8 della direttiva 29 giugno 2000, n. 2000/43/CE, stabiliva chiaramente che gli Stati membri dovevano assicurare che, a fronte di *“fatti dai quali si può presumere che vi sia stata una discriminazione diretta o indiretta, incombe alla parte convenuta provare che non vi sia stata violazione del principio della parità di trattamento”*, l'art. 4, 3° comma, d.lgs. n. 215/2003, nel regolare l'inversione dell'onere della prova stabiliva: *“Il ricorrente, al fine di dimostrare la sussistenza di un comportamento discriminatorio a proprio danno, può dedurre in giudizio, anche sulla base di dati statistici, elementi di fatto, in termini gravi, precisi e concordanti, che il giudice valuta ai sensi dell'art. 2729, primo comma, del codice civile”*.

Dunque se per la direttiva la “presunzione” del comportamento discriminatorio poteva essere sufficiente per determinare l'inversione dell'onere della prova, il de-

258 Cfr. GOTTARDI, *Le discriminazioni basate sulla razza e sull'origine etnica*, cit., 6 e ss.

creto attuativo, dopo aver richiesto la dimostrazione di elementi di fatto, in termini gravi, precisi e concordanti, rinviava all'applicazione delle norme civilistiche sulla valutazione delle presunzioni semplici da parte del giudice: valutazione delle presunzioni semplici che non rappresentava certo l'inversione dell'onere della prova e che, peraltro, era già prevista dall'art. 44, 9° comma, d.lgs. n. 286/1998. La mancata attuazione dell'inversione dell'onere della prova e l'omessa attuazione di altri aspetti della direttiva 2000/43/CE avevano portato ad una procedura di infrazione nei confronti dello Stato italiano, a cui il legislatore nazionale ha posto rimedio con il d.l. 8 aprile 2008, n. 59.

L'art. 8 *sexies*, del d.l. cit., articolo inserito dall'art. 1 della l. 6 giugno 2008, n. 101, in sede di conversione, ha quindi modificato l'art. 4, 3° comma, d.lgs. n. 215/2003, che ora così dispone: *“Quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori, spetta al convenuto l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione”*.

Come si vede notevole è la differenza del testo della norma, finalmente in vigore, rispetto al precedente e, ancorché il testo nazionale si distingua da quello della direttiva richiedendo non soltanto una “presunzione” di comportamento discriminatorio, bensì una presunzione fondata su elementi di fatto “in termini precisi e concordanti”, non vi è dubbio che si sia giunti ad una ben diversa definizione dell'inversione dell'onere della prova.

La novità normativa è di estremo rilievo: l'esame della giurisprudenza, antecedente la modifica, dimostrerà la difficoltà del raggiungimento della prova del comportamento discriminatorio, circostanza che, invece, sembra essersi attenuata negli ultimi tre anni, così determinando un aumento del numero di azioni. Si segnala inoltre che il d.l. 8 aprile 2008, n. 59 convertito con la l. 6 giugno 2008, n. 101, inserendo l'art. 4 *bis* al d.lgs. n. 215/2003²⁵⁹, ha esteso la protezione delle vittime di discriminazione, stabilendo che la tutela giurisdizionale avverso gli atti e i comportamenti discriminatori si applica anche nei casi in cui tali comportamenti, rivolti alla parte lesa o a qualsiasi altra persona, siano una reazione ad una qualsiasi attività diretta ad ottenere la parità di trattamento.

In tal senso, sempre in ossequio al preciso indirizzo contenuto nella direttiva, si è inteso estendere, o comunque allargare, la protezione delle vittime di discriminazione, non solo ai soggetti direttamente o indirettamente vittime dei comportamenti discriminatori, ma anche a coloro che, nell'intento di dare aiuto e protezione a questi soggetti, si trovino, a loro volta, vittime di atti e comportamenti

259 Art. 4 *bis*, d.lgs. n. 215/2003: “(Protezione delle vittime) – La tutela giurisdizionale di cui all'art. 4 si applica altresì nei casi di comportamenti, trattamenti o altre conseguenze pregiudizievoli posti in essere o determinate, nei confronti della persona lesa da una discriminazione diretta o indiretta o di qualunque altra persona, quale reazione ad una qualsiasi attività diretta ad ottenere la parità di trattamento”.

discriminatori.

Infine il d.l. 8 aprile 2008, n. 59, convertito con la l. 6 giugno 2008, n. 101, modificando il testo del d.lgs. n. 215/2003, e particolarmente l'art. 2, 3° comma²⁶⁰, in ordine alla definizione di molestie, ha corretto la norma inserendo una disgiunzione (clima umiliante od offensivo) laddove era stata precedentemente posta una congiunzione (clima umiliante e offensivo) che si distanziava dal testo della direttiva.

3. Rassegna giurisprudenziale

3.1. Attività svolta da incaricato di pubblico servizio

Abbiamo pensato di iniziare la trattazione dell'esame della giurisprudenza partendo da un caso, avvenuto nel 1999, relativo al comportamento tenuto da un incaricato di pubblico servizio, non tanto per la rilevanza dello stesso, quanto perché si tratta del primo provvedimento giurisdizionale in materia di azione civile contro la discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi.

La giurisprudenza sull'art. 44, d.lgs. n. 286/1998, inizia²⁶¹, infatti, con il caso di un "verificatore" che, nel controllare i biglietti a bordo di un mezzo pubblico – autobus di linea nella città di Firenze – avrebbe attuato un comportamento discriminatorio nei confronti di una cittadina straniera proprio in ragione della sua provenienza etnica e nazionale.

Questo primo provvedimento, peraltro negativo in quanto il ricorso non è stato accolto dal giudice fiorentino, assume un certo significato non soltanto perché segna l'inizio della giurisprudenza in materia ma, particolarmente, perché pone subito in evidenza la difficoltà dell'onere probatorio che grava, possiamo ora dire che gravava, sulla vittima della discriminazione in caso di azione giudiziaria.

Secondo la vittima della discriminazione, infatti, il controllore avrebbe attuato la verifica a bordo dell'autobus iniziando da quest'ultima e trascurando gli altri passeggeri, l'avrebbe obbligata a scendere dall'autobus e costretta a salire su una macchina dell'azienda dei trasporti pubblici, peraltro priva di segni di riconoscimento, per accompagnarla alla polizia per l'identificazione, l'avrebbe intimorita prospettandole la possibilità di un rimpatrio forzato nel suo Paese.

260 Art. 2, 3° comma, d.lgs. n. 215/2003: "Sono, altresì, considerate come discriminazioni, ai sensi dell'art. 1, anche le molestie ovvero quei comportamenti indesiderati, posti in essere per motivi di razza o di origine etnica, aventi lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante od offensivo".

261 Trib. Firenze, ord. 30.12.1999, in *Dir. Immigrazione e Cittadinanza*, 2000, fasc. 1, 111 con nota di MUGHINI, *Prime riflessioni a margine dell'ordinanza del Tribunale di Firenze in materia di azione contro la discriminazione razziale*, *id.*, 2000, fasc. 1, 82.

Il controllore invece negava di aver avuto una condotta diversa da quella normalmente attuata in fase di controllo dei biglietti di viaggio e di identificazione dei passeggeri.

A fronte delle due contrapposte tesi, al termine dell'istruttoria, il giudice ha ritenuto che era emersa la prova di un *comportamento arbitrario* ma non di un *comportamento discriminatorio*.

Secondo il giudicante non vi era alcuna risultanza istruttoria che confortasse l'assunto secondo il quale il controllore avesse agito "*soltanto a causa dei tratti somatici della [...], evidentemente latino americana*" per poi concludere "*L'incertezza probatoria derivante dalla contraddittorietà delle deposizioni e dall'inesistenza di risultanze che consentano una scelta in ordine alla diversa attendibilità delle medesime ridonda a sfavore della ricorrente, secondo la regola di giudizio dettata dall'art. 2697 c.c.*".

Il rigore preteso dal giudicante fiorentino nell'assolvimento dell'onere della prova da parte della vittima, in ordine alla dimostrazione della volontarietà del comportamento discriminatorio, ben evidenzia la difficoltà che, sempre, ha avuto la vittima della discriminazione nel dimostrare che un certo comportamento è stato tenuto, nei suoi confronti, esclusivamente in ragione della sua appartenenza etnica o razziale.

Ma, indipendentemente dalla valutazione dei mezzi istruttori effettuata dal giudice, deve essere sottolineato come lo stesso abbia disatteso la portata della norma di cui all'art. 43, 1° comma, d.lgs. n. 286/1998, che, nell'indicare la clausola generale di non discriminazione stabilisce che è discriminatorio un comportamento che abbia *lo scopo* o *l'effetto* di discriminare, quindi indipendentemente dalla volontarietà dell'azione.

Conseguentemente il comportamento discriminatorio può ben concretizzarsi in un comportamento oggettivo che abbia, comunque, l'effetto di distruggere o di compromettere il riconoscimento o l'esercizio di un diritto del soggetto passivo dell'azione.

3.2. Accesso al pubblico impiego

La fattispecie indubbiamente più interessante in tema di azione civile contro la discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, sia per il numero dei casi trattati, sia per il rilievo connesso, è sicuramente quella in tema di accesso, per i cittadini non comunitari, al pubblico impiego.

Sull'argomento occorre rilevare preliminarmente che la tutela giudiziaria, contro i comportamenti discriminatori, può essere rivolta sia al giudice ordinario con l'azione civile contro la discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, *ex art. 44, d.lgs. n. 286/1998*, sia al giudice amministrativo per chiede-

re, come meglio vedremo, l'illegittimità del provvedimento amministrativo per violazione del principio di parità di trattamento.

In tal senso, secondo una giurisprudenza ormai costante, ove la vittima della discriminazione ritenga di avvalersi dell'azione civile contro la discriminazione ex art. 44, d.lgs. n. 286/1998, questa non si porrà in contrasto con la competenza riservata al giudice amministrativo, in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, dall'art. 63 del d.lgs. n. 165 del 2001.

La questione è stata trattata più volte e, in modo univoco, la giurisprudenza che si è venuta a formare sul punto²⁶² ritiene che questo tipo di controversie rientri pienamente nel combinato disposto degli artt. 2 e 44 del d.lgs. n. 286/1998 così come risulta dalla lettura e interpretazione coordinata delle due disposizioni.

Secondo la richiamata uniforme giurisprudenza, l'art. 2 del d.lgs. n. 286/1998 dispone infatti che lo straniero regolarmente presente sul territorio dello Stato gode dei diritti civili attribuiti al cittadino italiano, e che ai lavoratori stranieri sono garantiti parità di trattamento e piena uguaglianza di diritti rispetto ai lavoratori italiani.

Sempre secondo la richiamata giurisprudenza il successivo art. 44, d.lgs. n. 286/1998 specifica che quando il comportamento di un privato o della pubblica amministrazione produce una discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, il giudice può ordinare la cessazione del comportamento pregiudizievole e adottare ogni provvedimento idoneo a rimuovere la discriminazione, e che la domanda si propone con ricorso depositato nella cancelleria del giudice del luogo del domicilio dell'istante.

Dalle due disposizioni è quindi agevole ricavare che tutte le volte che il comportamento di una pubblica amministrazione determina una violazione dei diritti in materia civile, che sono riconosciuti allo straniero regolarmente soggiornante nel territorio dello Stato, a parità di trattamento e in condizione di piena uguaglianza di diritti rispetto ai lavoratori italiani, questi può chiedere la cessazione del comportamento e l'adozione di ogni altro provvedimento idoneo.

Si tratta dunque, sempre secondo la prevalente giurisprudenza, di un procedimento speciale per la cessazione di qualsiasi comportamento pregiudizievole dei diritti riconosciuti agli stranieri, e/o rimozione degli effetti delle discriminazioni

262 Si veda in proposito: Corte App. Firenze, ord. 2.7.2002, in *Dir. Immigrazione e Cittadinanza*, 2003, fasc. 2, 103 e in *RIDL*, 2003, II, 272 con nota di MAMONE, *L'accesso al lavoro pubblico dei cittadini extracomunitari fra divieto di discriminazione e restrizioni all'accesso degli extracomunitari*; Trib. Genova, ord. 21.4.2004, in *Dir. Immigrazione e Cittadinanza*, 2004, fasc. 2, 172 commentata da PAGGI, *Discriminazione e accesso al pubblico impiego*, *id.*, 2004, fasc. 2, 83; Trib. Pistoia, ord. 7.5.2005, *id.*, 2005, fasc. 1, 121 con scheda di ALFIERI, confermata da Corte App. Firenze, ord. 21.12.2005, *id.*, 2006, fasc. 2, 110; Trib. Bologna, ord. 7.9.2007, *id.*, 2007, fasc. 4, 112, Trib. Milano dec. 30.5.2008, *id.*, 2008, fasc. 3-4, 219; Trib. Genova, ord. 3.6.2008, *id.*, 2008, fasc. 3-4, 227.

poste in essere sia dai privati che dalle pubbliche amministrazioni.

In tal senso nel d.lgs. n. 286/1998 non si rinviene alcuna distinzione tra la fase procedurale prodromica all'assunzione e la fase successiva concernente il rapporto di lavoro già instaurato, perché la normativa, nell'affermare la completa equiparazione tra i cittadini italiani e comunitari a quelli non comunitari, regolarmente soggiornanti, pone un principio di carattere generale, relativo al diritto al lavoro, che rende illegittima qualsiasi discriminazione, sia nella scelta del dipendente, sia nella disciplina del rapporto di lavoro e, contro eventuali atti o comportamenti illegittimi, prevede il generale rimedio *ex art. 44*, d.lgs. n. 286/1998.

Tutti i casi portati all'attenzione della giurisprudenza sono stati originati da azioni conseguenti all'esclusione, o all'ammissione con riserva, da pubblici concorsi per personale infermieristico o per medici con mansioni direttive, ove veniva richiesto il requisito della cittadinanza italiana, o di altro Stato dell'Unione europea quale condizione per l'ammissione.

Come correttamente osservato in dottrina²⁶³, all'esito di un processo di crescente integrazione, gli immigrati, specie se da lungo tempo presenti o di seconda generazione, cominciano ad ambire a posti di lavoro pubblico di tipo impiegatizio, con evidente crescente concorrenza sul mercato del lavoro che porta, e sempre di più porterà in evidenza, il contraddittorio quadro normativo attualmente esistente, che sembrerebbe riservare un diverso trattamento tra cittadini italiani, e anche comunitari, e cittadini non comunitari.

Venendo al merito della questione dell'accesso degli stranieri al pubblico impiego, vi è da rilevare il contrasto giurisprudenziale in ordine all'interpretazione delle norme di riferimento e, particolarmente, in ordine alla successione temporale delle norme e del grado di valore delle stesse.

Cercheremo quindi, in primo luogo, di capire quale sia il quadro normativo di riferimento che, come precisato, è alquanto contraddittorio.

Per un verso, infatti, partendo dal livello costituzionale, l'art. 51 Cost., sembra riservare ai soli cittadini italiani la partecipazione ai concorsi pubblici, lettura che parrebbe confortata dalla normativa che si è stratificata nel tempo, specialmente quando, storicamente, la presenza di migranti stranieri sul territorio dello Stato era irrilevante.

In tal senso il vecchio d.p.r. n. 3/1957 "Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato", così come il d.p.r. n. 487/1994 sulle procedure concorsuali e il d.p.r. n. 483/1997 sul personale dirigenziale del Servizio Sanitario Nazionale con, infine, il d.lgs. n. 165/2001 contenente il nuovo Testo unico del pubblico impiego che, all'art. 35, conservano l'ammissione ai pubblici concorsi per i soli cittadini italiani con l'unica apertura ai cittadini co-

263 Cfr. BUFFA, *Dipendenti pubblici extracomunitari? Il no della Cassazione e il sì dei giudici di merito: una questione ancora irrisolta*, in *Dir. Immigrazione e Cittadinanza*, 2006, fasc. 4, 47.

munitari per i posti che non implicano esercizio diretto o indiretto di pubblici poteri ovvero non attengono alla tutela dell'interesse nazionale.

Per contro, sempre partendo dal livello costituzionale, deve essere ben evidenziato il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 della Cost., coordinato con l'art. 10, 2° comma, Cost. che dispone che la condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali.

Il richiamo è, evidentemente, in primo luogo, alla Convenzione dell'O.I.L. n. 143 del 24.6.1975, ratificata e resa esecutiva in Italia con la l. 10.4.1981, n. 158 che impone di promuovere e garantire la parità di opportunità e di trattamento in materia di occupazione per le persone che, in quanto lavoratori migranti o familiari degli stessi, si trovino legalmente sul territorio, con l'unica limitazione restrittiva per alcune categorie di occupazione, qualora tale restrizione sia necessaria nell'interesse dello Stato.

In questa direzione l'art. 2 del d.lgs. n. 286/1998 che, come ricordato, dispone che lo straniero regolarmente presente sul territorio dello Stato gode dei diritti civili attribuiti al cittadino italiano, e che ai lavoratori stranieri sono garantiti parità di trattamento e piena uguaglianza di diritti rispetto ai lavoratori italiani.

L'enunciato quadro normativo si è dunque prestato ad una duplice lettura che ha portato ad un contrasto interpretativo apparentemente insolubile.

Secondo il prevalente orientamento della giurisprudenza di merito ordinaria e del giudice amministrativo²⁶⁴, l'art. 2, d.lgs. n. 286/1998, affermando la piena equiparazione fra i cittadini italiani e comunitari ai cittadini non comunitari, purché regolarmente soggiornanti, introduce un principio di carattere generale inerente al diritto al lavoro che afferma la illegittimità di ogni discriminazione: diritto al lavoro che deve essere considerato come uno dei diritti fondamentali costituzionalmente previsti e tutelati che, come tale, ha la natura di un diritto soggettivo perfetto.

Tale diritto soggettivo perfetto non può dunque trovare limitazioni da una norma regolamentare quale quella contenuta nel d.p.r. 9 maggio 1994, n. 487 che, all'art. 2, stabilisce che sia consentito l'accesso agli impieghi civili delle pubbliche amministrazioni solo alle persone aventi cittadinanza italiana.

Secondo il richiamato prevalente orientamento giurisprudenziale, in seguito all'entrata in vigore del d.lgs. n. 286/1998, pertanto, ogni qual volta la pubblica amministrazione preclude o rende più difficile ai cittadini non comunitari l'accesso al settore pubblico o la partecipazione ai pubblici concorsi, compromettendo l'esercizio di un diritto fondamentale, esclusivamente per ragioni di cittadinanza, pone in essere una discriminazione che può essere denunciata al giudice per otte-

264 Cfr. TAR Liguria, Sez. II, sentenza 13.4.2001, n. 399, *Dir. Immigrazione e Cittadinanza*, 2002, fasc. 2, 161 con scheda di ZORZELLA; Corte di Appello di Firenze, ord. 2.7.2002, *id.*, 2003, fasc. 2, 103; Trib. Genova, ord. 21.4.2004, *id.*, 2004, fasc. 2, 172; Trib. Pistoia, ord. 7.5.2005, *id.*, 2005, fasc. 1, 121.

nere un provvedimento che la faccia cessare.

La normativa disciplinata con il d.lgs. n. 286/1998 ha integralmente disciplinato *ex novo* la materia, rendendo assolutamente incompatibile la precedente normativa disciplinata dal d.p.r. n. 487/1994 che deve pertanto considerarsi implicitamente abrogata dal d.lgs. n. 286/1998 sulla base del principio di incompatibilità dettato dall'art. 15 delle preleggi al c.c.

Dopo una decisione del giudice amministrativo²⁶⁵ di opposto orientamento, anche la giurisprudenza di legittimità, con una pronuncia del 2006²⁶⁶, ha dato una diversa interpretazione alla successione e al valore delle norme di riferimento disciplinanti la materia, stabilendo la legittimità del requisito della cittadinanza italiana per l'accesso al pubblico impiego.

In particolare la Suprema Corte, in ordine all'accesso dei cittadini non comunitari al pubblico impiego, ha enunciato il seguente principio di diritto: *“Il requisito del possesso della cittadinanza italiana, richiesto per accedere al lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni dal d.p.r. n. 487/94, art. 2 – norma “legificata” dal d.lgs. n. 165/2001, art. 70, comma 13 – e dal quale si prescinde, in parte, solo per gli stranieri comunitari, nonché per casi particolari (d.lgs. n. 165/2001, art. 38; d.lgs. n. 286/1998, art. 27), si inserisce nel complesso delle disposizioni che regolano la materia particolare dell'impiego pubblico, materia fatta salva dal d.lgs. n. 286/1998, che, in attuazione della Convenzione OIL n. 175 del 1975, resa esecutiva con la l. n. 158/1981, sancisce, in generale, parità di trattamento e piena uguaglianza di diritti per i lavoratori extracomunitari rispetto ai lavoratori italiani; né l'esclusione dello straniero non comunitario dall'accesso al lavoro pubblico (al di fuori delle eccezioni espressamente previste dalla legge) è sospettabile di illegittimità costituzionale, atteso che si esula dall'area dei diritti fondamentali e che la scelta del legislatore è giustificata dalla stesse norme costituzionale (artt. 51, 97 e 98 Cost.)”*.

La sentenza della Suprema Corte sembra però non essere stata pienamente convincente: sono infatti da segnalare successivi interventi della giurisprudenza di merito²⁶⁷ che ritengono comunque illegittimo il requisito della cittadinanza italiana per accedere al pubblico impiego.

La giurisprudenza di merito successiva alla decisione della Suprema Corte ritiene infatti doveroso dare alle norme di riferimento (e quindi d.p.r. n. 3/1957

265 Cfr. TAR Toscana, sentenza 24 gennaio 2003, n. 38/2003.

266 Cass., Sez. Lav., 13 novembre 2006, n. 24170.

267 Cfr. Trib. Bologna, ord. 7.9.2007, in *Dir. Immigrazione e Cittadinanza*, 2007, fasc. 4, 112; Trib. Perugia, ord. 29.9.2006, *id.*, 2006, fasc. 4, 166; Trib. Genova, ord. 3.6.2008, *id.*, 2008, fasc. 3-4, 227; Trib. Milano, ord. 1.8.2008, *id.*, 2008, fasc. 3-4; Trib. Rimini, ord. 27 ottobre 2009, n. 75; Trib. Parma ord. 13 maggio 2009, est. Vezzosi, Trib. Parma 5 maggio 2009, est. Dalla Casa; Trib. Milano, 30.5.2008 in D&L 2008,729, **Trib. Firenze, Sez. Pontassieve, dec. 8.1.2011**;

“Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato”; d.lgs. n. 29/1993; d.lgs. n. 165/2001 nuovo “Testo unico sul pubblico impiego”; d.p.r. n. 487/1994; Convenzione Oil n. 143 del 1975 ratificata con la l. n. 158/1981; d.lgs. n. 286/1998 “Testo unico sull’immigrazione”; d.lgs. n. 215/2003 attuativo della direttiva comunitaria n. 43/00) un’interpretazione costituzionalmente orientata, anche seguendo l’insegnamento della Corte costituzionale che ha avuto modo di affermare²⁶⁸ la regola di diritto secondo la quale il principio di uguaglianza tra lavoratori comunitari e non comunitari, non può intendersi violato laddove non sussista alcuna norma che neghi espressamente o implicitamente il diritto controverso all’extracomunitario.

Tale lettura trova ulteriore conforto nella giurisprudenza di merito²⁶⁹, ove si aggiunge che, in assenza di precise disposizioni restrittive inerenti lo svolgimento di determinate attività (quali ad esempio, quelle dei magistrati e dei militari) demandate al Presidente del Consiglio dei Ministri *ex art.* 30, 2° comma, del d.lgs. 30.3.2001, n. 165, deve valere la regola generale contenuta nella normativa speciale in tema di immigrazione di cui all’art. 2, d.lgs. n. 286/1998, che sancisce la parità di trattamento e la piena uguaglianza di diritti tra lo straniero regolarmente soggiornante in Italia e il cittadino italiano.

Spostandoci dall’accesso al pubblico impiego all’attività lavorativa collegata al pubblico trasporto, l’orientamento della giurisprudenza di merito non cambia: è da segnalare infatti il provvedimento del Tribunale di Firenze²⁷⁰ nascente dal ricorso *ex art.* 44 d.lgs. n. 286/1998, promosso da un cittadino tunisino avverso il bando del Comune di Firenze per l’assegnazione di licenze per taxi, ove si precisava che il bando era riservato esclusivamente a cittadini italiani o comunitari.

Il giudice ha accolto il ricorso, ritenendo che l’ente locale avesse tenuto un comportamento discriminatorio poiché imponeva illegittimamente, ai sensi dell’art. 43, 2° comma, lett. b), d.lgs. n. 286/1998, “condizioni più svantaggiose” nell’accesso all’occupazione “allo straniero *regolarmente* soggiornante in Italia soltanto in ragione della sua condizione di straniero” e di fatto negando la possibilità al ricorrente di partecipare al suddetto bando per concessione di licenze di taxi.

In modo particolare, secondo il giudicante, sempre ai sensi dell’art. 43, 2° comma, lett. e) d.lgs. n. 286/1998²⁷¹, nel caso trattato costituisce discriminazione

268 Corte costituzionale sentenza 30 dicembre 1998, n. 454.

269 Trib. Perugia, ord. 29.9.2006, cit.;

270 Trib. Firenze, ord. 3.6.2008, in *Dir. Immigrazione e Cittadinanza*, 2008, fasc. 3-4, 217, con nota di DELLE VERGINI.

271 Art. 43, 2° comma, lett. e) d.lgs. n. 286/1998: “Il datore di lavoro o i suoi preposti i quali, ai sensi dell’art. 15 della legge 20 maggio 1970, n. 300, come modificata ed integrata dalla legge 9 dicembre 1977, n. 903, e dalla legge 11 maggio 1990, n. 108, compiano qualsiasi atto o comportamento che produca un effetto pregiudizievole discriminando, anche indirettamente, i lavoratori in ragione della loro appartenenza ad una razza, ad un gruppo etnico e

indiretta ogni trattamento pregiudizievole conseguente all'adozione di criteri che svantaggino in modo proporzionalmente maggiore i lavoratori appartenenti ad una determinata razza, ad un determinato gruppo etnico o linguistico, ad una determinata confessione religiosa o ad una cittadinanza e riguardino requisiti non essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa.

Il giudice fiorentino riconosce dunque l'illegittimità del bando comunale sfiorando, e così senza affrontare, la questione sottesa e collegata dell'accesso ai concorsi pubblici da parte dei cittadini non comunitari.

A margine delle richiamate note sulla giurisprudenza in materia di accesso al pubblico impiego, è da rilevare che mai il giudicante, anche quando ha ritenuto di accogliere il ricorso, con ciò ammettendo il ricorrente alla partecipazione del pubblico concorso, ha condannato la pubblica amministrazione convenuta al pagamento del risarcimento danni.

In tutti i casi esaminati il giudicante ha ritenuto non provato il danno da parte del ricorrente, sia esso inteso come danno patrimoniale, sia esso quale danno non patrimoniale.

Solo nel caso dell'azione per la partecipazione al bando per la licenza dei taxi il giudice ha ritenuto di liquidare un importo in via equitativa a titolo di risarcimento del danno patrimoniale rigettando, comunque, la richiesta di risarcimento del danno non patrimoniale ritenuto, erroneamente, non ammissibile.

3.3. Attività sportiva professionale

Rimanendo in materia di accesso al lavoro, sono da segnalare alcuni provvedimenti di merito²⁷² relativi all'accesso all'attività sportiva professionale.

Tutti i casi riguardano azioni civili contro la discriminazione *ex art. 44, d.lgs. n. 286/1998*, promosse da cittadini non comunitari, titolari di contratti di lavoro professionistico con società sportive, nei confronti delle rispettive federazioni sportive di appartenenza (Federazione Italiana Gioco Calcio, Federazione Italiana

linguistico, ad una confessione religiosa, ad una cittadinanza. Costituisce discriminazione indiretta ogni trattamento pregiudizievole conseguente all'adozione di criteri che svantaggino in modo proporzionalmente maggiore i lavoratori appartenenti ad una determinata razza, ad un determinato gruppo etnico o linguistico, ad una determinata confessione religiosa o ad una cittadinanza e riguardino requisiti non essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa".

272 Cfr. Trib. Reggio Emilia, ord. 2.11.2000, *Dir. Immigrazione e Cittadinanza*, 2000, fasc. 4, 107 con nota di PIPPONZI, *id.*, 2000, fasc. 4, 86, vedi anche *FI*, 2002, I, 896, con nota di AGNINO; Trib. Teramo, ord. 4.12.2000, in *Dir. Immigrazione e Cittadinanza*, 2001, fasc. 1, 97; Trib. Verona, ord. 25.7.2002, in *Giur. merito*, 2003, 699 (s.m.); Trib. Pescara, ord. 18.10.2001, in *Riv. amm. r. it.*, 2002, 647, in senso contrario Trib. Pescara, ord. 14 dicembre 2001, *id.*, 2002, 651, con commento di TOGNON, *La libera circolazione nel diritto comunitario: il settore sportivo*, *id.*, 2002, 655.

Pallacanestro, Federazione Italiana Pallavolo, Federazione Italiana Nuoto) stante il rifiuto delle stesse a provvedere al tesseramento, comunque necessario per l'esercizio dell'attività sportiva professionistica rispetto alle società sportive di appartenenza.

In tutti i casi in esame le federazioni sportive si sono difese facendo riferimento ai rispettivi regolamenti e norme organizzative interne che prevedevano, anche se in misure diverse, la limitazione al tesseramento per le singole società sportive di atleti professionisti cittadini non comunitari.

Ma le norme interne delle federazioni sportive sono state ritenute dai giudicanti, con eccezione del provvedimento del Tribunale di Pescara in sede di reclamo, illegittime ed in contrasto con la normativa contenuta nella Convenzione di New York del 16 dicembre 1956, per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale, ratificata con l. 1.10.1975, n. 654, e segnatamente degli artt. 43 e 44, d.lgs. n. 286/1998 che vietano ogni forma di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali e religiosi.

In tal senso, non rileva in alcun modo né l'autonomia dell'ordinamento sportivo né che le limitazioni al tesseramento stabilite dalle rispettive federazioni sportive derivino da un potere di natura pubblicistica stante gli specifici aspetti dell'attività svolta dalle federazioni sportive, in quanto l'art. 43, 2° comma, d.lgs. n. 286/1998, indica tra i comportamenti discriminatori anche quelli compiuti da pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio e che l'art. 44, d.lgs. n. 286/1998, attribuisce al giudice ordinario il compito di accertare ed eliminare tanto il comportamento discriminatorio del privato quanto quello della pubblica amministrazione.

In definitiva, secondo la prevalente giurisprudenza di merito in argomento, il rifiuto al tesseramento da parte delle singole federazioni costituisce un elemento di differenziazione rispetto ai lavoratori italiani tale da compromettere il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e culturale e in ogni altro settore della vita pubblica giustificando, in tal senso, l'adozione di un provvedimento *ex art.* 44, d.lgs. n. 286/1998²⁷³.

3.4. Intermediazione immobiliare e accesso alle cooperative per la locazione e costruzione di abitazioni

L'abitazione, come il lavoro, rappresentano bisogni primari che anche il cittadino migrante straniero deve soddisfare con la massima urgenza e, proprio in materia

²⁷³ In senso contrario cfr. Trib. Pescara, ord. 14 dicembre 2001, in *Riv. amm. r. it.*, 2002, 651, che ritiene la pratica sportiva, ancorché oggetto di attività lavorativa professionale, non rientrate nelle libertà fondamentali oggetto di tutela degli artt. 43 e 44, d.lgs. n. 286/1998.

di accesso all'abitazione, sono rinvenibili diverse (anche se non è possibile definirle tante) pronunce giudiziali che presentano interessanti elementi interpretativi degli artt. 43 e 44, d.lgs. n. 286/1998.

Il più risalente provvedimento in materia di locazioni²⁷⁴ assume particolare importanza per due distinti motivi: il primo in ordine all'assolvimento dell'onere probatorio da parte della vittima della discriminazione, il secondo perché, per la prima volta, viene emessa una condanna al pagamento del danno non patrimoniale.

Il caso esaminato del Tribunale di Milano riguardava l'indisponibilità, da parte di un'agenzia immobiliare, a concludere contratti di locazione, nell'interesse dei propri clienti, con cittadini non comunitari: il comportamento tenuto dall'agenzia, ancorché richiesto dai singoli proprietari, è stato ritenuto dal giudice milanese integrante gli estremi di un comportamento discriminatorio *ex* art. 43, d.lgs. n. 286/1998

Fondamentale, per l'accoglimento del ricorso, è stata la prova testimoniale di due persone, cittadini italiani, che hanno confermato avanti al giudice di aver chiamato telefonicamente l'agenzia e di aver ricevuto un rifiuto da parte della stessa a concludere contratti di locazione, una volta saputo che la telefonata era fatta nell'interesse di un conoscente cittadino non comunitario.

Il giudice ha ritenuto perfettamente ammissibile e attendibile la testimonianza dei due testimoni, ancorché membri di un'associazione che assiste, anche dal punto di vista legale, cittadini non comunitari, non comportando tale qualifica un interesse diretto nella controversia.

La portata della decisione, in tal senso, è di non poco rilievo in quanto legittima, ai fini probatori, l'assistenza e l'aiuto di associazioni o enti impegnati nella lotta alla discriminazione: l'assistenza alle vittime della discriminazione non si esaurisce quindi in un aiuto morale o economico, bensì può svilupparsi anche nell'acquisizione dei mezzi probatori per la dimostrazione della sussistenza del comportamento discriminatorio.

Il giudice milanese ha poi esaminato l'aspetto del danno non patrimoniale richiesto dalla ricorrente e, con una motivazione stringatissima "*Tenuto conto del disagio sopportato dalla ricorrente, va liquidato il correlativo danno non patrimoniale...*" ha liquidato, in via equitativa, l'importo di £. 1.000.000.

Non è dato quindi sapere quale sia stato il parametro della liquidazione, tuttavia risulta importante come il giudice abbia ritenuto sussistente il diritto al risarcimento del danno non patrimoniale, espressamente previsto nell'art. 44, d.lgs. n. 286/1998, quale diretta conseguenza dell'accertato comportamento discriminatorio e senza, che per il medesimo, sia stata fornita diversa e diretta prova.

Restando in materia di locazioni è da segnalare un successivo provvedimento

274 Cfr. Trib. Milano, ord. 30.3.2000, in *Dir. Immigrazione e Cittadinanza*, 2000, fasc. 2, 74.

del Tribunale di Bologna²⁷⁵, avente ad oggetto un comportamento discriminatorio consistente nell'esclusione ad accedere ad offerte di locazioni, proposte da un'agenzia immobiliare a mezzo di sito internet, inserendo il criterio di selezione, riferito al richiedente, di cittadino non comunitario.

I ricorrenti lamentavano che tra le opzioni personali dello sportello telematico vi era quella di "non comunitario" e con l'inserimento di detta categoria tra i dati della ricerca nessun alloggio risultava disponibile, a qualsiasi prezzo indicato, mentre di converso, indicando le altre categorie (coppia con o senza figli, single uomo o single donna) la ricerca dava esito fruttuoso.

L'agenzia immobiliare si è difesa non contestando il criterio di selezione, la cui dimostrazione era acquisibile mediante il software, ma affermando che tale esclusione era richiesta dai proprietari degli immobili.

Il caso in esame pone bene in evidenza, al pari del precedente del Tribunale di Milano, il limite tra diritto all'autonomia negoziale dei privati e comportamento vietato in quanto discriminante, ma il giudice bolognese non sembra aver avuto dubbi in proposito, stabilendo che *"l'aver inserito tra i possibili criteri di selezione per l'accesso agli alloggi la qualifica di extracomunitario è infatti di per sé solo sufficiente a concretare la lamentata discriminazione razziale, di cui va ordinata la cessazione"*.

Il Tribunale di Bologna ha poi disposto, per la prima volta, la pubblicazione del dispositivo del provvedimento²⁷⁶, sia sul sito web oggetto del giudizio sia su un quotidiano, a cura e spese della resistente, a livello nazionale.

Ancora è da segnalare come il giudice bolognese abbia ritenuto di condannare la resistente al risarcimento del danno, determinato in via equitativa, solo con riferimento al danno non patrimoniale, diretta conseguenza dell'accertato comportamento discriminatorio, e con esclusione dell'esistenza di un danno patrimoniale non avendo i ricorrenti dato prova di ulteriori pregiudizi.

Da segnalare, infine, il provvedimento del Tribunale di Monza²⁷⁷ che, in sede di reclamo, ha confermato l'illegittimità dell'esclusione di un cittadino non comunitario dall'essere socio di una cooperativa, per la locazione o l'acquisto dell'alloggio, in quanto non avente il requisito della cittadinanza italiana o di uno Stato dell'Unione europea.

Il tribunale monzese, superando l'eccezione dell'autonomia statutaria della cooperativa, ha ritenuto infatti che la richiesta del requisiti della cittadinanza italiana, o comunque comunitaria, per poter far parte della cooperativa violava i principi

275 Cfr. Trib. Bologna, dec. 22.2.2001, *Dir. Immigrazione e Cittadinanza*, 2001, fasc. 1, 101.

276 Deve essere segnalato che il provvedimento del Tribunale di Bologna è intervenuto prima del d.lgs. n. 215/2003 che, all'art. 4, 6° comma, prevede espressamente la possibilità di condanna alla pubblicazione su quotidiani di tiratura nazionale.

277 Cfr. Trib. Monza, ord. 27.3.2003, in *FI*, 2003, I, 3175.

di ordine pubblico sanciti dalla normativa antidiscriminatoria contenuta nel t.u. sull'immigrazione e, particolarmente, violava il disposto dell'art. 43, 2° comma, lett. c), d.lgs. n. 286/1998²⁷⁸, in quanto imponeva una limitazione all'accesso all'abitazione ad un soggetto straniero per motivi legati proprio a differenze di razza o di origine etnica o, comunque, in ragione della sua condizione di straniero.

3.5. In materia di accesso agli alloggi di edilizia pubblica residenziale

Come nell'accesso al pubblico impiego, nell'ambito dell'assegnazione di alloggi di edilizia residenziale pubblica, la tutela giudiziaria contro i comportamenti discriminatori per motivi etnici e razziali, in quanto attuati da soggetti della pubblica amministrazione – la c.d. discriminazione istituzionale – si può articolare sia con l'azione civile contro la discriminazione, *ex art.* 44, d.lgs. n. 286/1998, sia con ricorso al giudice amministrativo per chiedere l'illegittimità del provvedimento amministrativo per violazione del principio di parità di trattamento.

Il più risalente provvedimento giurisdizionale che si annota in materia è dunque del TAR Piemonte²⁷⁹, avente ad oggetto l'impugnazione del bando per l'assegnazione di alloggi di edilizia residenziale pubblica del Comune di Torino, nella parte in cui ammette i cittadini non comunitari a partecipare al concorso, a condizione che siano legalmente soggiornanti in Italia e svolgano una regolare attività di lavoro subordinato o autonomo da almeno tre anni alla data di presentazione della domanda.

Il giudice amministrativo ha ritenuto in primo luogo che non sussista una competenza statale in materia – alla quale è riservata soltanto la disciplina della capacità giuridica del cittadino straniero in generale – mentre le modalità, e quindi le limitazioni all'accesso agli alloggi di edilizia residenziale pubblica, in ragione della regolarità e della durata della pregressa permanenza in Italia, restano di competenza esclusiva regionale.

Partendo da tale premessa il giudice ha poi stabilito la legittimità del bando del Comune di Torino in quanto conforme all'art. 2 l.r. Piemonte 28.3.1995, n. 46 e successive modifiche, che ammette appunto il cittadino non comunitario a par-

278 Art. 43, 2° comma, lett. c) d.lgs. n. 286/1998: "Chiunque illegittimamente imponga condizioni più svantaggiose o si rifiuta di fornire l'accesso all'occupazione, all'alloggio, all'istruzione, alla formazione e ai servizi sociali e socio assistenziali allo straniero regolarmente soggiornante in Italia soltanto in ragione della sua condizione di straniero o di appartenente ad una determinata razza, religione, etnia o nazionalità".

279 TAR Piemonte, Sez. I, sentenza 13.2.2002, n. 323, in *Dir. Immigrazione e Cittadinanza*, 2002, fasc. 2, 117, commentata da GILI, *Una singolare pronuncia giurisdizionale in materia di diritto all'accesso agli alloggi pubblici da parte degli stranieri*, *id.*, 2002, fasc. 2, 73.

tecipare ai concorsi per le assegnazioni di alloggi di edilizia residenziale pubblica “qualora sia legalmente soggiornante in Italia e svolga una regolare attività di lavoro subordinato o autonomo da almeno tre anni”²⁸⁰.

Il TAR Piemonte ha ritenuto inoltre, con riferimento all'art. 3 Cost., “che la prescrizione di tale requisito per gli stranieri non implica una violazione del principio di parità di trattamento, trovando essa giustificazione nella preoccupazione del legislatore regionale di evitare che gli alloggi pubblici vengano assegnati a soggetti che non abbiano ancora un legame sufficientemente stabile con il territorio (e possano abbandonarli per trasferirsi altrove) rendendoli comunque inutilizzabili per altri soggetti aventi diritto frustrandone in tal modo la funzione socio-assistenziale”.

Sul punto, e in aderenza all'orientamento espresso dal TAR Piemonte nella richiamata decisione è da segnalare la recente ordinanza della Corte costituzionale n. 32/2008²⁸¹, con la quale viene dichiarata la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 41 *bis* della l.r. Lombardia 5 gennaio 2000, n. 1, introdotto dall'art. 1, lett. a) della l.r. 8 febbraio 2005, n. 7 nella parte in cui prevede che, per la presentazione della richiesta per l'assegnazione di alloggi di edilizia residenziale pubblica, “i richiedenti devono avere la residenza o svolgere attività lavorativa in regione Lombardia da almeno 5 anni per il periodo immediatamente precedente alla data di presentazione della domanda”²⁸².

280 Occorre ricordare che al momento della pronuncia del TAR Piemonte l'art. 40 del d.lgs. n. 286/1998 prevedeva la possibilità di accedere ai bandi di assegnazione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica ai cittadini non comunitari legalmente soggiornanti in Italia con permesso di soggiorno di durata annuale e con regolare attività di lavoro subordinato o autonomo. Il termine del permesso di soggiorno annuale è stato poi elevato dalla l. n. 189/2002 all'attuale durata biennale.

281 Sull'ordinanza richiamata si segnala il commento di CORSI *Il diritto all'abitazione è ancora un diritto costituzionalmente garantito anche agli stranieri?*, in *Dir. Immigrazione e Cittadinanza*, 2008, fasc. 3-4, 209.

282 Il tribunale rimettente aveva ritenuto la disposizione discriminante in quanto avrebbe introdotto una distinzione tra i cittadini per l'accesso alle abitazioni, escludendo proprio coloro che, meno radicati sul territorio, si trovano in condizioni di maggiore difficoltà e disagio. Sempre secondo il giudice remittente la normativa regionale si sarebbe posta in contrasto con l'art. 117, 2° comma, lett. m), Cost., intervenendo sulla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni relative ai diritti civili e sociali, livelli essenziali che devono essere garantiti in modo uniforme su tutto il territorio nazionale. Avrebbe, infine, contrastato con il diritto dei lavoratori alla libera circolazione di cui al trattato CE e di cui all'art. 120 Cost. La Corte costituzionale ha però ritenuto che la questione sollevata dal giudice rimettente è da ritenersi manifestamente infondata, in quanto in ordine alle asserite violazioni dell'art. 117 Cost., la materia di cui trattasi rientra nella competenza residuale delle regioni e non investe, in ogni caso, la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni relative ai diritti civili e sociali. Anche la lamentata violazione, da parte della normativa censurata, dell'art. 3 della Costituzione deve ritenersi manifestamente infondata, in quanto il requisito della residenza continuativa ai fini dell'assegnazione risulta non irragionevole, ponendosi in coerenza con le finalità che il legislatore intende perseguire, realizzando un equilibrato bilanciamento tra i valori costituzionali in gioco.

Rimanendo in materia di assegnazione di alloggi di edilizia residenziale pubblica è da segnalare la sentenza²⁸³ del Tribunale di Milano²⁸⁴ avente ad oggetto azione civile contro la discriminazione *ex art. 44, d.lgs. n. 286/1998* avverso il bando per l'assegnazione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica del Comune di Milano nella parte in cui veniva stabilito un maggior punteggio ai cittadini italiani.

Nel caso richiamato il giudice milanese, riportandosi all'art. 43, 2° comma, lett. c) d.lgs. n. 286/1998, che tipizza come comunque discriminatorio il comportamento di chiunque imponga illegittimamente condizioni più svantaggiose per l'accesso all'alloggio allo straniero regolarmente soggiornante in Italia soltanto in ragione della sua condizione di straniero, ha ritenuto che il sistema di assegnazione degli alloggi previsto dal Comune di Milano, con l'attribuzione di n. 5 punti solo ai cittadini italiani, concretizzasse un comportamento discriminatorio.

Secondo il giudice di Milano, infatti, l'attribuzione dei 5 punti solo ai cittadini italiani finisce per imporre agli stranieri, pur regolarmente soggiornanti in Italia, condizioni più svantaggiose di accesso agli alloggi, e ciò solo in ragione del loro *status* di cittadini stranieri: l'applicazione di detto sistema ha infatti come effetto inevitabile quello di determinare una condizione di favore per i cittadini italiani, con correlativa penalizzazione dei cittadini stranieri.

Ma il provvedimento del giudice milanese annota altri punti di particolare interesse con riferimento all'azione civile contro la discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi.

In primo luogo, una volta accertata la portata discriminatoria del bando del Comune di Milano, il giudice ha ritenuto doveroso analizzare e valutare i limiti interni del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione.

In tal senso, partendo dall'analisi dell'art. 4, l. 20.3.1865, n. 2248 all. E), e riportandosi al prevalente orientamento giurisprudenziale della Suprema Corte (come il riferimento al diritto alla salute, Cass., S.U., 20.2.1992, n. 2092) il giudice ha concluso ritenendo che, a tutela del diritto alla non discriminazione, il giudice ordinario possa condannare la pubblica amministrazione ad un *facere*, fermo restando il divieto, per detto giudice, di sostituirsi all'amministrazione nell'esercizio di potestà pubbliche.

Su tale conclusione il giudice milanese ha pertanto ritenuto di ordinare al Comune di Milano la cessazione del comportamento pregiudizievole e la rimozione

283 Impropiamente il giudizio si è concluso con sentenza considerato che l'art. 44, 4° comma, d.lgs. n. 286/1998 prevede che il giudice decida definitivamente con ordinanza, reclamabile, sempre ai sensi dell'art. 44, 6° comma, d.lgs. n. 286/1998, nei termini di cui all'art. 739 c.p.c.

284 Trib. Milano, sentenza 21.3.2002, n. 3614, *Dir. Immigrazione e Cittadinanza*, 2002, fasc. 4, 126, commentata da SIMONI, *La discriminazione razziale alla vigilia dell'attuazione della direttiva 43/00: considerazioni a partire da alcune recenti pronunce giurisprudenziali*, *id.*, 2002, fasc. 4, 81.

degli effetti, da realizzare con modalità da individuarsi da parte della stessa pubblica amministrazione.

Altro aspetto rilevante della sentenza milanese è il riconoscimento della legittimità ad agire nei confronti di due associazioni²⁸⁵ che avevano proposto il ricorso introduttivo unitamente ad alcuni cittadini stranieri²⁸⁶.

A fronte dell'eccezione di difetto di legittimazione ad agire sollevata dal Comune di Milano, il giudice ha infatti ritenuto che entrambe le associazioni – dalla lettura dei rispettivi statuti – avevano scopo solidaristico, proponendosi di operare per la promozione e la tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori italiani e stranieri, con particolare riferimento alle tematiche dell'integrazione dei lavoratori immigrati nella società italiana e alle problematiche inerenti alle condizioni abitative ed ambientali.

In tal senso il giudice ha ritenuto che le due associazioni si potevano configurare come enti esponenziali, portatori di una serie di interessi collettivi, tra cui quello alla parità di trattamento e alla non discriminazione nell'assegnazione degli alloggi, riferibili ad una categoria omogenea di soggetti ed agendo nel giudizio, pertanto, perseguendo un interesse proprio, in quanto inerente alle loro finalità istituzionali.

Ancora, il giudice milanese ha ritenuto di procedere alla liquidazione del danno non patrimoniale, in via equitativa, in ragione dell'accertato comportamento discriminatorio stabilendo, tuttavia, che detta liquidazione doveva essere solo in favore di chi avesse subito direttamente gli effetti della discriminazione e quindi solo in relazione dei singoli ricorrenti cittadini stranieri e non, invece, in favore delle due associazioni.

Il giudicante, infatti, con motivazione discutibile sul punto, in quanto contraddittoria rispetto all'ammissibilità della legittimazione ad agire, ha ritenuto che le due associazioni non avessero subito una diretta lesione alla propria sfera giuridica in conseguenza del comportamento contestato, essendo portatrici di un interesse collettivo alla non discriminazione, riferibile all'intera categoria di soggetti da esse rappresentate.

Per il danno patrimoniale, il giudice ha ritenuto di emettere una condanna generica al risarcimento, rinviando ad un separato giudizio per l'esatta quantificazione, distinguendo però, anche in questo caso, il diritto al risarcimento del danno in favore dei singoli cittadini stranieri ricorrenti, con esclusione di quello in favore delle associazioni.

Segnaliamo infine, sempre in materia di assegnazione di alloggi di edilizia resi-

285 Si tratta del CESIL (Centro solidarietà internazionale lavoratori – Milano) e del SICET (Sindacato inquilini casa e territorio – Milano)

286 Anche in questo caso deve essere segnalato che il provvedimento del giudice milanese è intervenuto prima dell'emanazione del d.lgs. n. 215/2003 che, all'art. 5, ha esteso la legittimazione ad agire alle associazioni ed enti iscritti in apposito elenco.

denziale pubblica, anche se non trattasi di azione *ex art.* 44, d.lgs. n. 286/1998, l'ordinanza del TAR Lombardia, Sez. Brescia²⁸⁷, avente ad oggetto la domanda incidentale di sospensione della delibera del Consiglio Comunale del Comune di Chiari, contenente l'indirizzo per l'assegnazione di alloggi di edilizia residenziale pubblica.

Il provvedimento amministrativo impugnato prevedeva infatti che, tra i requisiti per la partecipazione all'assegnazione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica, vi fossero le cumulative condizioni, per i cittadini non comunitari, della reciprocità nell'accesso all'assegnazione degli alloggi e la titolarità della carta di soggiorno (attuale permesso CE per soggiornanti di lungo periodo) o del permesso di soggiorno.

Il TAR Lombardia, Sez. Brescia, con riferimento all'art. 2, 2° comma²⁸⁸, e all'art. 5, 1° comma²⁸⁹, d.lgs. n. 286/1998, e quindi all'equiparazione del godimento dei diritti in materia civili ed economica tra il cittadino straniero e il cittadino italiano, ha ritenuto illegittima la condizione di reciprocità imposta dall'ente locale, così accogliendo la domanda di sospensiva.

3.6. Accesso e vendita di beni e servizi

In materia di accesso al credito è da segnalare il duplice provvedimento del Tribunale di Trento²⁹⁰, il primo emesso dal giudice monocratico al termine di un giudizio *ex art.* 44, d.lgs. n. 286/1998, ed il secondo emesso dal collegio del tribunale in sede di reclamo al primo provvedimento.

La questione trattata riguardava un ricorso promosso da un cittadino non comunitario nei confronti di una società venditrice di elettrodomestici la quale, al fine di accedere al finanziamento promosso per l'acquisto dei beni, gestito da altra società finanziaria rispetto alla venditrice, aveva richiesto requisiti e condizioni diversi rispetto a quelli richiesti ai cittadini italiani.

287 TAR Lombardia, sez. Brescia, ord. 25.2.2005, n. 264, *Dir. Immigrazione e Cittadinanza*, 2005, fasc. 2, 130.

288 Art. 2, 2° comma, d.lgs. n. 286/1998: "Lo straniero regolarmente soggiornante nel territorio dello Stato gode dei diritti in materia civile attribuiti al cittadino italiano, salvo che le convenzioni internazionali in vigore in Italia e il presente Testo Unico dispongano diversamente".

289 Art. 5, 1° comma, d.lgs. n. 286/1998: "Possono soggiornare nel territorio dello Stato gli stranieri entrati regolarmente ai sensi dell'art. 4, che siano muniti di carta di soggiorno o di permesso di soggiorno rilasciati, e in corso di validità, a norma del presente Testo Unico o che siano in possesso di permesso di soggiorno o titolo equipollente rilasciato dalla competente autorità di uno Stato appartenente all'Unione Europea, nei limiti ed alle condizioni previsti da specifici accordi".

290 Cfr. Trib. Trento, dec. 4.7.2002, in *Dir. Immigrazione e Cittadinanza*, 2002, fasc. 4, 133, e Trib. Trento, dec. 23.9.2002, *id.*, 2002, fasc. 4, 136.

Non avendo il cittadino straniero i detti requisiti, gli era stato proposto dalla venditrice una forma diversa, e meno vantaggiosa, di finanziamento.

In particolare la venditrice, ai fini di istruire la pratica di finanziamento da sottoporre alla società finanziaria, aveva richiesto al cittadino straniero: documento di identità italiano, ultima busta paga dalla quale risultasse che il rapporto di lavoro fosse in corso da almeno un anno presso lo stesso datore di lavoro, permesso di soggiorno con scadenza successiva all'ultima rata della richiesta di finanziamento, una bolletta Enel o Telecom, mentre per il cittadino italiano la possibilità di accedere al finanziamento era subordinato all'unico requisito della produzione di una busta paga.

Con il primo provvedimento il giudice monocratico ha ritenuto sussistere la violazione dell'art. 43, 2° comma, lett. b) d.lgs. n. 286/1998²⁹¹, cioè una delle ipotesi tipizzate di comportamento discriminatorio, in quanto non possono essere imposte allo straniero, nella cessione di beni o servizi, condizioni svantaggiose rispetto a quelle offerte ai cittadini italiani, particolarmente condizioni che vadano a trattare diversamente situazioni simili.

Il giudicante ha infatti ritenuto ingiustificato e illegittimo che, mentre al cittadino italiano veniva richiesta soltanto l'ultima busta paga, al cittadino straniero tale condizione fosse collegata all'esistenza di un rapporto di lavoro, con lo stesso datore di lavoro, con durata di almeno un anno.

Ugualmente discriminatorie sono state considerate le richieste, pretese solo per il cittadino straniero, che l'ultima rata della richiesta di finanziamento andasse a scadere prima della scadenza del permesso di soggiorno, nonché la produzione di talune bollette.

In tal senso il giudicante, ritenendo discriminatorio il comportamento attuato dalla società venditrice ordinava alla stessa di non richiedere ai cittadini extracomunitari condizioni per il finanziamento diverse da quelle richieste ai cittadini italiani e comunitari.

In sede di reclamo il collegio accoglieva parzialmente il gravame proposto dalla società venditrice e, pur ritenendo il comportamento attuato dalla stessa discriminatorio, ne dava una diversa qualificazione giuridica.

Il collegio del tribunale dava atto che la società venditrice si limitava a raccogliere le richieste di finanziamento per il quale, i requisiti soggettivi ed oggettivi, erano stabiliti dalla società finanziaria, soggetto giuridico diverso dalla venditrice e rimasto estraneo al giudizio: in tal senso non poteva essere ordinato alla società venditrice, così come disposto dal primo giudicante, l'eliminazione di condizione contrattuali non di sua competenza.

291 Art. 43, 2° comma, lett. b) d.lgs. n. 286/1998: "Chiunque imponga condizioni più svantaggiose o si rifiuti di fornire beni o servizi offerti al pubblico ad uno straniero soltanto a causa della sua condizione di straniero o di appartenente ad una determinata razza, religione, etnia o nazionalità".

Ma il collegio, sulla base delle prove testimoniali raccolte, stabiliva che il ricorrente era stato comunque dissuaso dalla società venditrice dall'accedere al finanziamento in quanto gli era stato precisato che, sulla base dell'esperienza maturata dalla stessa venditrice, la società finanziaria avrebbe comunque negato il finanziamento essendo il richiedente cittadino extracomunitario.

Tale ultimo comportamento tenuto dalla venditrice, secondo il collegio, integrava gli estremi del comportamento discriminatorio.

Il collegio, percorrendo così un profilo giuridico diverso rispetto a quello formulato dal giudice monocratico, ha ritenuto infatti di riferirsi, in primo luogo, all'art. 43, 1° comma, d.lgs. n. 286/1998, cioè alla definizione di carattere generale di comportamento discriminatorio, che stabilisce che costituisce discriminazione ogni comportamento che abbia lo scopo o l'effetto di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti umani e delle libertà fondamentali.

In tal senso il comportamento della società venditrice, se anche non aveva lo scopo certo ha ottenuto l'effetto di impedire al ricorrente di accedere al finanziamento, con ciò integrando una di quelle condotte ritenute discriminatorie, elencate nell'art. 43, 2° comma, lett. b) d.lgs. n. 286/1998, consistenti nel fatto di rifiutarsi di fornire servizi offerti al pubblico ad uno straniero soltanto a causa della sua condizione di straniero.

Conseguentemente il collegio, modificando il primo provvedimento, e ritenendo, mediante un parallelismo giuridico con l'art. 28 della l. n. 300/1970, persistente l'attualità del comportamento tenuto dalla società venditrice, ha ordinato alla stessa di dare adeguata informazione ai cittadini extracomunitari in ordine alle modalità e ai requisiti richiesti per accedere ai finanziamenti concessi dalla società finanziaria.

Rimanendo in argomento di comportamento discriminatorio nell'accesso e vendita di beni è da segnalare il duplice provvedimento del Tribunale di Padova²⁹² ove, come nel caso appena esaminato del giudice di Trento, il primo è stato emesso dal giudice monocratico al termine di un giudizio *ex art.* 44, d.lgs. n. 286/1998, ed il secondo emesso dal collegio del tribunale in sede di reclamo al primo provvedimento.

Il giudice di Padova, su ricorso presentato da alcuni cittadini stranieri, ha ritenuto discriminante il comportamento del titolare di un bar per i prezzi più elevati applicati a clienti di origine non italiana condannandolo, oltre alla cessazione del comportamento, al risarcimento del danno non patrimoniale quantificato in € 100,00 per ciascun ricorrente.

Nel corso del giudizio intervenivano due associazioni²⁹³ a sostegno delle richieste

292 Cfr. Trib. Padova, ord. 19.5.2005 e ord. 6.10.2005, inedite.

293 Si tratta dell'Associazione Razzismo stop e dell'A.S.G.I. (Associazione per gli studi giuridici

dei ricorrenti, ma il giudice monocratico riteneva non ammissibile l'intervento. In sede di reclamo, in ordine al danno non patrimoniale e alla quantificazione, il collegio ha preliminarmente precisato che in ipotesi di comportamento discriminatorio per ragioni razziali, etniche, nazionali o religiose il danno morale va presunto, consistendo nell'umiliazione che una persona subisce nel momento in cui si rende conto del fatto di essere discriminata in ragione della sua appartenenza, e nel patema d'animo che ne consegue.

Partendo da questa premessa il collegio ha poi stabilito che il concetto di pena esemplare o di sanzione con efficacia dissuasiva è estraneo al risarcimento del danno anche non patrimoniale, così come previsto dall'art. 44, d.lgs. n. 286/1998, confermava gli importi già liquidati; in punto di ammissibilità d'intervento in giudizio delle due associazioni, in parziale riforma del primo provvedimento, ammetteva un'associazione, avente lo scopo, come da statuto, di promuovere la valorizzazione e l'assistenza degli immigrati mediante azioni volte a raggiungere l'inserimento e l'integrazione degli stessi, scopi che il giudicante ha ritenuto di non rinvenire nell'altra associazione²⁹⁴.

3.7. Accesso a prestazioni di assistenza sociale, il c.d. bonus bebè

L'indubbia importanza e rilevanza della materia, nonché l'ampio dibattito giuridico in ordine alla corretta interpretazione ed applicazione dell'art. 41, d.lgs. n. 286/1998, particolarmente con riferimento alla successiva normativa introdotta con l'art. 80, 19° comma, l. n. 388/2000, in materia di accesso alle prestazioni di assistenza sociale, ha portato ad una prima pronuncia da parte del Tribunale di Biella²⁹⁵, sul c.d. "bonus bebè", poi seguita da ulteriori provvedimenti del Tribunale di Brescia.

Nel caso di Biella l'azione civile contro la discriminazione è stata proposta da un cittadino egiziano, padre di una bambina di cittadinanza egiziana nata in Italia nel 2005, che, con riferimento all'art. 1, commi 330 e ss. l. n. 266/2005, che stabiliva la concessione di un assegno di € 1.000,00 per i bambini di cittadinanza italiana nati nell'anno 2005, riteneva di aver subito un comportamento discriminatorio da parte del Ministero dell'Economia e delle Finanze che, espressamente, gli aveva rifiutato l'erogazione dell'assegno assumendo che la cittadinanza della minore costituisse impedimento all'erogazione della provvidenza.

sull'immigrazione).

294 È da segnalare che la duplice pronuncia è intervenuta nelle more dell'emanazione del decreto interministeriale previsto dall'art. 5, d.lgs. n. 215/2003 per l'approvazione dell'elenco delle associazioni ammesse ad agire in giudizio.

295 Cfr. Trib. Biella, ord. 2.1.2007, *Dir. Immigrazione e Cittadinanza*, 2007, fasc. 1, 116.

Il giudice biellese, contestualizzando la norma oggetto di esame nella più ampia condizione giuridica del cittadino straniero, ha ritenuto che l'art. 2, 2° comma, d.lgs. n. 286/1998, nel prevedere che il cittadino straniero regolarmente soggiornante sul territorio gode dei diritti civili attribuiti ai cittadini italiani, stabilisce anche il godimento dell'assistenza sociale riservata al cittadino, salva diversa disposizione del Testo unico sull'immigrazione.

Ciò posto, il giudice, considerando l'assegno previsto all'art. 1, commi 330 e ss. l. n. 266/2005, il c.d. "bonus bebè", una misura di assistenza sociale di natura economica a favore della famiglia, ha ritenuto che dovesse essere riconosciuto anche ai minori di nazionalità straniera iscritti sul permesso di soggiorno del genitore come nel caso trattato.

Sulla base di detta interpretazione, e conclusione, il giudice piemontese ha pertanto stabilito che la lettura restrittiva del termine cittadino, data dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, deve essere considerata errata, perché non tiene conto dell'equiparazione legislativa esistente tra cittadini e stranieri.

Detto errore nell'interpretazione costituisce, sempre secondo il giudice di Biella, comportamento discriminatorio ai sensi dell'art. 43, 2° comma, lett. a) d.lgs. n. 286/1998²⁹⁶, nella parte in cui individua come discriminatorio il comportamento del pubblico ufficiale che ometta atti nei riguardi di un cittadino straniero soltanto a causa della sua condizione di appartenente ad una determinata nazionalità, con la conseguente condanna del Ministero ad erogare l'assegno richiesto.

Ne caso di Brescia è stata invece impugnata la delibera del Comune di Brescia, del 21.11.2008, istitutiva del c.d. "bonus bebè", cioè di un beneficio economico, erogato dal Comune, da attribuire esclusivamente a genitori, cittadini italiani, residenti nel comune, per bambini nati nel 2009.

Il giudice di Brescia ha preliminarmente respinto l'eccezione formulata dalla pubblica amministrazione che riteneva giustificata la differenza di trattamento in ragione delle legittime finalità perseguite, così come previsto dall'art. 3, comma 4, del d.lgs. n. 215/2003.

In tal senso il giudice bresciano ha ritenuto oggettivamente non legittima la finalità di agevolare la natalità di cittadini italiani, per il semplice motivo che non può considerarsi ragionevole il tentativo di indurre qualcuno a procreare sulla base di un mero soccorso economico, con ciò dunque, escludendo l'applicazione dell'art. 3, comma 4, del d.lgs. n. 215/2003.

Rigettata quindi la giustificazione addotta dall'ente locale, il giudice bresciano ha ritenuto che l'esclusione degli stranieri residenti in Brescia dal diritto al be-

296 Art. 43, 2° comma, lett. a) d.lgs. n. 286/1998: "Il pubblico ufficiale o la persona incaricata di pubblico servizio o la persona esercente un servizio di pubblica necessità che nell'esercizio delle sue funzioni compia o ometta atti nei riguardi di un cittadino straniero che, soltanto a causa della sua condizione di straniero o di appartenente ad una determinata razza, religione, etnia o nazionalità".

neficio economico, legata alla mancanza del requisito della cittadinanza italiana costituisse *ex se* una discriminazione, in quanto tendente a porre una distinzione tra residenti cittadini italiani e cittadini stranieri, così determinando un deteriore trattamento degli stranieri.

Sulla base di queste motivazioni il giudice, ritenendo la delibera discriminatoria, ha ordinato al Comune di Brescia di attribuire il beneficio economico a tutti gli stranieri che siano in possesso degli ulteriori requisiti richiesti, diversi dalla cittadinanza italiana, ordinando altresì al Comune di posticipare il termine per la presentazione delle relative domande, condannando il Comune a provvedere alla pubblicazione dell'ordinanza, a cura e spese dell'ente, su giornale di diffusione nazionale.

Ancora una volta il giudicante ha, purtroppo, ritenuto non liquidabile il richiesto danno non patrimoniale in quanto non meglio definito e perché, comunque, non ravvisabile nella delibera comunale una "dolosa" volontà discriminatoria.

L'ordinanza del giudice monocratico è stata poi confermata, in sede di reclamo, dal collegio del Tribunale di Brescia²⁹⁷.

E' però importante segnalare il corollario, in punto di fatto e di diritto, conseguente al richiamato provvedimento del giudice di Brescia, anche perché costituisce il primo ed unico caso di comportamento discriminatorio ritorsivo²⁹⁸.

Il Comune di Brescia infatti, invece di adeguarsi alle disposizioni del giudice, ha ritenuto, con una nuova delibera, di revocare la precedente in materia di concessione del c.d. "bonus bebè", così eliminando in radice la questione: come dire, se lo dobbiamo dare anche ai genitori di bambini stranieri, allora non lo diamo a nessuno.

Da ciò è nato un nuovo ricorso, in materia di azione civile contro la discriminazione, promosso dall'A.S.G.I. (Associazione per gli studi giuridici sull'immigrazione), avverso la delibera comunale di revoca di quella che concedeva il c.d. bonus bebè, ritenuta, appunto, ritorsiva.

Il giudice bresciano²⁹⁹ ha, preliminarmente, superato l'eccezione dell'ente locale in ordine al difetto di attribuzione e giurisdizione: la delibera di revoca non poteva infatti ritenersi un atto di natura politica, e quindi sottratto alla valutazione in sede giurisdizionale, e la giurisdizione del giudice ordinario, ai sensi dell'art. 4 del d.lgs. n. 215/2003 e dell'art. 44 del d.lgs. n. 286/98, è da considerarsi ormai assolutamente pacifica.

297 Trib. Brescia, ord. 20.2.2009, in *Dir. Immigrazione e Cittadinanza*, 2009, fasc. 2, 166;

298 Così come previsto dall'art. 4 bis d.lgs. n. 215/2003 a seguito delle modifiche apportate dal d.l. 8 aprile 2008, n. 59 convertito con la l. 6 giugno 2008, n. 101.

299 Trib. Brescia, ord. 12.3.2009, in *Dir. Immigrazione e Cittadinanza*, 2009, fasc. 2, 170;

Ugualmente ha rigettato l'eccezione di carenza di legittimazione attiva formulata dal Comune nei confronti dell'A.S.G.I. : stante il carattere di generalità del provvedimento impugnato, rivolto a tutti i cittadini stranieri residenti nel Comune di Brescia, risulta pacifica la legittimazione del soggetto ricorrente ad agire in proprio – e non su delega di soggetti vittime della discriminazione - ai sensi dell'art. 5 comma 3 d.lgs. n. 215/2003, trattandosi, appunto, di discriminazione collettiva.

Nel merito il giudicante ha ritenuto che l'adozione della nuova delibera di revoca concretizzasse comportamento discriminatorio, in violazione dell'art. 4 bis d.lgs. n. 215/2003, in quanto costituente un comportamento di reazione ad un'attività – quella disposta dal giudice- diretta ad ottenere la parità di trattamento.

Il giudice di Brescia ha ritenuto, infatti che alla delibera impugnata sia attribuibile carattere ritorsivo in quanto si è limitata a paralizzare gli effetti della decisione giudiziale già presa, in tal modo eludendo il senso più pregnante del provvedimento giudiziario.

Il giudice, in conclusione, ha ritenuto che la deliberazione si stata assunta con esclusivo riferimento agli effetti che l'ordinanza giudiziale determinava, all'unico ed illecito fine di non osservarla e di impedire, in tale modo, l'attuazione nel caso concreto del principio di parità di trattamento.

In punto di risarcimento del danno il giudicante , con riferimento all'art. 44 del d.lgs. 286/98, ha rinviato alla successiva fase di merito³⁰⁰ .

L'ordinanza è stata confermata in sede di reclamo da parte del collegio del Tribunale di Brescia ³⁰¹.

Il Comune di Brescia ha poi ritenuto di iniziare il giudizio di merito ex art. 669 *octies* c.p.c. , al fine specifico di far dichiarare il difetto di giurisdizione del giudice ordinario e revocarsi l'ordinanza cautelare del 12.03.2009, tenuto conto della natura amministrativa e discrezionale del provvedimento impugnato dalle controparti.

Nel corso del giudizio di merito, il Comune di Brescia ha chiesto il regolamento preventivo di giurisdizione.

La Suprema Corte con provvedimento assolutamente lineare³⁰², ha ribadito l'esistenza, nel nostro ordinamento, ha ribadito l'esistenza, nel nostro ordinamento,

300 In tal senso il giudice di Brescia ha richiamato l'orientamento della Suprema Corte che ha stabilito che, per l'azione contro la discriminazione, si prevede una fase cautelare, alla quale si applicano, ai sensi, dell'art. 669 *quaterdecies* c.p.c, le norme sul procedimento cautelare uniforme regolate dal Capo III del Titolo I del Libro IV c.p.c. e, in particolare, trova attuazione l'art. 669 *octies* c.p.c. sul facoltativo inizio della fase di merito (Cass. Sez. Un., sentenza del 07.03.2008 n. 6172).

301 Trib. Brescia, ord. 27.05.2009, in *Dir. Immigrazione e Cittadinanza*, 2010, fasc. 1, 168;

302 Cass. Sez. Un., ordinanza 15.02.2011, n. 3670.

di chiare e non equivoche disposizioni legislative³⁰³, attribuenti al giudice ordinario la *potestas iudicandi* in relazione alle denunce di atti discriminatori o ritorsivi e delle conseguenti richieste di provvedimenti atti a rimuoverli.

La Suprema Corte, in ordine alle censure relative alla natura discrezionale del provvedimento impugnato, in quanto attinenti il merito della controversia, ha precisato che il regolamento ex art. 41 c.p.c non ha natura impugnatoria e, pertanto, dovranno essere esaminate dal giudice competente, il Tribunale di Brescia.

3.8. Accesso all'istruzione

Anche per questo argomento, nonostante la sua indubbia rilevanza, l'importanza del diritto sociale sotteso e il processo di integrazione sempre più pregnante, specialmente con riferimento ad una popolazione scolastica con una percentuale di minorenni figli di cittadini non comunitari in continua ascesa, si segnalano in materia soltanto due precedenti.

Il primo caso in esame, sicuramente il più importante per la rilevanza delle questioni trattate, è costituito dal recente provvedimento del Tribunale di Milano³⁰⁴ in ordine all'iscrizione alla scuola materna da parte di minore figlia di cittadini non comunitari, privi di permesso di soggiorno.

Il ricorso ex art. 44, d.lgs. n. 286/1998, è stato proposto da una cittadina marocchina, nell'interesse della figlia minorenni, contro il Comune di Milano che le ostacolava l'iscrizione della figlia alla scuola materna comunale in ragione di una circolare del Settore servizi dell'infanzia del Comune che, nel regolare le modalità di iscrizione alla scuola dell'infanzia, riservata a nuclei familiari residenti a Milano alla data di iscrizione, prevedeva espressamente, per i cittadini non comunitari privi di regolare permesso di soggiorno, la possibilità di iscriversi a condizione di ottenere il permesso di soggiorno entro un determinato termine.

Il giudice milanese, accogliendo il ricorso presentato, ha dichiarato il carattere discriminatorio posto in essere dal Comune di Milano con la richiesta del permesso di soggiorno ai fini dell'iscrizione alla scuola materna.

In tal senso, il giudicante, ritenendo incontestabile che il diritto all'educazione di cui il minore è titolare rientri nel novero dei diritti fondamentali in relazione agli artt. 2 e 3 Cost., nonché all'art. 28 della Convenzione dei diritti del fanciullo di New York del 20.11.1989, ha ritenuto prevalente su ogni altra disposizione

303 La Corte di Cassazione rinvia, ancora una volta, all'art. 4 del d. lgs. n. 215/2003 e all'art. 44 d.lgs. n. 286/98.

304 Cfr. Trib. Milano, ord. 11.2.2008, in *Dir. Immigrazione e Cittadinanza*, 2008, fasc. 1, 150 con scheda di CASADONTE.

normativa l'art. 38, 1° comma, d.lgs. n. 286/1998³⁰⁵.

La norma assoggetta tutti i minori presenti sul territorio all'obbligo scolastico, e quindi determina l'applicazione ai medesimi di tutte le disposizioni vigenti in materia di diritto all'istruzione, di accesso ai servizi educativi, di partecipazione alla vita della comunità scolastica.

Secondo il giudice milanese, in tal senso, la scuola dell'infanzia, pur non obbligatoria, si pone in diretta connessione funzionale alla scuola dell'obbligo, rientrando così a pieno titolo nel più complesso sistema dell'istruzione scolastica e, quindi, ad essa risulta estendibile l'obbligo scolastico ancorché la scelta se usufruirne o meno sia lasciata alla decisione del genitore.

L'altro provvedimento giurisdizionale sull'argomento, del Tribunale di Bologna³⁰⁶, affronta l'accesso all'istruzione nell'aspetto patrimoniale, particolarmente per ciò che attiene la misura del pagamento delle tasse per l'iscrizione all'università.

Il ricorso *ex art.* 44, d.lgs. n. 286/1998 è stato presentato avanti al giudice bolognese da una studentessa cinese, residente in Bologna, contro un'università privata di Milano.

La ricorrente, pur avendo superato le prove di ammissione all'università, ed aver versato la prima rata di iscrizione, uguale per tutti gli studenti, aveva poi dovuto rinunciare all'iscrizione perché il secondo rateo di tassa d'iscrizione richiestole dall'università, in quanto cittadina non europea, era calcolato automaticamente nella fascia di reddito più alta piuttosto che in quella di effettivo riferimento.

La studentessa cinese ha pertanto presentato il ricorso, ritenendo di essere stata illegittimamente discriminata nell'accesso all'istruzione universitaria, unicamente in ragione della sua origine nazionale, e ciò in aperta violazione del principio contenuto nell'art. 43, 1° comma, d.lgs. n. 286/1998.

Il giudice bolognese ha accolto il ricorso, ritenendo che l'università, nel prevedere in ogni caso la fascia di contribuzione massima per gli studenti non appartenenti all'Unione Europea, poteva compromettere per alcuni di loro il godimento e l'esercizio delle libertà fondamentali in campo culturale in condizione di parità con i cittadini dell'Unione Europea.

Secondo il giudicante, l'origine nazionale degli studenti – cittadini o meno dell'Unione Europea – costituiva infatti l'unica ragione per cui all'università gli studenti europei sono preferiti, ottenendo tariffe di iscrizioni più vantaggiose.

In tal senso il giudicante ha ritenuto irrilevante l'invocata autonomia negoziale

305 Art. 38, 1° comma, d.lgs. n. 286/1998: "(Istruzione degli stranieri. Educazione interculturale) I minori stranieri presenti sul territorio sono soggetti all'obbligo scolastico; ad essi si applicano tutte le disposizioni vigenti in materia di diritto all'istruzione, di accesso ai servizi educativi, di partecipazione alla vita della comunità scolastica".

306 cfr. Trib. Bologna, ord. 23.12.2006, in *Dir. Immigrazione e Cittadinanza*, 2007, fasc. 2, 136, commentata da PONTARIO, *Anche l'Università discrimina: rette più alte per studenti comunitari*, *id.*, 2007, fasc. 2, 97.

che incontra, comunque, il limite legislativo posto dagli artt. 43 e 44, d.lgs. n. 286/1998 in forza del quale l'università non può fissare tariffe differenziate solo in relazione all'origine nazionale o etnica degli studenti.

Ugualmente il giudicante ha ritenuto irrilevante il richiamo all'art. 33 Cost., nella parte in cui prevede il diritto alle università di darsi ordinamenti autonomi, in quanto tale autonomia è comunque soggetta ai limiti della legge dello Stato, rappresentati, nel caso di specie, da quanto stabilito dal d.lgs. n. 286/1998 e n. 215/2003.

Accogliendo il ricorso il giudice ha così ordinato la cessazione del comportamento discriminatorio, disponendo che la studentessa fosse ammessa all'università applicando la fascia di contribuzione prevista per i cittadini europei.

Anche in questo caso è da evidenziare che il giudicante, nonostante l'accoglimento del ricorso, ha respinto la domanda di risarcimento danni, ritenendola genericamente proposta e priva di allegazioni sufficienti a consentire un apprezzamento quantitativo del danno, anche non patrimoniale, patito.

3.9. Informazione e diritto all'immagine

Il particolare caso esaminato dal Tribunale di Bologna³⁰⁷ prende le mosse da un ricorso *ex art.* 44, d.lgs. n. 286/1998 presentato da una cittadina italiana e da un cittadino non comunitario, di origine centro africana, unitamente ad un'associazione costituita da coppie di persone conviventi con origine etnica e nazionale diverse³⁰⁸.

Il ricorso è stato proposto avverso il comportamento discriminatorio attuato da un giornale che aveva pubblicato un articolo in prima pagina avente ad oggetto un'indagine sui matrimoni d'interesse tra cittadini non comunitari e cittadini italiani, allegando una fotografia riproducente una donna bianca ed un uomo di colore, dove solo l'immagine della donna era schermata in modo da non renderla riconoscibile.

L'articolo del giornale, particolarmente, riportava casi di inganni e truffe perpetrati dalle cittadine straniere a danno di cittadini italiani, consistenti in matrimoni di mero interesse, finalizzati esclusivamente a percepire le pensioni di reversibilità al momento del decesso del coniuge italiano.

Secondo i ricorrenti l'articolo, e la fotografia allegata, costituivano comportamento discriminatorio *ex art.* 43, 1° comma, d.lgs. n. 286/1998, ai danni sia delle cittadine o dei cittadini stranieri, sia dei loro coniugi italiani, nonché dell'associazione che li rappresentava, in quanto attuavano una distinzione discriminatoria

307 Cfr. Trib. Bologna, ord. 17.10.2000, in *Dir. Immigrazione e Cittadinanza*, 2000, fasc. 4, 97.

308 Si tratta dell'Associazione Bambaran di Bologna.

basata sull'origine razziale ed etnica, con finalità di distruzione e compromissione della dignità dei ricorrenti e, in generale, degli stranieri in quanto tali.

In ordine alla legittimazione attiva, il giudice bolognese ha in primo luogo ritenuto, erroneamente, che non possa essere destinataria di un comportamento discriminatorio la ricorrente italiana, in quanto i soggetti tutelabili dalla normativa antidiscriminatoria del t.u. sull'immigrazione sarebbero soltanto i cittadini non comunitari immigrati in Italia. Con ciò trascurando la precisa indicazione dell'art. 43, 3° comma, d.lgs. n. 286/1998³⁰⁹ che prevede l'applicazione della normativa anche agli atti xenofobi, razzisti o discriminatori compiuti nei confronti di cittadini italiani o di cittadini di altri Stati membri dell'Unione europea presenti in Italia.

Il giudice bolognese ha poi ritenuto sussistere la condotta discriminatoria in quanto non vi è stata la schermatura del viso del ricorrente straniero, con ciò comportando un'illegittima distinzione rispetto alla schermatura fatta sul viso della ricorrente. Ancora il giudice ha ritenuto la violazione del diritto all'immagine nei confronti dei due ricorrenti, che non avevano comunque autorizzato la pubblicazione dell'immagine.

Nella lunga ed analitica motivazione del provvedimento il giudice bolognese mette ben in evidenza, esaminando in tal senso le difese della testata giornalistica convenuta, che non può avere rilievo la non volontarietà del comportamento discriminatorio attuato in quanto secondo l'art. 43, 1° comma, d.lgs. n. 286/1998, la condotta discriminatoria viene individuata non solo in quella che ha lo *scopo* ma anche in quella che produce l'*effetto* di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio in condizioni di parità, dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e culturale e in ogni altro settore della vita pubblica.

Ancora è da segnalare come il giudice bolognese accerti, e ben motivi, il diritto al risarcimento del danno non patrimoniale a favore dei ricorrenti, diffondendosi sui criteri di liquidazione dello stesso anche in via equitativa e precisando altresì che, in ragione della natura del procedimento, che pone questioni di principio di rilevante valore etico e sociale, la richiesta di risarcimento del danno non patrimoniale non può essere strumentalizzata per assecondare eventuali intenti speculativi/punitivi.

309 Art. 43, 3° comma, d.lgs. n. 286/1998: "Il presente articolo e l'articolo 44 si applicano anche agli atti xenofobi, razzisti o discriminatori compiuti nei confronti dei cittadini italiani, di apolidi e di cittadini di altri Stati membri dell'Unione europea presenti in Italia".

3.10. Partecipazione dello straniero non comunitario alla vita pubblica locale

L'unico provvedimento in argomento, del Tribunale di Vicenza³¹⁰, prende in esame un'azione *ex art. 44*, d.lgs. n. 286/1998, intrapresa da una cittadina straniera, regolarmente soggiornante, tendente a far dichiarare discriminatorio il comportamento di esclusione alla partecipazione all'elettorato, attivo e passivo, nelle elezioni amministrative.

Il giudice ha rigettato il ricorso per un duplice motivo, sia oggettivo, per l'impossibilità di fondare un diritto di voto sulla base del diritto vigente, sia soggettivo, in quanto la ricorrente non risulterebbe, comunque, titolare della carta di soggiorno, mentre l'art. 9 del t.u. sull'immigrazione si riferisce, a proposito della partecipazione alle elezioni locali, ai soli titolari della carta.

Il giudicante fonda la propria decisione proprio sull'interpretazione dell'art. 9 del t.u. sull'immigrazione, sia per lo specifico richiamo fatto dalla norma alla Convenzione sulla partecipazione degli stranieri alla vita pubblica locale, sottoscritta a Strasburgo il 5 febbraio 1992³¹¹, sia per la titolarità di tale diritto, riservato ai titolari della carta di soggiorno.

In tal senso il giudicante precisa che con la l. 8 marzo 1994, n. 202, lo Stato italiano ha provveduto alla ratifica dei capitoli A e B della Convenzione, ma non del capitolo C relativo, appunto, al riconoscimento del diritto di voto, e di eleggibilità, alle elezioni locali per lo straniero regolarmente residente in uno degli Stati contraenti: mancando un provvedimento di ratifica, la Convenzione di Strasburgo del 1992 non può dunque trovare diretta applicazione nell'ordinamento italiano.

In ogni caso, sempre secondo il giudice di Vicenza, l'art. 9, d.lgs. n. 286/1998 è da considerarsi norma programmatica perché, specificatamente, prevede che l'esercizio dell'elettorato potrà avvenire 'quando previsto dalla legge': la norma, dunque, non attribuisce direttamente un diritto di voto allo straniero regolarmente soggiornante e residente, ma lo riserva al titolare della carta di soggiorno, rinviando ad un successivo intervento normativo destinato a dare applicazione al richiamato principio.

310 Trib. Vicenza, ord. 23.5.2003, in *Dir. Immigrazione e Cittadinanza*, 2003, fasc. 2, 109.

311 Deve essere tenuto presente che il provvedimento del Tribunale di Vicenza è stato emesso prima delle modifiche all'art. 9, d.lgs. n. 286/1998, intervenute con il d.lgs. 8 gennaio 2007, n. 3, che, introducendo la nuova disciplina del permesso CE per soggiornanti di lungo periodo, hanno cancellato il riferimento alla Convenzione di Strasburgo del 5 febbraio 1992.

4. Considerazione conclusive sulla giurisprudenza in materia di azione civile contro la discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi

Il primo dato che emerge dall'analisi della giurisprudenza in materia di azione civile contro la discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, è l'iniziale esiguità delle pronunce in materia: nei primi otto anni di giurisprudenza si contano circa trenta provvedimenti, molti dei quali riguardanti i vari gradi dello stesso giudizio, poi, forse anche grazie alla modifica del d.lgs. n. 215/2003 avvenuta nel 2008, con l'effettività dell'inversione dell'onere della prova, si è avuto un netto incremento del contenzioso in materia.

Pur non essendovi la pretesa che, nel corso del presente lavoro, siano state rintracciati ed esaminati tutti i provvedimenti pubblicati, così come non è detto che i provvedimenti segnalati sulle riviste specialistiche rappresentino la totalità dei casi trattati, resta un dato che, ancorché non assoluto, indica, a livello nazionale, la proposizione di un numero ridotto di azioni civili contro la discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, nella prima fase di attuazione della normativa (1998-2006), con un netto incremento della casistica, invece, nella fase successiva (2007-2011).

Varie sono le motivazioni, che spiegano questo duplice dato e che cercheremo di esaminare, sicuramente tutte riconducibili alla novità e particolarità della normativa di riferimento, sempre in costante evoluzione, ma anche alla particolare condizione dei soggetti vittime dei comportamenti discriminatori.

Semplificando, si potrebbe sostenere che in Italia, fino al 2006, non erano poi così frequenti gli atti e i comportamenti discriminatori, oppure, che la normativa in materia non era conosciuta, magari dagli stessi avvocati o che, comunque, non intendevano azionarla.

La risposta, a nostro avviso, è chiaramente ben diversa e ben più complessa.

Per quanto l'Italia sia diventata terra di immigrazione in un passato molto recente, sicuramente molto più recente di tanti altri paesi europei, non vi è dubbio che una popolazione immigrata straniera con oltre quattro milioni di presenze, e una percentuale di circa il 7% sull'intera popolazione nazionale, determina un fenomeno di inserimento/integrazione non indifferente, nei confronti del quale gli italiani autoctoni non sono certo uno dei popoli più virtuosi.

È sufficiente fare riferimento alla cronaca giornalistica, agli episodi, ormai quotidiani, di atti di violenza xenofoba, nonché al panorama di interventi politici, che si sostanziano in iniziative legislative di vario tipo o con ordinanze a livello locale, per percepire distintamente che la pacifica convivenza, la serena integrazione, il reciproco rispetto dei diritti e la parità di trattamento tra cittadini italiani e cittadini immigrati stranieri è ben da venire.

Dunque gli atti e i comportamenti discriminatori per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi sussistevano e sussistono, e sono sicuramente molto diffusi,

ma chi li subisce non ritiene, o non riteneva, per vari motivi, di intraprendere un'azione giudiziaria a tutela dei propri diritti.

La prima motivazione, che resta comunque di estrema attualità, nonostante il più recente incremento del contenzioso in materia, è la condizione di debolezza del soggetto vittima della discriminazione: chi deve combattere quotidianamente con bisogni primari di sopravvivenza (quali il lavoro, l'abitazione, la regolarità di presenza sul territorio, ecc.) non ha tempo, e risorse, per intentare una causa a chicchessia: lo può fare, forse, solo se l'azione giudiziaria può avere come scopo la soluzione di almeno uno dei bisogni primari che assediano la sua vita quotidiana.

Non è un caso che un numero importante di azioni civili contro la discriminazione sia stata intentata in materia di locazioni e accesso agli alloggi di edilizia residenziale pubblica: se l'azione contro la discriminazione tende a risolvere un bisogno primario come l'abitazione allora non vi è dubbio che vi sia un interesse aggiunto da parte della vittima della discriminazione, ma se l'azione contro la discriminazione è rivolta soltanto ad ottenere Giustizia, senza che questo si traduca in un riconoscimento immediato, allora il valore aggiunto scompare.

Ugualmente dove la condizione di debolezza della vittima diminuisce, particolarmente a livello socio-economico, più facilmente diventa esperibile l'azione contro la discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi: quasi tutte le cause per l'accesso al pubblico impiego nascono da infermieri o personale medico che si sono visti rifiutare l'accesso ai pubblici concorsi perché privi della cittadinanza italiana.

Parimenti, diverse azioni civili contro la discriminazione, sono state proposte da atleti professionisti, che hanno trovato impedimento a svolgere la propria attività lavorativa professionale per un improbabile limite al tesseramento alla federazione: si tratta, in qualche caso, di contratti di lavoro con ingaggi economici di tutto rispetto.

In questi casi le vittime della discriminazione oltre ad avere come obiettivo la soluzione di un bisogno primario, il lavoro, avevano le risorse socio-culturali ed economiche (parliamo di medici, infermieri e atleti professionisti) per intraprendere un'azione giudiziaria dall'esito, come visto per l'accesso al pubblico impiego, decisamente non scontato.

La vittima della discriminazione, dunque, non ha, e non trova, quel sostegno socio-culturale ed economico che l'accompagni in un percorso di tutela dei propri diritti, portandolo alla proposizione dell'azione giudiziaria.

Manca in Italia quella funzione di assistenza e protezione, anche legale, delle vittime della discriminazione così ben delineata nella direttiva 2000/43/CE: in alcuni dei casi esaminati, abbiamo visto, le azioni contro la discriminazione sono state proposte, o sostenute, da associazioni rappresentative delle comunità degli immigrati, degli interessi di categoria o più semplicemente del volontariato socia-

le, a dimostrazione che, ove la vittima della discriminazione non resta sola, vi è la concreta possibilità di giungere alla tutela dei suoi diritti.

La presente considerazione ha un preciso riscontro normativo, del tutto inattuato: l'art. 44, 12° comma, d.lgs. n. 286/1998³¹², prescrive infatti espressamente la creazione, a livello regionale, di centri di osservazione, informazione e di assistenza legale per gli stranieri vittime della discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi.

Ad oggi, in tutta Italia, si contano a livello istituzionale, effettivamente operanti per il sostegno delle vittime, solo due centri, uno promosso dalla provincia di Bolzano e uno dalla provincia di Pistoia, per il resto la rete di assistenza e protezione delle vittime è interamente affidata al privato sociale.

Né tale funzione sembra essere stata assolta, con il d.lgs. n. 215/2003, recepimento della direttiva 2000/43/CE, dall'istituzione dell'UNAR (Ufficio nazionale antidiscriminazioni razziali), vuoi per l'efficacia dell'attività svolta, vuoi sull'effettiva indipendenza dell'organismo in quanto espressione governativa dato il suo incardinamento presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri³¹³.

L'effettività dell'azione civile contro la discriminazione, oltre che con la condizione particolare delle vittime della discriminazione, si scontra anche con la necessità, si potrebbe dire obbligatorietà, di una specifica e competente assistenza legale.

In tal senso non deve trarre in inganno la previsione normativa, contenuta nell'art. 44, 2° comma, d.lgs. n. 286/1998, che il ricorso possa essere presentato dalla parte personalmente: secondo autorevole dottrina siffatta circostanza sarebbe "un caso di scuola"³¹⁴.

La complessità delle questioni giuridiche trattate, basti pensare alla normativa esaminata dalla giurisprudenza in materia di accesso al pubblico impiego e alla diversa interpretazione data alla stessa, inducono ad escludere la possibilità che la vittima della discriminazione possa stare in giudizio personalmente.

Anche la scelta del rito camerale, che comporta un esonero da oneri processuali, con la conseguente libertà di forme, non deve far pensare ad una effettiva semplificazione del rito: a tal proposito è sufficiente ricordare come risulta, dall'esame

312 Art. 44, 12° comma, d.lgs. n. 286/1998: "Le regioni, in collaborazione con le province e i comuni, con le associazioni di immigrati e del volontariato sociale, ai fini dell'applicazione delle norme del presente articolo e dello studio del fenomeno, predispongono di centri di osservazione, informazione e di assistenza legale per gli stranieri vittime della discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi".

313 Sul punto cfr. GOTTARDI, *Le discriminazioni basate sulla razza e sull'origine etnica*, cit., 18 e ss.

314 Cfr. CURCIO, *Le azioni in giudizio e l'onere della prova*, in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, a cura di Barbera, Milano, 2007, 538 e ss. Vedi inoltre, per ulteriori considerazioni circa il rito, in questo volume il capitolo dedicato al nuovo diritto processuale antidiscriminatorio curato da CAPPONI, paragrafo 15.1 e 15.2.

della giurisprudenza, che, in alcuni casi, il reclamo a provvedimenti che definivano i giudizi è stato esaminato dal collegio del tribunale e, in altri, dalla Corte d'Appello³¹⁵.

Si rende dunque indispensabile l'assistenza tecnico-giuridica e con una specifica competenza che forse solo in questi ultimi anni sta crescendo.

L'effettività dell'azione civile contro la discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi si scontra poi con la faticosa applicazione che i giudici hanno dato ai molteplici strumenti, che la normativa ha loro conferito, come contrasto al comportamento discriminatorio.

Ricordiamo che, nel combinato disposto dell'art. 44, d.lgs. n. 286/1998 e dell'art. 4, d.lgs. n. 215/2003, oltre alla cessazione del comportamento, della condotta o dell'atto discriminatorio, il giudice può adottare ogni altro provvedimento idoneo alla rimozione degli effetti, potendo giungere a formulare un piano di rimozione delle discriminazioni accertate, oltre a condannare il convenuto al risarcimento del danno anche non patrimoniale.

Ma questo ampio potere d'intervento dato al giudice, dalla giurisprudenza esaminata, è rimasto inattuato e trascurato, preoccupandosi il giudice di intervenire sotto il mero profilo inibitorio con l'ordine di cessazione del comportamento discriminatorio, con una minima attenzione all'aspetto ripristinatorio, ovvero alla rimozione degli effetti.

Il ricorso alla pubblicazione del provvedimento su quotidiani di tiratura nazionale, espressamente previsto dell'art. 4, d.lgs. n. 215/2003, effettivo strumento di rimozione degli effetti, oltre che di chiara portata sanzionatoria, ad esempio, è stato raramente usato se non addirittura respinto benché richiesto.

Ancora più difficoltosa è la concessione, da parte dei giudici, del risarcimento del danno.

Orbene, con eccezione del Tribunale di Padova, unico ad aver affermato la presunzione dell'esistenza del danno non patrimoniale in caso di comportamento discriminatorio, nella maggioranza dei casi il giudice ha rigettato la richiesta di risarcimento per difetto di prova, sia del danno patrimoniale che del danno non patrimoniale, in un caso arrivando a negare il diritto della vittima a richiedere il risarcimento del danno non patrimoniale con riferimento al comportamento discriminatorio peraltro subito.

Questi ultimi aspetti, se correttamente interpretati ed applicati, potrebbero rendere, se non proprio "popolari", almeno più efficaci le azioni civili contro la discriminazione.

Un ulteriore aspetto da valutare, è l'incertezza del giudizio e la difficoltà dell'assol-

315 Secondo autorevole dottrina, cfr. CURCIO, *Le azioni in giudizio e l'onere della prova*, cit., 539 e ss., il provvedimento che definisce il giudizio è reclamabile dinanzi alla Corte di Appello, dottrina che ha trovato conforto in una recente sentenza della Suprema Corte a Sezioni Unite (Cass. civ., S.U., sentenza 7.3.2008, n. 6172).

vimento dell'onere della prova, questo almeno fino alle modifiche del 2008.

L'iniziale scarsità dei precedenti esistenti, l'assoluta novità delle azioni proposte, ha impedito la creazione di una giurisprudenza consolidata: a questo deve essere aggiunto che nei casi dove sussistono diversi precedenti, come esaminato nell'accesso al pubblico impiego, la giurisprudenza si è divisa, determinando un persistente contrasto interpretativo della normativa di riferimento e creando non pochi dubbi sull'esito del giudizio.

La complessiva incertezza dell'esito del giudizio era poi appesantita dall'assolvimento dell'onere della prova che, fino al 2008, gravava interamente sul ricorrente.

L'inversione dell'onere della prova, i cui effetti forse cominciano a farsi sentire, può effettivamente risolvere una ulteriore difficoltà processuale che la vittima della discriminazione deve affrontare.

Nonostante la precisa indicazione normativa contenuta nell'art. 43, 1° comma, d.lgs. n. 286/1998³¹⁶, con la quale viene precisato che deve essere considerato discriminatorio il comportamento che abbia *lo scopo* o *l'effetto* di porre una persona in una condizione di disparità di trattamento in ragione della propria origine razziali, etnici, nazionale o religiosa, con ciò escludendo la volontarietà del comportamento, spesso i giudizi si sono incentrati proprio sulla dimostrazione, o mancata dimostrazione, della volontarietà del comportamento che determina la discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi.

Se, fino al 2008, alla difficoltà di dimostrare i fatti posti a fondamento della propria domanda, si aggiungeva l'ulteriore onere di dimostrare che quel determinato comportamento era stato posto in essere in ragione dell'appartenenza ad un determinato gruppo etnico o nazionale, risultava evidente che l'azione giudiziaria si fermava prima ancora di iniziare.

Ma con le novità legislative introdotte al d.lgs. n. 215/2003 in materia di inversione dell'onere della prova, correttamente recepite ed applicate dai giudici, questa difficoltà sembra essere stata superata.

Restano le difficoltà di ordine economico e socio-culturale delle vittime dei comportamenti discriminatori ma un attento intervento istituzionale potrà ben riuscire a dare quelle forme di assistenza e supporto atte a superare questo tipo di difficoltà.

316 Disposizione normativa confermata dall'art. 2, 2° comma, d.lgs. n. 215/2003.

Capitolo Sesto

LA DISCRIMINAZIONE PER ORIENTAMENTO SESSUALE NELLA NORMATIVA INTERNAZIONALE ED ITALIANA

di Cristina Calvanelli

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi. – 2. Le fonti internazionali ed europee sulla discriminazione per orientamento sessuale. – 2.1. Le disposizioni del Consiglio d'Europa. – 2.2. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani. – 2.3. Il diritto comunitario e la discriminazione per orientamento sessuale. – 2.4. Le sentenze della Corte di Giustizia Europea. – 3. La direttiva 2000/78/CE e la trasposizione italiana con il d.lgs. n. 216/2003 – 3.1. L'oggetto del provvedimento e la discriminazione diretta ed indiretta (con riferimento anche alle molestie e alle molestie sessuali). – 3.2. Ambito di applicazione e regole derogatorie al principio di non discriminazione. – 3.2.1. Le deroghe al principio della parità di trattamento rispetto alle forze armate. – 3.2.2. Le deroghe al principio della parità di trattamento nelle organizzazioni di tendenza. – 3.3. Tutela giurisdizionale e disposizioni circa l'inversione dell'onere della prova. – 4. La principale giurisprudenza italiana in applicazione del diritto antidiscriminatorio per orientamento sessuale. – 5. Considerazioni conclusive.

1. Cenni introduttivi

Il presente contributo si prefigge di analizzare l'inserimento, all'interno della normativa internazionale e nazionale, del concetto di orientamento sessuale come aspetto da tutelare da possibili comportamenti e atti discriminatori in ambito lavorativo e sociale, delle interessanti evoluzioni in materia, delle battute d'arresto e delle problematiche connesse, oltre che del persistere di questioni irrisolte e di pregiudizi inconsapevoli.

Appare necessario partire da una definizione, il più possibile esaustiva, di cosa si intenda per "orientamento sessuale", anche per liberare il campo da pericolosi fraintendimenti e stereotipi; la direttiva 2000/78/CE, che assegna una tutela contro le discriminazioni sulla base dell'orientamento sessuale, non ne fornisce alcuna definizione, preferendo anzi, contrariamente al legislatore italiano, il termine

“tendenza sessuale” a “orientamento sessuale”.

Mentre però, come sostiene Matteo Bonini-Baraldi, la definizione di “tendenza sessuale” sembra riferirsi ad un fenomeno passeggero, un fattore esterno alla persona, presupponendo una superficialità nella scelta, il termine “orientamento sessuale”, certamente più neutro, tanto da potersi riferire in egual modo a orientamenti eterosessuali od omosessuali, indica un elemento più concreto, un comportamento, una condotta, una manifestazione, verbale o fisica che sia, che attiene maggiormente ad un attributo dell’essere.

Tale orientamento può manifestarsi attraverso la scelta di un partner dello stesso sesso, attraverso l’instaurarsi di una convivenza, o anche attraverso gesti quotidiani, come effusioni, fotografie, manifestazioni di solidarietà, distribuzione di opuscoli informativi³¹⁷.

Per liberare subito il campo da ulteriori equivoci, è bene sottolineare che l’orientamento sessuale non riguarda una scelta momentanea, ma una caratteristica personale e non attiene ai comportamenti sessuali della persona, che possono avere risvolti devianti, fino ad arrivare a veri e propri disturbi della sessualità, bensì indica la preferenza, nella sfera erotico-affettiva, di partner dello stesso sesso di appartenenza, o di sesso diverso.

Ma l’orientamento sessuale, oramai nella prassi identificato come orientamento omosessuale, subisce il persistere di stereotipi e pregiudizi sociali, presenti ancora in molti paesi europei, fra cui l’Italia, che rendono la condizione delle persone omosessuali e transessuali particolarmente penalizzata e priva di tutele in ambito sociale e lavorativo, comprendendo un insieme di comportamenti ed atti che toccano tutti gli aspetti del vivere civile.

Innanzitutto, nella maggior parte delle società contemporanee, vige la cosiddetta “presunzione di eterosessualità” diffusa, che relega le persone omosessuali nella sfera del silenzio e della inadeguatezza sociale, fino a costringerle a cancellare una parte significativa della loro esistenza per sentirsi integrate nel gruppo numericamente maggioritario.

Questa presunzione di eterosessualità disegna una società all’interno della quale una persona eterosessuale può liberamente esprimere in pubblico il proprio orientamento, senza che i suoi comportamenti vengano censurati dalla morale, mentre una persona omosessuale è costretta a vivere la propria condizione nell’invisibilità³¹⁸, o altrimenti a manifestarla attraverso una dichiarazione pubblica,

317 In tal senso, Bonini-Baraldi parla di discriminazione per “omosessualità percepita”, che colpisce le persone che vengono erroneamente ritenute omosessuali, e per “omosessualità associata”, quando una persona viene discriminata non in base al proprio orientamento sessuale, bensì rispetto a quello di persone cui è associata e di cui condivide le idee.

Per approfondire, vedi BONINI-BARALDI, *La discriminazione sulla base dell’orientamento sessuale nell’impiego e nell’occupazione: esempi concreti ed aspetti problematici*, Trier, 2004.

318 Kenji Yoshino definisce “*passing norms*” le disposizioni che costringono le persone omosessua-

un “coming out”, che può rappresentare una violazione della propria privacy ed avere anche conseguenze discriminatorie in ambito lavorativo, come vedremo in seguito.

La necessità di un “coming out” evidenzia anche un'altra precipua caratteristica dell'orientamento sessuale come aspetto da tutelare contro la discriminazione; l'orientamento sessuale, a differenza dell'handicap o del colore della pelle, per citare altri due fattori tutelati, raramente si presenta come un aspetto immediatamente visibile in una persona, come un carattere esteriore. Al contrario ci si può legittimamente interrogare se e quanto il dover rivelare pubblicamente il proprio orientamento sessuale rappresenti una forma di violenza sulla persona, una violazione del rispetto dei diritti umani.

Non a caso le tematiche relative alla parità di diritti per le persone omosessuali sono state collegate in maniera diretta ai più ampi discorsi sul rispetto dei diritti umani e fondamentali dell'individuo; si tratta in definitiva, di esaminare la normativa internazionale e comunitaria rispetto alla protezione delle persone omosessuali e transessuali, di evidenziare come la normativa italiana ha recepito le direttive comunitarie di tutela antidiscriminatoria sulla base dell'orientamento sessuale e di fornire una panoramica della principale giurisprudenza comunitaria e nazionale in materia. Da tale analisi risulta in maniera inequivocabile come tutelare i diritti delle persone sulla base del loro orientamento sessuale significhi tutelare la loro dignità di persone, rispettarne quindi i diritti umani fondamentali. Il filo conduttore che tesserà la trama dell'intero intervento riguarderà in particolare la considerazione se l'orientamento sessuale di un/una lavoratore/trice può essere legittimamente considerato un requisito essenziale per lo svolgimento di un lavoro, o per l'accesso ai benefici derivanti dalla prestazione lavorativa, da una parte, e fino a che punto le famiglie formate da persone dello stesso sesso siano discriminate nell'accesso ai diritti e nella fruizione di beni e servizi sociali, dall'altra.

Entrambe le tematiche scontano la persistenza nella maggior parte delle società contemporanee di pregiudizi e stereotipi legati all'orientamento sessuale, in generale, ed alle coppie formate da persone dello stesso sesso, in particolare, il cui comportamento non procreativo ridefinisce i ruoli di genere e la struttura tradi-

li a nascondere la propria identità al fine di essere accolte in un gruppo identitario nel quale non si identificano, e che al tempo stesso è complice nel non disvelamento dell'orientamento sessuale, e prende come esempio il regolamento militare del Dipartimento della difesa americano, *Don't ask, Don't tell*, del 1993, che vieta all'autorità militare di formulare domande o fare indagini sull'orientamento sessuale dei militari, ma proibisce al tempo stesso al militare, pena il congedo, di rendere pubblica in qualsiasi modo la propria preferenza sessuale o la propria identità. YOSHINO, *Covering*, in *Yale Law Journal*, 769, 2002, 811. E' importante sottolineare che nel dicembre 2010 il Senato USA ha definitivamente abrogato la norma che vieta agli omosessuali dichiarati di entrare nelle forze armate; il provvedimento pone fine, con una legge definita da Barack Obama come “uno storico passo avanti”, all'escamotage del “Don't ask Don't tell”.

zionale della società, portando alla luce nodi nevralgici che, come vedremo, sono ancora molto difficili da districare, e necessitano perciò dell'essenziale supporto della normativa di tutela contro le discriminazioni.

2. Le fonti internazionali ed europee sulla discriminazione per orientamento sessuale

Le problematiche correlate alla discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale sono state affrontate in prima battuta da organismi a carattere internazionale ed europeo, la cui influenza è risultata rilevante nel far riconoscere agli stati nazionali il dovere di tutelare le persone dalle possibili discriminazioni fondate su orientamento e identità sessuale.

La Commissione dell'ONU per i Diritti Umani (CHR) ha inserito nel 1996, per la prima volta, un esplicito riferimento alle persone omosessuali, da considerare categoria protetta, in una risoluzione sui diritti umani delle persone affette da AIDS o sieropositive; la risoluzione invitava le agenzie e gli Stati membri dell'ONU a garantire il rispetto dei diritti umani di persone sieropositive o malate di AIDS, citando più volte "gli uomini che sono omosessuali" come le categorie più a rischio di contrarre la malattia³¹⁹.

A partire dal 1993, anche l'Alto Commissariato dell'ONU per i Rifugiati (ACNUR) ha fornito molteplici pareri consultivi nei quali attestava che gay e lesbiche posseggono i requisiti per essere considerati "Gruppo sociale particolare" ai sensi della Convenzione del 1951 e del Protocollo del 1967 sullo *status* di rifugiati, di conseguenza possono vedersi riconoscere lo *status* di rifugiati per motivi di persecuzione "*se subiscono aggressioni, trattamenti inumani o gravi discriminazioni a causa della loro omosessualità, e i cui governi non possono o non vogliono fornir loro tutela adeguata*"³²⁰.

Nell'ambito dei programmi delle Nazioni Unite, rimane da rilevare brevemente come nel 1996 l'Ufficio Internazionale del Lavoro (ILO) abbia compiuto uno studio sulle problematiche connesse alla discriminazione sul lavoro sulla base dell'orientamento sessuale; nella stessa direzione si è mossa l'Unesco, che ha esaminato la violazione dei diritti umani, includendovi l'orientamento sessuale, nei settori dell'istruzione, cultura, scienza, informazione e comunicazione.

Inoltre, nel maggio 1991 l'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) ha votato la proposta di cancellare l'omosessualità dalla classificazione internazionale delle malattie, decisione entrata in vigore nel gennaio 1993.

Le fonti principali di tutela contro la discriminazione a livello europeo sono tre;

319 E/CN.4/Sub.2/1996/L.21

320 ACNUR/PI/Q&A-UK1.PM5/Feb. 1996

si tratta in maniera specifica: 1) della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del Consiglio d'Europa (quindi valida per i 46 Stati membri che lo compongono), il cui organo interpretativo è la Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU) di Strasburgo; 2) del diritto dell'Unione europea, interpretato dalla Corte di Giustizia Europea (CGE) del Lussemburgo; 3) del diritto nazionale, interpretato dai tribunali nazionali.

Appare quindi preliminare, anche alla luce di quanto detto sopra, analizzare le disposizioni del Consiglio d'Europa e la giurisprudenza della CEDU in materia di protezione contro la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale; un breve esame delle questioni dottrinali e giurisprudenziali affrontate in sede di Consiglio d'Europa, seppur non esaustivo, offre un essenziale strumento analitico per un migliore inquadramento della dottrina dell'UE e della giurisprudenza della CGE, che in maniera più approfondita si sono occupate di discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale, anche precedentemente all'emanazione della direttiva 2000/78/CE.

2.1. Le disposizioni del Consiglio d'Europa

Il Consiglio d'Europa sancisce il rispetto dei diritti umani fra gli Stati membri attraverso la Convenzione europea per la tutela dei diritti umani e le libertà fondamentali e tramite le risoluzioni del suo Parlamento.

Nell'ottobre del 1981 il Parlamento del Consiglio d'Europa ha adottato la Raccomandazione n. 924, sulle discriminazioni contro le persone omosessuali; gli Stati membri venivano sollecitati a decriminalizzare gli atti omosessuali, ad applicare la medesima età del consenso per rapporti etero e omosessuali, a provvedere alla distruzione di elenchi che registrassero le persone omosessuali, a promuovere la parità di trattamento nel lavoro, a far cessare ogni trattamento medico o ricerca volta a modificare l'orientamento sessuale, ad assicurare la custodia, i diritti di visita e ospitalità dei bambini da parte dei genitori omosessuali senza alcuna restrizione, a vigilare sul rischio di stupri e violenze perpetrate ai danni di persone omosessuali nelle prigioni.

Il Parlamento ribadisce e rafforza tali considerazioni nel settembre del 2000 con l'emanazione della Raccomandazione n. 1474 "Sulla situazione di lesbiche e gay negli Stati membri del Consiglio d'Europa"; in tale Raccomandazione vengono comparate e sottolineate le differenze, talvolta altamente significative, fra le legislazioni nazionali rispetto all'età del consenso, alle forze armate, al lavoro, al diritto di asilo, all'adozione riferiti ai cittadini omosessuali.

L'Assemblea parlamentare chiede inoltre agli Stati membri di includere l'orientamento sessuale fra le cause di discriminazione vietate dalla normativa nazionale e sollecita il Comitato dei ministri a promuovere azioni positive per combattere

l'omofobia, con particolare riferimento alle scuole, alla professione medica, alle forze armate e di polizia, allo sport, al lavoro, fra la classe giudiziaria e forense, attraverso l'educazione di base ed avanzata; chiede inoltre di promuovere azioni disciplinari contro i responsabili di ogni tipo di discriminazione e di adottare leggi che permettano le *registered partnership*, vale a dire il riconoscimento giuridico delle unioni fra persone dello stesso sesso.

Infine, l'Assemblea sostiene la necessità di una vasta campagna di informazione pubblica negli Stati membri per promuovere i diritti delle persone omosessuali³²¹.

2.2. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani

Le denunce sulle violazioni dei diritti umani ai sensi della Convenzione europea sono giudicate dalla Corte europea dei diritti umani di Strasburgo.

L'art. 14 della Convenzione europea per la tutela dei diritti umani e le libertà fondamentali introduce il principio di non discriminazione; l'art. 3 si incentra sui "trattamenti degradanti" in caso di violenza, l'art. 8 sancisce il diritto alla privacy³²², mentre gli artt. 10 e 11 si occupano di libertà di espressione e di associazione.

L'art. 14 proibisce la discriminazione solo nell'ambito del "godimento dei diritti riconosciuti dalla Convenzione"; con la ratifica, nel novembre del 2000, da parte dell'Italia, del Protocollo n. 12 tale limite è stato di fatto superato, ed ora l'art. 14 è applicabile anche quando le circostanze della fattispecie sono ricomprese entro l'ambito di un altro diritto protetto dalla Convenzione, quindi protegge ogni forma di discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale nel settore del lavoro, quando il datore di lavoro è pubblico³²³.

La giurisprudenza della Corte di Strasburgo è intervenuta, rispetto alla discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale, inizialmente nell'ambito del diritto penale, per poi passare ad occuparsi di casi connessi al lavoro ed alla formazione universitaria, infine all'accesso ai diritti per le coppie formate da persone dello stesso sesso.

Per il momento, la CEDU non ha elaborato alcuna giurisprudenza relativa ai potenziali conflitti fra non discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale

321 Per i riferimenti circa le raccomandazioni del Consiglio d'Europa, vedi <http://www.coe.int>

322 La Corte di Strasburgo ha stabilito che gli stati firmatari della suddetta Convenzione non possono criminalizzare le relazioni sessuali fra persone dello stesso sesso, in quanto emanare leggi del genere sarebbe lesivo del diritto personale alla privacy degli individui.

323 WINTERMUTE, *Filling the Article 14 "Gap": Government Ratification and Judicial Control of Protocol n. 12 ECHR*, in *European Human Rights Review*, London, 2004, 484.

e libertà di religione, quindi le problematiche connesse alla formazione scolastica ed al lavoro all'interno di istituzioni religiose non sono state ancora affrontate in sede giudiziale.

Per quanto riguarda il diritto penale, nel caso *Dudgeon* del 1981 la CEDU, facendo riferimento alle leggi sulla sodomia dell'Irlanda del Nord, ha stabilito che criminalizzare i rapporti sessuali fra uomini adulti consenzienti rappresenta una violazione del rispetto alla privacy di cui all'art. 8 citato sopra³²⁴.

Nel caso *Sutherland* del 1997 la CEDU ha censurato norme penali che stabilivano una disparità nell'età del consenso in riferimento al sesso di soggetti adulti consenzienti che partecipavano ad attività sessuali³²⁵.

Nel caso *Spanner*, di poco successivo, tre cittadini britannici avevano adito la CEDU contro il Regno Unito, che nel 1990 li aveva condannati per aggressione, a causa di attività sadomasochiste consensuali svolte in privato. Nel caso in specie, la Corte ha emesso parere in favore del Regno Unito, focalizzando l'attenzione sulla legittimità di uno Stato di vietare attività sadomasochiste consensuali nell'interesse della salute pubblica³²⁶.

La sentenza maggiormente significativa nell'ambito di lavoro e/o formazione universitaria, il caso *Smith e Grady*, riguarda la consuetudine da parte delle forze armate britanniche di licenziare i militari omosessuali o bisessuali; ciò avveniva in seguito ad interrogatori ed indagini molto invasive rispetto alla loro vita intima, perciò in violazione dell'art. 8 della Convenzione, ed aveva gravi ripercussioni sulla carriera della persona omosessuale licenziata, della quale non veniva preso minimamente in considerazione lo stato di servizio³²⁷.

La Corte ribadisce la protezione delle persone omosessuali dal licenziamento sulla base dell'orientamento sessuale ex art. 8 della Convenzione anche nel caso *Lustig-Prean e Beckett*, in cui viene stabilito che il pregiudizio diffuso nell'ambiente lavorativo, causa ipotetica di difficoltà operative delle forze armate, non può rappresentare una causa sufficiente per il trattamento deteriore di una minoranza e permettere la violazione del diritto alla privacy³²⁸.

La causa *Salgueiro da Silva Mouta* del 1999 è significativa perché affronta la pro-

324 CEDU, *Dudgeon vs United Kingdom*, 1981. Analoga posizione la CEDU ha assunto nella sentenza *Norris vs Ireland*, 1991, e *Modinos vs Cyprus*, 1993. La Repubblica d'Irlanda e l'Irlanda del Nord hanno ormai abrogato le leggi sulla sodomia, Cipro non ha ancora ottemperato alla decisione della Corte.

325 CEDU, *Sutherland vs United Kingdom*, 1997.

326 CEDU, *Spanner vs United Kingdom*, 1997.

327 CEDU, *Smith e Grady vs United Kingdom*, 1999. Le motivazioni della CEDU nel caso suddetto sono altresì applicabili in caso di licenziamento o di mancata assunzione di una persona sulla base del suo orientamento sessuale anche in mancanza di indagini o interrogatori invasivi, quando il licenziamento o la mancata assunzione sono prospettati in maniera cortese.

328 CEDU, *Lustig-Prean e Beckett vs United Kingdom*, 1999.

blematica dell'affido di un figlio ad un genitore piuttosto che all'altro sulla base dell'orientamento sessuale del medesimo; il Tribunale per il diritto di famiglia portoghese aveva, nel caso in specie, affidato la figlia al padre omosessuale che conviveva con un partner dello stesso sesso. La Corte d'Appello aveva però ribaltato tale sentenza, trattando l'orientamento sessuale del padre come fattore negativo.

La CEDU stabilì che veniva violato il diritto al rispetto della vita familiare, e che la Corte d'Appello aveva messo in atto una differenza di trattamento tra la madre ed il padre unicamente sulla base dell'orientamento sessuale di quest'ultimo, e non nell'interesse del minore³²⁹.

Resta da affrontare la giurisprudenza della CEDU rispetto alla parità di accesso ai diritti per le coppie formate dallo stesso sesso, parità che comprende i diritti delle coppie *more uxorio*, la possibilità di accedere agli stessi diritti delle coppie di sesso diverso, di avere diritto al matrimonio civile, ed infine riguarda anche i diritti di genitori omosessuali di figli naturali o adottati.

Il caso *Karner* del 2003 è un esempio altamente significativo rispetto alla parità fra coppie *more uxorio* dello stesso sesso e di sesso diverso; la fattispecie riguardava il fatto se un convivente in una coppia *more uxorio* dello stesso sesso potesse subentrare nel contratto di locazione alla morte del partner.

La Corte Suprema austriaca sancì che tale diritto si applicava solo ai partner stabili *more uxorio* di sesso diverso, quindi, nel caso in specie, il partner sopravvissuto in una coppia *more uxorio* dello stesso sesso poteva essere legittimamente sfrattato dal padrone di casa.

La CEDU individuò in tale sentenza una discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale in violazione del diritto al rispetto del domicilio; una discriminazione fra coppie *more uxorio* di sesso diverso e dello stesso sesso nell'accesso ad un diritto avrebbe potuto essere legittimata solo se fosse stato possibile dimostrare che l'esclusione delle coppie omosessuali era requisito necessario per il raggiungimento di un obiettivo legittimo, e la Corte non ha ritenuto che il governo austriaco avesse argomenti validi a sostegno di tale ipotesi³³⁰.

Il caso *Karner* solleva questioni molto delicate rispetto alla differenza di trattamento fra coppie formate da persone dello stesso sesso e coppie formate da persone di sesso diverso nell'accesso ai diritti; le coppie *more uxorio* di sesso diverso esercitano una loro libera scelta nel non contrarre matrimonio, pur essendone legalmente autorizzati, nel caso delle coppie *more uxorio* dello stesso sesso si potrebbe configurare una fattispecie di discriminazione diretta o indiretta in ragione

329 CEDU, *Salgueiro da Silva Mouta vs Portugal*, 1999. La Corte individua un'analogia con un caso di discriminazione basata sulla religione, il caso *Hoffmann* del 1993, in cui era stato giudicato un fattore negativo per l'affidamento di un figlio l'appartenenza della madre ai Testimoni di Geova. Vedi, CEDU, *Hoffmann vs Austria*, 1993.

330 CEDU, *Karner vs Austria*, 2003.

dell'orientamento sessuale, considerando che in molti Stati membri del Consiglio le coppie dello stesso sesso non sono legalmente autorizzate a contrarre matrimonio.

Problematiche relative alla possibilità di contrarre matrimonio fra coppie dello stesso sesso sono state affrontate dalla CEDU fino ad ora solo in casi di ricorrenti transessuali, con decisioni che, nell'arco di pochi anni, hanno marcato una interessante evoluzione in materia di tutela antidiscriminatoria.

Nel 1998, infatti, la CEDU deliberò che la Gran Bretagna non aveva avuto un comportamento discriminatorio ai danni di K. Sheffield e R. Horsham, due transessuali, rifiutando di modificare i loro certificati di nascita per renderli corrispondenti al loro nuovo sesso. La Corte riaffermò la propria interpretazione dell'art. 12 della Convenzione, sul diritto al matrimonio ed a fondare una famiglia, stabilendo che i due non avevano diritto a sposare degli uomini perché gli Stati possono consentire il matrimonio solo fra un uomo ed una donna tali "per origine biologica"³³¹.

Tuttavia, pochi anni dopo, nel 2002, la CEDU stabilirà all'unanimità il diritto delle persone transessuali a contrarre matrimonio civile, nel loro nuovo sesso, con persone di sesso diverso.

L'aspetto importante nella sentenza *Goodwin*³³² è che il parere della CEDU non intacca sostanzialmente la definizione di matrimonio come unione fra due persone di sesso opposto; è accettabile che una persona transessuale sposi una persona del sesso opposto acquisito (con riassegnazione chirurgica dei genitali), e non del sesso opposto originario, mentre una persona omosessuale o bisessuale sposerebbe una persona dello stesso sesso.

Resta da considerare la giurisprudenza della CEDU che riguarda la protezione dei diritti dei genitori omosessuali. Abbiamo visto in precedenza come la CEDU si è pronunciata nel caso *Da Silva Mouta*; non è stato però possibile estendere il principio enunciato in tale sentenza, cioè l'esclusione della discriminazione nel rapporto fra genitore e figlio basata sull'orientamento sessuale, nella risoluzione del caso *Fretté*³³³ del 2002.

Nel caso in specie, ad un uomo dichiaratamente omosessuale, residente in Francia, dove è possibile per persone non sposate fare domanda per l'adozione anche come singoli, fu negata l'autorizzazione preliminare per l'adozione a causa del proprio orientamento sessuale.

La CEDU non ritenne questa fattispecie come discriminatoria *ex art. 14* Convenzione, perché la differenza di trattamento non aveva un impatto sufficiente per condizionare la vita privata e familiare del ricorrente.

331 CEDU, *Sheffield e Horsham vs United Kingdom*, 1998.

332 CEDU, *Goodwin vs United Kingdom*, 2002.

333 CEDU, *Fretté vs Francia*, 2002.

Questa sentenza scontava in gran parte la persistenza di stereotipi radicati in molti paesi europei circa l'idoneità o meno di persone omosessuali ad educare figli o a poter legittimamente essere in contatto con minori in adozione.

La Corte di Strasburgo ha però attuato una vera e propria inversione di tendenza con la sentenza del gennaio 2008 nel caso *E.B. vs Francia*; la CEDU ha infatti condannato come una discriminazione il rifiuto da parte delle autorità francesi di permettere ad una donna omosessuale, convivente con una persona dello stesso sesso dal 1990, di adottare un bambino.

La sentenza della CEDU³³⁴ stabilisce che la maestra elementare E.B. è stata discriminata ed ha subito una violazione del suo diritto ad una vita privata, perché il diniego all'adozione è collegato solo all'orientamento sessuale della madre adottiva, e scevro da considerazioni di altro genere.

2.3. Il diritto comunitario e la discriminazione per orientamento sessuale

Anche il diritto comunitario si è occupato della protezione dei diritti umani, attraverso l'operato di diversi organismi, ed in particolare di uno dei suoi organi, il Parlamento europeo, e del massimo organo giudiziario, la Corte Europea di Giustizia.

Il Parlamento europeo è competente su una gamma molto ampia di tematiche, ma i suoi poteri sono limitati, avendo carattere essenzialmente consultivo; le sentenze della Corte Europea di Giustizia sulla discriminazione per orientamento sessuale, di estrema rilevanza per la comprensione della fattispecie analizzata e delle evoluzioni in materia, si incentrano in maniera quasi esclusiva sulla protezione di diritti connessi alla discriminazione nel mondo del lavoro, che abbiano quindi una rilevanza economica.

Nel 1982, il Parlamento europeo ha dato mandato al "Comitato sugli affari sociali ed il lavoro" di indagare sulle discriminazioni sessuali sul posto di lavoro; il Comitato ha elaborato il "Rapporto Squarcialupi"³³⁵, documento sulla base del quale il Parlamento ha adottato nel marzo del 1984 una Risoluzione sulla discriminazione sessuale nei luoghi di lavoro.

Tale risoluzione sollecita gli Stati membri ad "abolire qualsiasi legge che renda passibili di punizione atti omosessuali compiuti fra adulti consenzienti" e ad "applicare la stessa età del consenso che è prevista per gli atti eterosessuali". La risoluzione inoltre invita la Commissione delle Comunità europee a "rinnovare il suo impegno in materia di licenziamenti onde assicurare che taluni individui non siano trattati in maniera ingiusta per motivi attinenti alla loro vita privata",

334 CEDU, *E.B. vs Francia*, 2008.

335 Parlamento europeo, Doc. 1-1348/83, 13 febbraio 1984.

a presentare proposte per far sì che non si verificano negli Stati membri altri casi di discriminazione nei confronti degli omosessuali per quanto concerne l'accesso al lavoro e le condizioni di lavoro, e ad invitare gli Stati membri a individuare "qualsiasi discriminazione nei confronti delle persone omosessuali, attinenti al lavoro, la casa e altri problemi sociali"³³⁶.

In seguito ad un dettagliato rapporto sulle forme di discriminazione all'interno dell'Unione europea sulla base dell'orientamento sessuale, il cosiddetto "Rapporto Roth", il Parlamento europeo ha adottato nel 1994 la nota Risoluzione "Sulla parità di diritti per gli omosessuali nella Comunità".

Tale risoluzione ha invitato gli Stati membri ad attuare le seguenti misure: abolire le leggi che criminalizzano l'attività omosessuale, equiparare le leggi sull'età per i rapporti consensuali per tutte le attività sessuali, sia omo che eterosessuali, porre fine alla disparità di trattamento degli omosessuali nei sistemi di sicurezza sociale, nelle leggi sull'adozione, nelle leggi sulla casa, nelle leggi sull'eredità e nel diritto penale, prendere iniziative per ridurre la violenza ai danni di persone omosessuali e perseguire in tribunale i responsabili di tale violenza, avviare campagne per combattere la discriminazione sociale nei confronti degli/delle omosessuali e attivare canali di finanziamento per le organizzazioni omosessuali con finalità sociali e culturali.

Il Parlamento europeo è intervenuto nuovamente su tale argomento con la Risoluzione del settembre 1998 "Sulla parità di diritti per gli omosessuali nell'UE", nella quale invita tutti i paesi candidati all'ingresso nella UE ad "abrogare ogni disposizione legislativa che violi i diritti umani delle lesbiche e degli omosessuali"; in caso contrario, il Parlamento avrebbe rifiutato di dare il consenso all'adesione del suddetto paese all'UE. Al momento dell'adozione della risoluzione i paesi in questione erano: Cipro, che ha sostituito al divieto totale di atti omosessuali maschili una serie di altre misure altrettanto discriminatorie, e la Romania, il cui Parlamento si è rifiutato di emendare le norme discriminatorie contro l'omosessualità, contenute nel codice penale rumeno.

La risoluzione si rivolge anche ad uno Stato membro, l'Austria, sollecitandola a revocare la legge nazionale che prevede un'età del consenso diversa per i rapporti omo ed eterosessuali, ad abrogare l'art. 209 del codice penale e ad amnistiare o rilasciare immediatamente tutte le persone detenute in virtù di tale disposizione. Di fondamentale importanza per il riconoscimento e la tutela dei diritti dei/delle lavoratori/trici omosessuali risulta essere l'introduzione, nel Trattato di Amsterdam del 1997, dell'art. 13, che stabilisce che, fatte salve le specifiche disposizioni del trattato e nell'ambito delle competenze conferite alla Comunità, il Consiglio, all'unanimità, su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento, può prendere i provvedimenti necessari a "combattere le discriminazioni

336 G.U.C.E., 1984, C 10/46-48.

fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali”.

L'importanza dell'art. 13 per la fattispecie in esame risiede nel fatto che l'orientamento sessuale viene previsto come possibile fattore di discriminazione autonomo rispetto al sesso, entra di diritto fra le materie di competenza del legislatore comunitario, e da questo momento in avanti può legittimamente ricevere tutela sulla base del diritto antidiscriminatorio in sede legale³³⁷.

L'art. 13 del Trattato di Amsterdam viene ripreso nel Capo III, dedicato all'uguaglianza, della Carta di Nizza del 2000 sui diritti fondamentali dell'Unione europea; l'art. 21 della Carta dei Diritti europea recita infatti: “È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza a una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali”. Inoltre, viene ribadito il diritto al riconoscimento delle coppie dello stesso sesso, che devono essere equiparate a quelle eterosessuali.

La Carta dei Diritti europea avrebbe dovuto divenire parte integrante del testo della Costituzione europea; in seguito alla mancata ratifica della Costituzione, la Carta di Nizza è confluita nel Trattato di Lisbona del dicembre 2007, che la rende vincolante con la sua entrata in vigore a partire dal 2009³³⁸.

Infine, occorre fare un breve cenno alle due più recenti modifiche dello Statuto dei funzionari della Comunità europee relativamente alla parità di trattamento, la prima delle quali è avvenuta nel 1998.

In tale data, è stata inserita nello Statuto una clausola di non discriminazione nel trattamento dei funzionari (art. 1 *bis*) e nella loro selezione (art. 27), clausola valida anche per il personale temporaneo (art. 12, 1° comma). In particolare, dopo il 1998 viene inclusa la protezione contro le discriminazioni sulla base dell'orientamento sessuale nell'art. 27, che in precedenza riguardava solo la discriminazione sulla base di razza, credo o sesso³³⁹.

La modifica del 1998 non applicava però il principio della parità di trattamento a forme di famiglia diverse da quella tradizionale, discriminando di fatto le coppie

337 Per approfondimenti sulla norma, vedi WADDINGTON, *Testing the Limits of the EC Treaty Article on Non-discrimination*, in *Industrial Law Journal*, n. 28, 1999, 133 ss.

338 Per un approfondimento sulla vincolatività o meno della Carta di Nizza, vedi AMATO, *La Carta dei diritti dell'Unione e il lavoro flessibile: il valore delle regole e l'interpretazione della giurisprudenza*, in *RGL*, 2002, I, 631 ss.

339 Alla luce della riforma dello Statuto del 1998, i bandi di concorso comunitari precisano che le istituzioni europee sono *equal opportunities employers* e che garantiscono selezioni prive di ogni discriminazione basata sull'orientamento sessuale. Per approfondimenti, vedi Regolamento (CE, CECA, Euratom) n. 781/98 del Consiglio, del 7 aprile 1998, che modifica lo Statuto dei funzionari della Comunità europea nonché il regime applicabile agli altri agenti di tali Comunità in materia di parità di trattamento, G.U.C.E., 1998, L113.

formate da persone dello stesso sesso.

La successiva modifica allo Statuto, avvenuta nel 2004, pone rimedio a tale limitazione, affermando, all'art. 1 *quinquies*, che "ai fini del presente Statuto, le unioni non matrimoniali sono equiparate al matrimonio"³⁴⁰. Il passo in avanti è notevole, anche se si tratta dell'equiparazione fra matrimoni e *registered partnership*, che esclude di fatto le coppie *more uxorio* che non siano in condizione, o non abbiano l'intenzione, di registrare la loro unione.

Inoltre, le *registered partnership* sono riconosciute solo a determinate condizioni; dal punto di vista procedurale, è necessario presentare un documento ufficiale attestante la condizione di membro di un'unione di fatto. Nessuno dei due partner deve risultare già sposato o impegnato in un'altra unione di fatto, e fra i due non deve sussistere nessun legame di parentela o di affinità. Infine, la *registered partnership* può essere riconosciuta solo qualora "la coppia non abbia accesso al matrimonio civile in uno Stato membro".

Tale ultimo aspetto, che apparentemente sembra favorire le coppie formate da persone dello stesso sesso, non tiene conto del fatto che in due Stati membri dell'Unione, l'Olanda ed il Belgio, il matrimonio civile può essere contratto da persone dello stesso sesso³⁴¹; ciò crea una disparità di trattamento nei confronti dei funzionari comunitari olandesi e belgi che, se vorranno accedere alle indennità familiari, non potranno avvalersi dell'istituto della *registered partnership*, ma dovranno forzatamente contrarre matrimonio civile.

2.4. Le sentenze della Corte di Giustizia Europea

La giurisprudenza elaborata dalla Corte di Giustizia Europea assume un significato centrale nella comprensione dell'evoluzione della riflessione comunitaria e nazionale sulla protezione di persone discriminate sulla base dell'orientamento sessuale, oltre a sottolineare in maniera chiara le principali problematiche dottrinali ed applicative e ad evidenziare limiti di azione e contrasti interpretativi.

La ricostruzione delle più importanti sentenze delle CGE in materia verrà fatta, in questo contributo, in maniera cronologica, al fine di mostrare se e quanto la giurisprudenza comunitaria si sia trasformata in seguito all'approvazione della direttiva 2000/78/CE, che fornisce all'Unione europea specifici poteri di azione

³⁴⁰ Regolamento (CE, Euratom) n. 723/2004 del Consiglio, del 22 marzo 2004, che modifica lo Statuto dei funzionari della Comunità europea nonché il regime applicabile agli altri agenti di tali Comunità, G.U.C.E., 2004, L124.

³⁴¹ Dal giugno 2008 anche il Parlamento norvegese ha approvato, a larga maggioranza, come riferito dall'agenzia stampa Adnkronos, una legge sul matrimonio che autorizza nozze fra persone dello stesso sesso, ritrovandosi così, paradossalmente, di fatto nella ipotetica fattispecie discriminatoria in cui già si trovano i funzionari comunitari olandesi o belgi.

per la protezione di lavoratori/trici discriminati/e sulla base dell'orientamento sessuale.

In effetti, appare altamente significativo comprendere come la Corte di Giustizia Europea abbia affrontato, e risolto, casi collegati al rispetto dell'orientamento sessuale del lavoratore/trice prima del 2000; l'elaborazione e l'unanime approvazione della direttiva sulla discriminazione per orientamento sessuale appare infatti come il risultato ultimo di una riflessione in seno alle istituzioni, governative o non governative, europee e nazionali, ma anche come il rimedio ad un vuoto normativo che la CGE si era trovata a fronteggiare nell'ambito del suo operato, e che in maniera sempre più incisiva limitava il suo margine di azione.

Il 30 aprile del 1996 la CGE ha deliberato che il *Cornwell County Council*, in Gran Bretagna, violava le norme non discriminatorie della direttiva comunitaria sulla parità di trattamento, la n. 76/207/CEE, per aver licenziato un transessuale britannico, *P*, che si era sottoposto ad un intervento chirurgico per cambiare sesso.

Nel caso in specie, *P* lavorava come amministratore presso un istituto di insegnamento che dipendeva dal *Cornwell County Council*, autorità amministrativa territorialmente competente. Ad un anno dalla sua assunzione, nel 1992, *P* informava *S.*, direttore didattico, della sua intenzione di sottoporsi ad un ciclo di trattamenti per il mutamento di sesso.

Nel settembre 1992, dopo aver subito un intervento chirurgico, *P* riceveva un preavviso di licenziamento, che il *Cornwell County Council* giustificava come dovuto ad esubero di personale, ma che *P* riteneva collegato ad una discriminazione sulla base del sesso³⁴².

La Corte, opportunamente interpellata, stabilì che la direttiva, che richiede agli Stati membri dell'UE di vietare la discriminazione diretta o indiretta nell'ambito lavorativo per motivi di sesso, comprende anche i casi di discriminazione concernenti una persona che ha cambiato sesso.

La sentenza è particolarmente significativa, ma, come sottolineato anche dalla Corte nelle motivazioni alla decisione, l'estensione della protezione contro la discriminazione si limita ai casi di cambiamento di sesso di un lavoratore, non intacca in alcun modo le disparità di trattamento fondate sull'orientamento sessuale dell'individuo³⁴³.

Si ipotizzava, comunque, per la prima volta, che si dovessero proteggere anche casi di discriminazione che esulassero dalla tradizionale dicotomia uomo/donna, collegando il principio di eguaglianza con la più generale tutela dei diritti

342 CGCE, Causa C-13/94, *P. vs S. and Cornwall County Council*.

343 FERLUGA, *La discriminazione degli omosessuali e la riforma del MDL*, in FABENI/TONIOLO (a cura di), *La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale. L'attuazione della direttiva 2000/78/CE e la nuova disciplina per la protezione dei diritti delle persone omosessuali sul posto di lavoro*, Roma, 2005, 404-405.

umani; ma l'apertura dimostrata nel caso *P* trova una subitanea battuta d'arresto nel successivo caso *Grant vs. South West Trains Ltd*, che ribalta completamente le conclusioni della sentenza *P*.

Nel 1997, infatti, due donne britanniche, Lisa Grant e la sua partner Jill Percey, fecero ricorso alla CGE sostenendo che il datore di lavoro della Grant, la South West Trains Ltd., avrebbe dovuto offrire alla sua partner agevolazioni sociali identiche a quelle previste per i partner eterosessuali³⁴⁴.

Il contratto di lavoro della South West Trains Ltd. prevedeva che i dipendenti potessero fruire di viaggi gratuiti o a prezzo ridotto sulla rete ferroviaria della compagnia, estendendo tali agevolazioni anche ai coniugi o partner di sesso opposto dei dipendenti purché in una relazione significativa da almeno 2 anni.

Quando però la sig.ra Grant chiese di poter far usufruire alla sua compagna di dette riduzioni, le fu risposto in maniera negativa, in quanto le agevolazioni potevano essere concesse solo per il coniuge o per il compagno di sesso opposto. A questo punto la sig.ra Grant propose un ricorso dinanzi all'Industrial Tribunal di Southampton, sostenendo che si configurasse una discriminazione fondata sul sesso contraria alle disposizioni del diritto comunitario in materia; la Corte Europea, opportunamente adita, si è successivamente pronunciata sulla vicenda, stabilendo che il diniego di vantaggi salariali al convivente dello stesso sesso, accordati invece a conviventi di sesso opposto, non costituisce discriminazione fondata sul sesso, come sostenevano i legali della Grant, bensì sull'orientamento sessuale, all'epoca non ancora vietato dalla normativa comunitaria³⁴⁵.

La successiva introduzione dell'art. 13 del Trattato di Amsterdam, e soprattutto le previsioni della direttiva 2000/78/CE, introducono l'orientamento sessuale come criterio discriminatorio, autonomo rispetto al sesso, tra le materie di competenza comunitaria. Un ipotetico "secondo caso Grant" avrebbe quindi oggi un esito giurisprudenziale diametralmente opposto, in considerazione del fatto che la direttiva 2000/78 proibisce la discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale con riguardo alla retribuzione ed ai benefici connessi all'occupazione.

Un datore di lavoro che concede agevolazioni a coppie conviventi di sesso opposto ma non a coppie conviventi dello stesso sesso vedrà sicuramente il suo comportamento censurato dalla Corte Europea di Giustizia; il nodo centrale rispetto alla tutela antidiscriminatoria fondata sull'orientamento sessuale rimane però la

344 CGCE, Causa C-249/96, *Grant vs. South West Trains Ltd*.

345 La Corte Europea di Giustizia afferma infatti non esserci violazione della parità uomo-donna, unica disparità di trattamento disciplinata al tempo, perché l'agevolazione in questione non sarebbe stata concessa anche se i partners dello stesso sesso fossero stati dell'altro genere (in questo caso, due uomini). Pur affermando l'esistenza di una discriminazione *de facto*, la CGE non ritiene di avere la legittimità a proteggere la fattispecie considerata, cioè l'orientamento sessuale del/della lavoratore/trice. Vedi AMATO, *Tra uguaglianza e differenze: il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Atti del Convegno, Firenze, 2006, 18-21.

possibilità o meno di cambiare il proprio stato civile se si è all'interno di una coppia omosessuale.

I datori di lavoro che sono così progressisti da garantire agevolazioni a coppie conviventi di sesso opposto, pur non arrivando a tutelare le coppie conviventi dello stesso sesso, rimangono infatti una minoranza³⁴⁶; il requisito per l'accesso alla maggior parte delle agevolazioni in ambito lavorativo rimane generalmente l'aver contratto regolare matrimonio, trovarsi cioè in una condizione giuridica che rimane preclusa alle coppie formate da persone dello stesso sesso nella maggior parte degli ordinamenti nazionali degli Stati membri.

Il primo banco di prova dell'operatività della direttiva 2000/78 è rappresentato dal caso *K.B. vs National Health Service Pensions Agency and Secretary of State for Health*³⁴⁷ del 2004, che, come la successiva sentenza *Richards* del 2006, affronta una questione di natura previdenziale.

Il caso riguardava K.B., una infermiera impiegata presso la National Health Service (NHS) da 20 anni, ed iscritta al NHS Pension Scheme. K.B. ha da anni una relazione affettiva e di convivenza con R., una persona nata di sesso femminile e come tale registrata allo stato civile britannico, che, in seguito ad un'operazione medica di cambiamento di sesso, è divenuta un uomo; la coppia non può però contrarre regolare matrimonio, nonostante la volontà delle due parti, perché la legislazione del Regno Unito non prevede la possibilità di modifica dello stato civile a seguito del mutamento di sesso del cittadino transessuale.

In assenza di matrimonio, però, la NHS Pensions Agency non concede a R., in caso di morte di K.B., l'accesso alla pensione di reversibilità, in quanto il beneficio di tale prestazione è riservato esclusivamente al coniuge superstite, mentre le coppie conviventi ne restano escluse.

Appare immediata, in questo sommario riassunto del caso in specie, l'analogia con il caso Grant, che si occupava della mancata concessione di un beneficio sociale al lavoratore sulla base dell'assenza di vincolo matrimoniale; ma si evincono anche tematiche proprie del caso P., dove il cambiamento di sesso del lavoratore o del suo partner diventa causa di possibili comportamenti discriminatori da parte del datore di lavoro.

K.B., di fronte al diniego di concessione di pensione di reversibilità da parte della NHS, ha adito la Court of Appeal (England and Wales) che ha deciso di sospendere il giudizio e di sottoporre alla CGE la seguente questione pregiudiziale: "Se l'esclusione del convivente transessuale (una persona originariamente di sesso femminile) di una donna iscritta al National Health Service Pension Scheme, in

346 BONINI-BARALDI, *La discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale nell'impiego e nell'occupazione: esempi concreti ed aspetti problematici*, Trier, 2004, 16-17.

347 Causa C-117/01, *K.B. vs National Health Service Pensions Agency and Secretary of State for Health*.

forza del quale le prestazioni per persone a carico spettano solo al vedovo, costituisca una discriminazione basata sul sesso, vietata dall'art. 141 CE e dalla Direttiva 75/117".

È importante sottolineare come il giudice del rinvio abbia considerato K.B. e R. come una coppia eterosessuale, il cui solo tratto distintivo è che il sesso di uno dei due partner è stato definito in seguito ad una operazione chirurgica. Di conseguenza, il trattamento sfavorevole loro riservato deriva essenzialmente dal fatto che R. ha subito un cambiamento di sesso, il che costituirebbe una discriminazione diretta fondata sul sesso.

La ricorrente, K.B., ha opportunamente evitato di fondare la sua pretesa su una presunta discriminazione ai danni di una coppia formata da persone dello stesso sesso, quali sono le due ricorrenti secondo la normativa britannica allora in vigore. Una discriminazione basata sull'orientamento sessuale, e non sul sesso, avrebbe spostato l'accento sull'equiparazione fra coppie omosessuali e coppie eterosessuali nell'accesso ad un beneficio sociale, e avrebbe verosimilmente avuto un esito non diverso da quello rilevato dalla sentenza Grant. K.B. sottolinea invece come la sua coppia sia riconducibile ad una relazione fra un uomo ed una donna, con l'unica variante del mutamento di sesso di uno dei due partner.

Il Regno Unito argomenta la sua posizione prendendo spunto proprio dalla sentenza Grant, ed in subordine dalla sentenza D., nelle quali l'aver contratto matrimonio è condizione essenziale per la concessione di un vantaggio economico³⁴⁸.

Il giudizio finale della CGE sarà favorevole a K.B., con una sentenza molto significativa ed innovativa, che si occupa però della tutela di coppie formate da un partner transessuale, e non di coppie formate da persone dello stesso sesso.

La Corte non ritiene che il requisito del matrimonio come essenziale per l'accesso a determinati benefici sociali possa essere inquadrato come discriminazione fondata sul sesso e vietato dal diritto comunitario, perché la decisione di riservare determinati benefici a coppie sposate è affidata alla scelta del legislatore ed all'interpretazione dei giudici nazionali delle norme giuridiche di diritto interno. Nel caso in specie, tuttavia, la Corte individua una disparità di trattamento ai danni della coppia formata da K.B. e R., una discriminazione indiretta che incide su uno dei requisiti per la concessione del beneficio suddetto. Infatti, come recita la sentenza al punto 31, *"...nel Regno Unito, mentre le coppie eterosessuali, in cui l'identità di nessuno dei due membri deriva da un'operazione di cambiamento di sesso, possono contrarre matrimonio e, eventualmente, godere di una pensione di reversibilità, che costituisce un elemento della retribuzione di uno di essi, una coppia quale quella formata da K.B. e R. non è assolutamente in grado di soddisfare la condizione del matrimonio, quale prevista dal NHS Pension Scheme, al fine di concedere una*

348 BATTAGLIA, "Sesso" e "orientamento sessuale" nell'interpretazione dell'art. 141 CE alla luce della sentenza K.B. c. Regno Unito, in *Dir. Un. Eur.*, 2004, 3, 599.

pensione di reversibilità".

La sentenza K.B. risulta quindi altamente significativa perché ridefinisce in maniera più elastica la dicotomia sesso/orientamento sessuale alla base della giurisprudenza del caso Grant; occorre però chiedersi quanto essa possa risultare incisiva per la tutela delle coppie formate da persone dello stesso sesso, e quali implicazioni effettive possa avere sul contrasto alla discriminazione basata sull'orientamento sessuale.

Come sostiene infatti Laura Calafà: *"Dopo Goodwin e K.B. la dir. n. 2000/78 consente ad un datore di lavoro di erogare benefici ai coniugi di sesso diverso dei lavoratori, ma non ai partners conviventi dello stesso sesso; non pare sussistere una discriminazione indiretta dato che il datore di lavoro può chiedere il matrimonio come condizione per attribuire un determinato beneficio.*

*La riassegnazione del genere dà diritto a due persone di sposarsi regolarmente (e tradizionalmente). E con ciò, si può affermare che questa parte della portata innovativa della sentenza K.B. sia destinata ad esaurirsi in un breve margine di tempo e senza produrre nessun effetto utile sulle questioni che rimangono sospese, tutte incentrate sul trattamento di coppie nelle quali nessuno dei due partner ha deciso una riassegnazione chirurgica del genere"*³⁴⁹.

La sentenza K.B. non ridefinisce quindi in alcun modo la natura giuridica del vincolo matrimoniale, e, lungi da equiparare matrimoni eterosessuali a matrimoni omosessuali, mantiene una posizione di estrema prudenza rispetto a tali tematiche, confermando come si possa definire matrimonio essenzialmente l'unione fra persone di sesso diverso.

Di tenore simile è il caso *Richards*³⁵⁰ del 2006, che interviene su una questione analoga a quella di K.B., e risolve la controversia giuridica applicando i precedenti giurisprudenziali in materia.

La controversia riguarda nuovamente la legislazione del Regno Unito, che prevede una diversa età di pensionamento per uomini e donne (per gli uomini 65 anni, per le donne 60); alla signora Richards, lavoratrice il cui sesso è stato modificato chirurgicamente ma che risulta ancora uomo all'anagrafe britannica, viene rifiutata la pensione dal Secretary of State for Work and Pensions, causa il mancato raggiungimento dei 65 anni previsti per gli uomini.

La CGE non mette in discussione la legittimità degli Stati membri di stabilire età diverse per il pensionamento di uomini e donne, piuttosto sottolinea la illegittimità comunitaria di un provvedimento amministrativo che nega alla sig.ra Richards l'accesso alla pensione al compimento del sessantesimo anno di età, causa il mancato adeguamento dell'ordinamento britannico alle disposizioni circa

³⁴⁹ CALAFÀ, *Le discriminazioni basate sull'orientamento sessuale*, in BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Milano, 2007, 195-6.

³⁵⁰ CGCE, Causa C-423/04, *Richards vs. Secretary of State for Work and Pensions*.

la possibilità di registrare un cambiamento anagrafico di sesso.

Appare evidente dalla trattazione delle cause analizzate fino ad ora come la posizione delle persone transessuali discriminate abbia trovato più facilmente accoglienza positiva presso la CGE rispetto alla posizione delle persone, o delle coppie, omosessuali in cui nessuno dei due partner aveva subito un cambiamento di genere; l'analisi delle conclusioni della Corte nei casi P., K.B., Richards, messa in rapporto con quanto emerso nella sentenza Grant, ha evidenziato come la discriminazione contro le persone transessuali rientri pienamente nell'ambito di applicazione delle direttive europee contro la discriminazione sulla base del sesso, mentre la discriminazione nei confronti di persone omosessuali presenta ancora problematiche applicative ed interpretative.

È stato sottolineato l'aspetto quasi paradossale della vicenda; la CGE sembra accordare maggiore tutela contro la discriminazione alle persone transessuali rispetto alle persone omosessuali, che sono statisticamente numericamente superiori alla popolazione transessuale, e perciò sarebbero meritevoli della medesima considerazione rispetto alla dignità della persona e alla tutela dei diritti fondamentali. Ma forse, come osserva Fabrizio Amato, bisogna ribaltare il punto di vista; egli infatti asserisce che: *“Alcuni hanno trovato la risposta nell'essere numericamente pochi i transessuali e molto di più gli uomini e le donne omosessuali [...], per cui i costi economici di una piena equiparazione delle situazioni sarebbero stati estremamente maggiori in caso di accoglimento delle prospettive avanzata nel caso Grant dal giudice remittente”*³⁵¹.

Sicuramente l'aspetto economico deve essere preso in considerazione; tuttavia, non appaiono di minor rilievo anche spiegazioni di tipo sociologico e psicologico, legate a pregiudizi e stereotipi rispetto ai ruoli di genere ancora presenti, anche a livello inconscio, nelle società contemporanee.

Mentre il cambiamento di sesso non mette in discussione in alcun modo le relazioni di genere, incentrandosi esclusivamente nel mutamento della identità personale, che deve essere tutelata nel momento di transizione e successivamente, una relazione fra persone dello stesso sesso ha un carattere molto più dirompente nella società tradizionale, rischia di scardinare concezioni di famiglia acquisite e di sconvolgere equilibri molto delicati; in società tradizionali, in cui i rapporti fra i sessi ed il concetto di famiglia sono ancora ancorati a stereotipi molto ben determinati, l'accettazione di coppie omosessuali risulta molto più difficile rispetto al riconoscimento di coppie, apparentemente eterosessuali, in cui uno dei due partner ha cambiato sesso.

Eppure la maggior parte dei casi portati davanti alle due distinte Corti riguardano discriminazioni che coinvolgono direttamente o indirettamente legami di coppia,

351 AMATO, *Tra uguaglianza e differenze: il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Atti del Convegno, Firenze, 2006, 21.

mentre solamente il caso P. ed il caso Richards si occupano di una discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale che colpisce individualmente il lavoratore, sia che venga licenziato in seguito ad un cambiamento di sesso, come nel primo caso, sia per i requisiti di accesso alla pensione di anzianità, come nel secondo.

Non del singolo lavoratore omosessuale o transessuale si tratta, quindi, ma piuttosto di tale lavoratore inserito in una relazione di coppia, in un contesto familiare per il quale cerca pieno riconoscimento di diritti al pari delle famiglie eterosessuali. L'aspetto della dimensione relazionale ed affettiva nella tutela dei diritti per orientamento sessuale è da sottolineare, evidenziando in maniera crescente la necessità di una attenzione e di una protezione effettiva per le coppie formate da persone dello stesso sesso.

Nel 2006, il caso *Maruko vs. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen* riporta una possibile discriminazione legata all'orientamento sessuale davanti alla CGE; nuovamente, e significativamente, si tratta di una controversia sorta rispetto al mancato accesso ad un beneficio sociale da parte di una coppia di persone dello stesso sesso.

Di nuovo, non di discriminazione individuale si tratta, quindi, ma di una discriminazione legata ad una relazione di coppia omosessuale, non tutelata in egual misura rispetto alle coppie eterosessuali.

La controversia in specie nasce dal mancato riconoscimento di una pensione al superstite di una coppia costituita da persone dello stesso sesso, che non avevano contratto matrimonio, riservato dalla legislazione nazionale alle coppie eterosessuali, ma avevano legalizzato la loro unione attraverso un istituto affine al matrimonio.

Nel 2001, infatti, il sig. Maruko ed il suo partner dello stesso sesso contraevano un'unione civile registrata ai sensi del *Lebenpartnerschaftsgesetz* (legge sulle unioni civili registrate) tedesco, che autorizza le coppie dello stesso sesso ad aderire ad un istituto di diritto di famiglia affine al matrimonio.

Il compagno del sig. Maruko disegnava costumi teatrali, ed era assicurato presso il *Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen* (ente di previdenza dei lavoratori tedeschi) dal 1959 senza soluzione di continuità, avendo versato i contributi in forma continuativa anche quando l'assicurazione non era obbligatoria. Dopo il decesso del compagno nel 2005, il sig. Maruko chiedeva la pensione vedovile, come previsto dal regolamento collettivo di categoria per i teatri tedeschi del 1937, che obbliga tutti gli impresari a sottoscrivere un'assicurazione vecchiaia e superstiti per il personale artistico alle loro dipendenze.

Il *Versorgungsanstalt* respingeva però la richiesta del sig. Maruko, sulla base del fatto che il suo statuto non tutelava le prestazioni di reversibilità di contraenti unioni civili registrate. A norma degli artt. 32 e 34 dello statuto, fra il richiedente e l'assicurato deve infatti esistere un rapporto di matrimonio, non potendosi estendere i termini "vedovo", "vedova", "marito" o "moglie" alle unioni civili re-

gistrate.

La CGE ha pronunciato il suo giudizio il 1° aprile 2008 dando soluzione positiva alle richieste formulate dal sig. Maruko.

La Corte ha analizzato congiuntamente le questioni 1, 2 e 4, che tendevano sostanzialmente a stabilire se il caso in specie ricadeva nell'ambito di applicazione della direttiva 2000/78, arrivando alla considerazione conclusiva che non sussistono ragioni per cui ai benefici concessi al partner sopravvissuto, secondo lo schema pensionistico sviluppato dal *Versorgungsanstalt*, non sia applicabile quanto disposto dalla direttiva 2000/78³⁵².

Al sig. Maruko viene rifiutata la pensione di reversibilità per non essersi sposato con il suo compagno e per non aver acquisito quindi lo *status* di "vedovo"; se da una parte si può obiettare che tale beneficio viene concesso dal *Versorgungsanstalt* solo a coppie che abbiano contratto regolare matrimonio, quindi l'orientamento sessuale delle due persone coinvolte non avrebbe nessun peso nel diniego al godimento del diritto, dall'altra, nella fattispecie in esame permane una impossibilità normativa a contrarre matrimonio.

La causa verte quindi sulla disuguaglianza fra coppie sposate e coppie costituite mediante un'altra formula legale, e sulla verifica se questi due tipi di modalità meritino un trattamento equivalente.

La CGE stabilisce che il diniego della pensione dovuto al fatto di non aver contratto matrimonio, quando due persone dello stesso sesso non possono contrarlo, avendo sottoscritto un'unione che produce effetti simili, comporta una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale ai sensi della direttiva 2000/78; tuttavia specifica, in continuità con tutte le sentenze analizzate in precedenza, che la legislazione dello stato civile permane di esclusiva competenza dello Stato membro e rinvia al giudice nazionale la valutazione circa la parificazione tra matrimonio ed altri istituti nel proprio ordinamento, al fine di equipararne diritti e doveri.

3. La direttiva 2000/78 e la trasposizione italiana con il d.lgs. n. 216 del 2003

Nel luglio del 2003 la Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana ha pubblicato i due decreti legislativi di attuazione delle direttive europee in materia di discriminazione.

Il recepimento italiano è avvenuto in anticipo rispetto ai tempi accordati dal legislatore comunitario, ma non si è presentato scevro da "sviste" procedurali

352 Per approfondire le tematiche relative alla nozione di retribuzione, di pensione ed all'incidenza dello stato civile per accedere a benefici previdenziali, rimando alle conclusioni dell'avvocato generale Damaso Ruiz-Jarabo Colomer sul caso in specie, Causa C.267/06, in www.curia.europa.eu.

e sostanziali, oltre che da significative incoerenze rispetto al dettato della normativa comunitaria, tanto da sollevare dubbi su un possibile controllo da parte dell'Unione Europea sulla effettiva correttezza della trasposizione nazionale. Al fine di sanare la messa in mora, con procedura d'infrazione, di tali decreti da parte dell'Unione Europea, nel giugno 2008 è stato emanato un provvedimento, il d.l. 8 aprile 2008, n. 59, "*Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee*", che, insieme alla relativa legge di conversione, la n. 101 del 6 giugno 2008, modifica alcune delle parti più controverse dei decreti di recepimento³⁵³.

Il d.lgs. n. 215 del 9 luglio 2003 recepisce la direttiva 2000/43/CE del Consiglio europeo, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente da razza ed origine etnica; il d.lgs. n. 216, sempre del 9 luglio 2003, che riguarda direttamente la materia del presente contributo, è stato emanato in attuazione della direttiva 2000/78/CE del Consiglio, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizione di lavoro, focalizzandosi in maniera specifica sulle cosiddette "altre discriminazioni" rispetto a razza ed origine etnica, elencate in maniera puntuale in discriminazioni fondate su religione, convinzioni personali, handicap, età, tendenze sessuali³⁵⁴.

È importante sottolineare che il d.lgs. n. 216/2003 ha il grande merito di aver introdotto nell'ordinamento italiano, per la prima volta, una normativa a tutela della discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, uno degli elementi, insieme all'età, più innovativi nell'ambito del diritto antidiscriminatorio così come tratteggiato dalle due direttive comunitarie del 2000.

Il recepimento italiano delle direttive è stato considerato dalla dottrina parziale, meccanico, letterale, sbagliato, manipolativo, poco chiaro, tecnicamente inadeguato in molti punti; Stefano Fabeni parla di un recepimento "*minimale*"³⁵⁵, perché è stata persa l'occasione di ampliare lo spettro della tutela antidiscriminatoria, oltre che di istituire un organismo per la promozione ed il monitoraggio della

353 Per consultare i testi del d.l. n. 59/2008 e della legge di conversione n. 101/2008, vedi Gazzetta Ufficiale n. 132 del 7 giugno 2008.

354 A queste due importanti direttive europee, che attuano l'art. 13 del Trattato di Amsterdam, va aggiunta la Direttiva 73/2002/CE, che aggiorna la Direttiva 207/76/CEE sull'attuazione del principio di parità di trattamento fra uomini e donne in materia di accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionale e alle condizioni di lavoro. I criteri per il recepimento nell'ordinamento italiano di tale ultima direttiva sono contenuti nella l. 31 ottobre 2003, n. 306 "Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee. Legge Comunitaria 2003", art. 17. CHACARTEGUI JAVEGA, *La direttiva 2000/78/CE e il principio di non discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale nel diritto comunitario*, in FABENI/TONIOLO (a cura di), *op. cit.*, Roma, 2005, 59-62.

355 L'espressione si trova in FABENI, *Norme antidiscriminatorie e il decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 216: le opportunità mancate e le prospettive per una riforma*, in FABENI/TONIOLO (a cura di), *op. cit.*, Roma, 2005, 101.

parità di trattamento.

L'approccio della dottrina in materia è altamente condivisibile, soprattutto rispetto alla discriminazione per orientamento sessuale; la trasposizione della direttiva comunitaria risulta infatti, in alcuni punti, non corretta, mentre relativamente ad altri aspetti, esaminati qui di seguito, si rilevano delle mancanze di attuazione, dei significativi scostamenti dal portato originale della direttiva e delle disposizioni aggiuntive che snaturano non poco la natura antidiscriminatoria della normativa comunitaria, e che solo in parte sono sanate dalla legge "salva infrazioni" n. 101/2008.

Il primo aspetto da prendere in considerazione riguarda la mancata previsione, all'interno del d.lgs. n. 216/2003, dell'adozione di azioni positive per rimediare a situazioni di possibile discriminazione a causa dei motivi elencati nella normativa medesima; al silenzio del decreto si contrappone quanto previsto dall'art. 7 della direttiva 2000/78, che recita "*allo scopo di assicurare completa parità nella vita professionale, il principio della parità di trattamento non osta a che uno stato membro mantenga o adotti misure specifiche dirette a evitare o compensare svantaggi correlati a uno qualunque dei motivi di cui all'art. 1*".

Si tratta di una vera e propria legittimazione di misure specifiche, le azioni positive appunto, per il perseguimento di politiche di promozione e di normative miranti all'abolizione di condizioni direttamente o indirettamente discriminatorie. La previsione di azioni positive assume una particolare importanza per la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, in quanto legittima, per esempio, interventi mirati in settori, quali le forze armate o le agenzie governative, dove le persone omosessuali sono tuttora vittime di pregiudizi e di stereotipi radicati, e dove di conseguenza con maggiore difficoltà riescono ad accedere ad un posto di lavoro³⁵⁶.

Come sostiene Pasquale Chieco, la "delega in bianco" che la Legge comunitaria ha fornito al governo per l'attuazione della direttiva 2000/78 non ha consentito di adottare tali misure preferenziali, che necessitano di una scelta in positivo del legislatore nazionale, in quanto trattasi di delicati strumenti di diritto diseguale; la mancanza di specificazioni sul punto ha implicato una scelta negativa da parte del legislatore delegante ed una precisa volontà di non modificare lo stato attuale della normativa in materia³⁵⁷.

356 In proposito, vedi BELL/WADDINGTON, *Diversi eppure uguali. Riflessioni sul diverso trattamento delle discriminazioni nella normativa europea in materia di eguaglianza*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2003, n. 3-4, 381.

357 CHIECO, *Azioni positive e omosessualità: dalle aperture della direttiva 2000/78/CE al silenzio del d.lgs. n. 215/2003*, in FABENI/TONIOLO (a cura di), *op. cit.*, Roma, 2005, 423 ss.

3.1. L'oggetto del provvedimento e la discriminazione diretta ed indiretta (con riferimento anche alle molestie e alle molestie sessuali)

L'art. 1 del decreto legislativo, che riprende in parte l'art. 1 e l'art. 2, 1° comma, della direttiva, definisce l'oggetto del provvedimento ed evidenzia la possibile ricorrenza delle cosiddette "discriminazioni multiple", che si sviluppano in maniera esponenziale in presenza di una pluralità di fattori discriminatori; il decreto, ripercorrendo in questo caso la scia solcata dalla direttiva comunitaria, limita la rilevanza giuridica di tali discriminazioni multiple alla possibile ricorrenza del fattore genere e di uno degli altri fattori elencati dalla direttiva, specificando che verranno disposte le misure antidiscriminatorie necessarie *"in un'ottica che tenga conto anche del diverso impatto che le stesse forme di discriminazione possono avere su donne e uomini"*³⁵⁸.

L'art. 2, che riprende in maniera quasi letterale il contenuto della direttiva 2000/78, definisce la discriminazione diretta ed indiretta, assimilando, nel 4° comma, anche l'ordine di discriminare alla discriminazione.

Nel caso di discriminazione diretta, un lavoratore omosessuale o bisessuale vedrà la sua situazione comparata con quella di un lavoratore eterosessuale in una situazione analoga, al fine di stabilire se un eventuale livello di disparità esistente fra i due sia sintomo di condotta discriminatoria dell'impresa; quando si tratta di discriminazione indiretta, anche nel caso dell'orientamento sessuale si può ricorrere allo strumento della prova statistica come meccanismo per individuare il comportamento discriminatorio dell'impresa, con la difficoltà ulteriore, rispetto agli altri motivi di discriminazione, di individuare il gruppo potenzialmente discriminato, avendo riscontrato come spesso il lavoratore omosessuale o bisessuale preferisca non rivelare sul luogo di lavoro il proprio orientamento sessuale, al fine di evitare ritorsioni o comportamenti pregiudizievoli nei suoi confronti³⁵⁹.

Aspetto di rilievo assume a questo proposito anche l'inclusione nell'art. 2, 3° comma, del decreto n. 216, delle molestie fra le discriminazioni, intendendo per molestie *"quei comportamenti indesiderati, [...] aventi lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante od offensivo"*.

358 Una discriminazione multipla o doppia si considera infatti tale, nel nostro ordinamento, solo quando il fattore genere si incrocia con uno qualsiasi degli altri (razza, origine etnica, età, religione, convinzioni personali, handicap, orientamento sessuale), non in un qualsiasi caso di incrocio di due fattori di rischio di discriminazione. Per esempio, si ha discriminazione doppia se viene discriminata una donna portatrice di handicap, mentre non si può parlare di discriminazione multipla nel caso di un omosessuale discriminato per la sua origine etnica. Sul punto, che meriterebbe una riflessione più approfondita, vedi CHACARTÉGUI JAVEGA, *op. cit.*, in FABENI/TONIOLO (a cura di), *op. cit.*, Roma, 2005, 62 ss.

359 CHACARTÉGUI JAVEGA, *op. cit.*, in FABENI/TONIOLO (a cura di), *op. cit.*, Roma, 2005, 63-66.

La molestia, e la molestia sessuale, vede le persone di orientamento sessuale omo-, bi- o transessuale come vittime privilegiate e particolarmente vulnerabili; il Codice di condotta sulla tutela della dignità degli uomini e delle donne nel mondo del lavoro, inserito nella Raccomandazione 92/131/CEE della Commissione europea del novembre 1991, sottolinea infatti come la molestia sessuale possa costituire un elemento di particolare gravità qualora sia provocata dall'orientamento sessuale del lavoratore, in quanto lede la sua dignità personale ed è assolutamente incompatibile con lo svolgimento di un'attività lavorativa³⁶⁰.

3.2. Ambito di applicazione e regole derogatorie al principio di non discriminazione

L'aspetto più problematico della trasposizione della direttiva comunitaria nell'ordinamento italiano si riscontra nel dettato dell'art. 3 del d.lgs. n. 216/2003, che definisce l'ambito di applicazione della normativa, senza di fatto discostarsi sostanzialmente da quanto disposto dal legislatore comunitario.

Il campo di applicazione materiale della direttiva 2000/78 è concentrato nell'area dell'occupazione e del lavoro, sia autonomo che dipendente, ed include le seguenti aree: condizioni di accesso all'occupazione ed al lavoro (compresi i criteri di selezione), condizioni di assunzione, promozioni, orientamento e formazione professionale, perfezionamento e riqualificazione professionale (compresi i tirocini professionali), occupazione e condizioni di lavoro (comprese quelle relative a licenziamento e retribuzione), affiliazione ed attività in un'organizzazione di lavoratori o datori di lavoro.

Il decreto legislativo riproduce sostanzialmente tale elenco³⁶¹, ma al 2° comma dell'art. 3 il legislatore italiano specifica che verranno fatte salve tutte le disposizioni vigenti in materia di immigrazione da paesi terzi o in caso di apolidi, sicurezza e protezione sociale, sicurezza pubblica, tutela dell'ordine pubblico, prevenzione di reati e tutela della salute, stato civile e prestazioni che ne derivano, regole delle forze armate, limitatamente ai fattori età e disabilità.

Il punto nodale dell'analisi del decreto legislativo risiede propriamente nelle regole derogatorie al principio di non discriminazione, nelle restrizioni nel campo di applicazione della normativa che introducono delle eccezioni che possono rendere legittimo un comportamento altrimenti considerato discriminatorio. Si tratta, sostanzialmente, del 3° comma dell'art. 3 del d.lgs. n. 216/2003, quello consi-

360 G.U.C.E., Serie L n. 49, 24 febbraio 1992.

361 Unica divergenza, di non eccessiva rilevanza, riguarda l'aggiunta della specifica "*o di altre organizzazioni professionali*" per quanto riguarda l'affiliazione e l'attività in un'organizzazione di lavoratori e datori di lavoro. Cfr. d.lgs. n. 216/2003, art. 3, 1° comma, punto d).

derato dalla dottrina più problematico ed altamente censurabile in alcuni punti. L'analisi che segue è parzialmente superata dall'adozione della l. n. 101/2008, che pone rimedio ad alcuni degli aspetti più problematici del d.lgs. n. 216/2003, lasciando al contempo scoperti alcuni punti nevralgici della trasposizione, e non risolvendo pienamente le principali problematiche di tipo applicativo.

La prima parte del 3° comma dell'art. 3 recitava, nella prima trasposizione, che, *“nel rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, nell'ambito del rapporto di lavoro o dell'esercizio dell'attività di impresa”* non si ha discriminazione per motivi di religione, convinzioni personali, handicap, età e orientamento sessuale nei casi in cui, per la natura dell'attività lavorativa o per il contesto in cui viene espletata, tali caratteristiche costituiscano *“un requisito essenziale e determinante ai fini dello svolgimento dell'attività medesima”*.

La disposizione presentava una chiara discrepanza rispetto a quanto predisposto dalla direttiva comunitaria, che, all'art. 4, 1° comma, fonda tale sistema derogatorio esclusivamente alla circostanza che si tratti di *“un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa”*, sempre che *“la finalità sia legittima e il requisito proporzionato”*.

Nella direttiva, quindi, non si fa menzione del generico “principio di proporzionalità e ragionevolezza” che fa da ideale premessa al disposto dell'art. 3 del decreto di recepimento, ma piuttosto dei molto meno vaghi presupposti di “finalità legittima” e di “proporzionalità del requisito”.

Esisteva chiaramente una diversità di approccio nella trattazione dei *bona fide occupational qualifications*, come sono denominati i requisiti occupazionali, nel decreto di attuazione rispetto alla direttiva comunitaria; oltre ad un'ambiguità di fondo, presente già nella normativa comunitaria, che lascia ampio margine al legislatore nazionale nell'individuazione delle attività lavorative e dei contesti nei quali una determinata caratteristica, collegata ad un fattore di discriminazione vietato, sia un requisito essenziale proporzionato, richiesto per finalità legittime, il fatto che il decreto di attuazione italiano avesse inserito una “clausola generale”, senza regolare ipotesi specifiche di eccezioni al divieto di discriminare, ampliava il margine di discrezionalità dell'intervento dei giudici, cui faceva però da contraltare un assai ridotto numero di cause che venivano presentate sulla base della normativa antidiscriminatoria³⁶². La l. n. 101/2008, nell'art. 8 *septies*, elenca le modifiche apportate al d.lgs. n. 216/2003, ed appare significativo come, nel primo periodo del 3° comma dell'art. 3, dopo le parole *“di proporzionalità e ragionevolezza”*, la suddetta legge inserisca *“e purché la finalità sia legittima”*, rimediando

362 In Italia, le vertenze sottoposte ad un giudice sulla base della discriminazione per orientamento sessuale sono rarissime, praticamente inesistenti; è legittimo pertanto il timore, sollevato da Gisella De Simone, che il d.lgs. n. 216 divenga un ennesimo caso di “legge manifesto”, che non costa nulla e difficilmente incide sugli assetti reali. DE SIMONE, *I requisiti occupazionali*, in FABENI/TONIOLO (a cura di), *op. cit.*, Roma, 2005, 137-138.

in tal modo, anche se in parte, alla evidente discrepanza rispetto alla direttiva comunitaria.

Anche se le deroghe al principio di non discriminazione nei requisiti occupazionali dovrebbero avere una scarsa rilevanza pratica rispetto al fattore orientamento sessuale, perché è estremamente difficile individuare un'attività lavorativa per la quale l'orientamento sessuale sia "requisito essenziale e determinante"³⁶³, l'ampliamento del ventaglio delle giustificazioni alle differenze di trattamento rende meno ampia la tutela antidiscriminatoria, restringendone e delimitandone i confini d'azione.

3.2.1. Le deroghe al principio della parità di trattamento rispetto alle forze armate

Appare ancora più problematica l'analisi della seconda parte del 3° comma dell'art. 3, che si discostava in maniera significativa dalla direttiva 2000/78; tale disposizione infatti non compariva affatto nella direttiva, ed è stata aggiunta appositamente nella fase di trasposizione, stravolgendo in maniera significativa quanto previsto dal "considerando 18" della normativa comunitaria, e arrivando quasi a ribaltarne il senso. Per tale motivo, la l. n. 101/2008 sopprime nella sua interezza tale periodo, che viene analizzato solo per sottolinearne la evidente lontananza rispetto a quanto stabilito dal diritto comunitario in materia antidiscriminatoria.

La seconda parte del 3° comma recitava: "*Parimenti, non costituisce atto di discriminazione la valutazione delle caratteristiche suddette ove esse assumano rilevanza ai fini dell'idoneità allo svolgimento delle funzioni che le forze armate e i servizi di polizia, penitenziari o di soccorso possono essere chiamati ad esercitare*".

La formulazione di tale eccezione al principio di parità di trattamento aveva suscitato forti perplessità in dottrina, sia per la sua collocazione, subito dopo la definizione dei requisiti occupazionali, sia per l'utilizzo, giudicato improprio e fuorviante, dell'avverbio "*parimenti*" che introduce il periodo.

Se infatti, in alcuni ambiti (forze armate, polizia, servizi penitenziari e di soccorso) si potevano valutare "*inoltre*" ("*parimenti*") anche le caratteristiche personali per l'accesso al lavoro, oltre al possesso dei requisiti necessari allo svolgimento del servizio, si rasentava pericolosamente la giustificazione di ragioni illegittime,

363 Matteo Bonini Baraldi indica come ipotetico caso, in cui l'orientamento sessuale potrebbe assurgere a requisito determinante per lo svolgimento di un'attività lavorativa, la richiesta da parte di un'associazione di persone gay, lesbiche e bisessuali di assumere una persona di analogo orientamento sessuale per un'attività di *counselling* o di assistenza telefonica. Fuori da tale fattispecie, molto circoscritta e rara, sembra difficile ipotizzare una qualsiasi rilevanza del fattore orientamento sessuale nello svolgimento di un'attività lavorativa. BONINI BARALDI, *la discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale nell'impiego e nell'occupazione: esempi concreti ed aspetti problematici alla luce delle nuove norme comunitarie*, in *DRI*, 2004, 782.

quali l'orientamento sessuale, per l'esclusione di persone, altrimenti idonee, dallo svolgimento di determinati lavori³⁶⁴.

La scelta, potenzialmente discriminatoria, da parte del legislatore italiano appariva ancora più evidente se si analizzava il 2° comma, lett. e) dell'art. 3, il quale, stavolta in conformità con la normativa comunitaria, prevede, come accennato in precedenza, un'eccezione al principio di parità di trattamento nelle forze armate, “*limitatamente ai fattori di età ed handicap*”.

Ciò rende ancora più palese la considerazione che il secondo periodo del 3° comma, art. 3 si rivolgeva, per esclusione, alle persone omosessuali, perpetrando pregiudizi e stereotipi ancora fortemente radicati in molti paesi circa l'inidoneità delle persone di orientamento sessuale omosessuale allo svolgimento di lavori all'interno delle forze armate e di polizia.

La palese natura discriminatoria di tale disposizione ha giustificato in pieno, come sosteneva già Laura Calafà, “*una dovuta abrogazione della parte dell'articolo*”³⁶⁵.

3.2.2. Le deroghe al principio della parità di trattamento nelle organizzazioni di tendenza

Le considerazioni presentate nel paragrafo precedente mantengono la loro validità per quanto riguarda il portato del 5° comma dell'art. 3, che sottolinea un'altra importante eccezione ai principi di parità di trattamento, rispetto alla quale l'orientamento sessuale assume una rilevanza non scevra da pregiudizi e stereotipi culturali.

Tale comma recepisce, malamente ed in maniera imprecisa, l'art. 4, 2° comma, della direttiva comunitaria, e stabilisce che non costituiscono atti di discriminazione le differenze di trattamento basate sulla professione di una determinata religione o di convinzioni personali che siano praticare nell'ambito di enti religiosi o altre organizzazioni pubbliche e private, qualora, per la natura delle attività professionali svolte da tali enti ed organizzazioni, o per il contesto in cui sono espletate, tali caratteristiche siano requisito essenziale, legittimo e giustificato per lo svolgimento dell'attività.

Il primo punto da sottolineare è come il comma italiano non indichi espressamente la natura etica delle organizzazioni pubbliche e private che possono usufruire di tale deroga, aprendo uno spiraglio a conseguenze difficili da ipotizzare³⁶⁶.

364 DE SIMONE, *op. cit.*, in FABENI/TONIOLO (a cura di), *op. cit.*, Roma, 2005, 142-145.

365 CALAFÀ, *Le discriminazioni basate sull'orientamento sessuale*, in BARBERA (a cura di), *op. cit.*, Milano, 2007, 214.

366 Dal decreto di recepimento italiano scompare anche quanto riportato nell'ultimo periodo dell'art. 4, 2° comma, circa il diritto da parte di chiese ed altre organizzazioni pubbliche e

Non considerando il valore che tale comma assume in caso di discriminazioni fondate su religione e convinzioni personali, analisi che esula da questo contesto, l'attenzione va posta su una possibile rilevanza che il fattore orientamento sessuale può assumere in relazione all'instaurazione ed al mantenimento di un lavoro all'interno di una chiesa o di una organizzazione di tendenza, pubblica o privata. Il dibattito giuridico, sia a livello nazionale che comunitario, si è spesso concentrato sull'individuazione delle cosiddette "mansioni neutre", non ideologicamente connotate, come limite oltre il quale appare illegittimo un licenziamento sulla base della manifestazione di convinzioni personali di lavoratori alle dipendenze di chiese o organizzazioni di tendenza.

Marco Mantello offre un esempio molto chiaro rispetto a tale aspetto: *"Un esempio può riguardare istituzioni culturali finanziate dal Vaticano, perché rientranti nell'ambito di competenza del diritto del lavoro e non di specifici accordi fra Stato e Chiesa come nel caso dello ius singulare creato per l'Università Cattolica. Se all'interno di esse oggetto delle mansioni sia una serie di conferenze pubbliche dirette a esporre in modo «strettamente letterale» la attuale dottrina della Chiesa in materia di vita sessuale di gay e lesbiche, sarà a mio avviso discriminatorio il licenziamento del lavoratore basato esclusivamente su «valutazioni personali» del datore di lavoro in ordine al fatto notorio che sia apparsa su quotidiani nazionali una foto che lo ritraeva in locali gay. Questo perché, ai fini della «obiettiva incompatibilità del comportamento extralavorativo» rispetto all'oggetto dell'attività lavorativa, è necessario dimostrare che il «fatto notorio» implichi uno stabile «mutamento dell'ideologia del lavoratore». Nel nostro esempio, sarà dunque legittimo il licenziamento del lavoratore se dalle indagini consentite o da fatti notori risulti che questi partecipi a un comitato costituito per la promozione di un progetto di legge a favore delle unioni civili fra persone dello stesso sesso»³⁶⁷.*

A maggior ragione l'orientamento sessuale non dovrebbe avere rilevanza alcuna in caso di lavoratore che svolge un'attività professionale "neutra" rispetto all'etica dell'organizzazione di tendenza o della chiesa, come attività di segreteria o di tesoreria, per esempio; in tali casi, risulterebbe discriminatorio da parte della chiesa o dell'organizzazione pretendere una pubblica manifestazione del proprio orientamento sessuale, perché lederebbe il diritto alla *privacy* del lavoratore medesimo, ma sarebbe discriminatorio anche l'esatto contrario, cioè costringere il lavoratore,

private di "esigere dalle persone che sono alle loro dipendenze un atteggiamento di buona fede e di lealtà nei confronti dell'etica dell'organizzazione". Per un approfondimento su questo aspetto della direttiva comunitaria, CHACARTÉGUI JAVEGA, *op. cit.*, in FABENI/TONIOLO (a cura di), *op. cit.*, Roma, 2005, 66-69.

367 MANTELLO, *La tutela della privacy del lavoratore omosessuale. Le prospettive alla luce del decreto 9 luglio 2003, n. 216 e della nuova disciplina del mercato del lavoro*, in FABENI/TONIOLO (a cura di), *op. cit.*, Roma, 2005, 220. È interessante sottolineare come un caso molto simile all'esempio ipotetico presentato dall'autore stia avendo in Italia esito ben diverso. Vedi *infra*.

in nome dell'etica dell'impresa di tendenza, a nascondere la propria omosessualità, obbligandolo ad una vita di menzogna pur di mantenere il posto di lavoro.

3.3. Tutela giurisdizionale e disposizioni circa l'inversione dell'onere della prova

L'art. 4 del d.lgs. n. 216/2003 introduce la tutela giurisdizionale dei diritti, disciplinando le forme di tutela in giudizio previste nei casi di discriminazione.

Nel 1° comma, viene opportunamente integrato l'art. 15, 2° comma, dello Statuto dei diritti dei lavoratori, che è la fonte principale che regola il divieto di discriminazione, con l'aggiunta del riferimento all'handicap, all'età, all'orientamento sessuale e alle convinzioni personali, cioè a quei fattori che fino a questo momento non vi erano contemplati.

Il 3° comma dell'art. 4 prevede la disciplina della conciliazione, così come prevista dalla legislazione o dai contratti collettivi nazionali, cui fa riferimento anche l'art. 9, 1° comma, della direttiva comunitaria. Il decreto regola anche, nei commi seguenti, le modalità di determinazione della liquidazione del danno in caso di ritorsione, l'ordine di pubblicazione della sentenza su un quotidiano e la conferma della giurisdizione del giudice amministrativo.

Il 4° comma, così come modificato dalla l. n. 101/2008, si concentra sulle disposizioni relative all'onere della prova; la nuova dicitura del 4° comma, art. 4, recita come segue: *“Quando un ricorrente fornisce elementi di fatto idonei a fondare, in termini gravi, precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori, spetta al convenuto l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione”*.

Viene inoltre introdotto l'art. 4-bis (Protezione delle vittime), non previsto originariamente dal d.lgs. n. 216/2003, che stabilisce che *“la tutela giurisdizionale di cui all'articolo 4 si applica altresì avverso ogni comportamento pregiudizievole posto in essere, nei confronti della persona lesa da una discriminazione diretta o indiretta o di qualunque altra persona, quale reazione ad una qualsiasi attività diretta ad ottenere parità di trattamento”*.

L'art. 5 del decreto, che individua i soggetti legittimati ad agire in giudizio, legittima *“le organizzazioni sindacali, le associazioni e le organizzazioni rappresentative del diritto o dell'interesse lesa”*, ponendo correttamente l'accento sul mondo associativo, soggetto basilare per la promozione le tutela dei diritti delle persone omosessuali.

Il decreto si chiude con l'art. 6, che prevede l'obbligo quinquennale di relazione, da parte del Ministero del lavoro, sulla sua applicazione, da inviare alla Commissione europea³⁶⁸.

368 FABENI, *Norme antidiscriminatorie il decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 216: le opportunità*

4. La principale giurisprudenza italiana in applicazione del diritto antidiscriminatorio per orientamento sessuale

In Italia, la giurisprudenza basata sull'orientamento sessuale è pressoché inesistente, e la casistica in merito, oltre a rappresentare un numero irrisorio, spesso non si basa in prima istanza sull'applicazione del diritto antidiscriminatorio fondato sull'orientamento sessuale, considerato difficile da dimostrare; si segnalano di seguito i principali casi verificatisi negli ultimi anni, alcuni dei quali non hanno, per il momento, ancora trovato soluzione giuridica.

Nell'ottobre del 2002, Paul Ciaccio, cittadino italiano assunto a tempo indeterminato dalla filiale spagnola dell'Alitalia, con sede a Barcellona, dopo aver subito pesanti ingerenze nella vita privata da parte del suo caporeparto, che "disapprovava" apertamente il suo orientamento sessuale e sottoponeva il lavoratore a pesanti offese, a pressioni psicologiche, oltre a prolungati orari di lavoro, viene licenziato in tronco senza preavviso né giustificazione.

Ciaccio si rivolge al giudice e, durante il processo, numerose testimonianze a favore del richiedente riescono a provare la discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale del lavoratore, che viene riassunto con la stessa qualifica professionale³⁶⁹.

Nel 2004, un altro caso legato ai pregiudizi sull'omosessualità percepita, o associata, è assurto agli onori della cronaca quando Dario Mattiello, capo della segreteria particolare dell'allora senatore Domenico Fisichella, viene licenziato in tronco dal senatore dopo essere stato fotografato al Gay Village di Roma insieme ad amici. La foto esce sul settimanale Panorama, provocando il licenziamento, tanto immediato quanto ingiustificato, del collaboratore del Senato.

Nonostante la successiva assunzione di Dario Mattiello al Ministero delle Pari Opportunità, egli non rinuncia a far ricorso, invocando l'illegittimità del licenziamento sulla base proprio del d.lgs. n. 216/2003, che vieta espressamente comportamenti discriminatori in ambito lavorativo riconducibili, fra l'altro, a motivazioni legate all'orientamento sessuale del lavoratore.

Il giudice ordinario si è però dichiarato incompetente a decidere sul caso, che è stato trasferito alla giustizia interna del Senato, dove si è per il momento arenato³⁷⁰.

mancate e le prospettive per una riforma, in FABENI/TONIOLO (a cura di), *op. cit.*, Roma, 2005, 108-110.

369 In precedenza, negli anni '90, Massimo Mariotti, dipendente della Banca popolare di Sondrio, sospeso dal lavoro per aver partecipato ad una manifestazione omosessuale, era stato il primo a fare causa ed a vincerla. Per maggiori informazioni, consulta il sito: www.fuorispazio.net.

370 Per maggiori informazioni sulla vicenda, consulta www.repubblica.it/2004/sezioni/cronaca.

Nel 2005, con la sentenza n. 5821/2005 del Consiglio di Stato sez. VI, viene comminata una sanzione disciplinare ad un poliziotto scoperto a travestirsi da donna fuori dall'orario di servizio; il poliziotto, dopo essere stato spiato e fotografato mentre, nella sua abitazione, indossava abiti femminili, viene sospeso a tempo indeterminato dal servizio. L'avvocato difensore basa le sue argomentazioni sul fatto che l'anomalo abbigliamento indossato non costituisce ipotesi di reato, né presunzione di omosessualità, e comunque la sanzione inflitta è considerata sproporzionata alla gravità dell'infrazione³⁷¹.

È basilare notare come in questo caso non viene, in nessun passaggio, presa in considerazione l'eventuale presenza di una discriminazione a danno del lavoratore sulla base dell'orientamento sessuale; si è persa in tal modo un'occasione preziosa per creare un'importante applicazione giurisprudenziale di quanto stabilito dal d.lgs. n. 216/2003.

Sempre nel 2005 un Tribunale italiano offre un esempio molto significativo di mancato riconoscimento dei diritti delle famiglie composte da persone dello stesso sesso.

La Corte doveva decidere se due cittadini italiani di sesso maschile potevano registrare in Italia il matrimonio contratto in Olanda. Dopo essersi nuovamente trasferiti in Italia, i due uomini avevano deciso di registrare la loro unione nel registro nazionale della città di residenza; al rifiuto del comune di residenza, coadiuvato dal ministero degli Interni, la coppia si costituì contro lo Stato italiano. Il Tribunale locale in prima istanza, e la Corte d'Appello di Roma in seconda, rigettarono la richiesta dei due uomini: il matrimonio fra i due si doveva considerare inesistente secondo le leggi italiane e contrario alla politica pubblica italiana. La Corte basò la sua decisione sulla nozione di "famiglia" ricavabile dalla Costituzione italiana del 1948, che fa riferimento esclusivamente alla relazione matrimoniale fra due persone di sesso diverso, trovando la propria giustificazione "nei sentimenti, nella cultura e nella storia della comunità nazionale, che precede i testi giuridici"³⁷².

Le associazioni che si occupano di tematiche legate all'orientamento sessuale ri-

371 La sentenza n. 5821/2005 del Consiglio di Stato, sez. VI, è stata depositata in segreteria il 17.10.2005; per ulteriori informazioni, visita il sito www.laboratoriopoliziademocratica.org.

372 La decisione è pubblicata e commentata in *Famiglia e Diritto* 4, 2005, 411, e *Famiglia e Diritto* 2, 2007, 166. Resta da rilevare una interessante apertura della Corte costituzionale italiana rispetto a tale problematica specifica. Il 3 aprile 2009, il Tribunale di Venezia ha emesso un'ordinanza con cui ha rimesso alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale di alcune norme del codice civile che vietano il matrimonio fra persone dello stesso sesso. Il caso riguarda due persone dello stesso sesso che si sono viste rifiutare dal Comune di Venezia la pubblicazione di matrimonio; il loro avvocato ha di conseguenza sollevato questione di illegittimità costituzionale, ed il Tribunale a cui i due si erano rivolti ha valutato la questione "non manifestamente infondata" ed ha trasmesso gli atti alla Corte costituzionale. Anche in questo caso, però, la Corte, pur avendo accuratamente analizzato la questione, ha ritenuto non trattarsi di materia costituzionale, bensì da regolarsi tramite legge dello Stato.

portano un aumento costante delle segnalazioni su mobbing, licenziamenti ingiustificati e discriminazioni di ogni tipo, che pervengono alle loro help-line; a tale aumento di segnalazioni, però, solo raramente corrisponde una causa per discriminazione fondata sull'orientamento sessuale. I motivi di tale situazione sono da ricercarsi, da un lato, nel timore da parte delle vittime di far conoscere pubblicamente la loro condizione di gay, lesbiche o transessuali, dall'altro nella difficoltà di dimostrare in giudizio una discriminazione di questo tipo, che viene spesso mascherata dietro altri pretesti. Di conseguenza, nella maggior parte dei casi, per evitare l'esposizione delle vittime, si cerca una composizione extragiudiziale, che non fa giurisprudenza e non crea precedenti significativi.

Ancora più delicata è la situazione di transessuali e transgender, che vengono, secondo i dati riportati dalle associazioni di sostegno, discriminati non sul posto di lavoro, ma ancora prima, nella fase della ricerca del lavoro³⁷³.

La Corte di Cassazione si è pronunciata in due significative sentenze su discriminazione per orientamento sessuale e diritto alla sessualità; in entrambi i casi si trattava di cittadini stranieri.

Con la sentenza n. 16417 del 2007, la Prima sezione Civile della Corte di Cassazione si è pronunciata sulla vicenda di un immigrato senegalese che aveva proposto ricorso al Giudice di Pace di Torino contro l'ordinanza di espulsione, sulla base della considerazione che non poteva rientrare nel suo paese a causa della sua omosessualità. Il Giudice di Pace gli aveva dato ragione, ritenendo l'omosessualità "condizione degna di tutela", ma la Procura di Torino aveva fatto ricorso in Cassazione. La Suprema Corte ha ritenuto che non sia sufficiente dichiararsi gay per ottenere il permesso a rimanere in Italia, ed ha ordinato nuove indagini per stabilire l'effettiva omosessualità del richiedente e la presenza in Senegal di leggi punitive nei confronti di comportamenti omosessuali; al tempo stesso, però, con una decisione altamente innovativa in materia, ha sottolineato che la scelta omosessuale è un diritto, da tutelare in nome della libertà sessuale, intesa come libertà di vivere senza condizionamenti e restrizioni le proprie preferenze, "espressione del diritto alla realizzazione della propria personalità, tutelato dall'art. 2 della Costituzione"³⁷⁴.

Il secondo caso, in parte divergente nelle conclusioni della Corte, riguarda un immigrato omosessuale marocchino, clandestino senza permesso di soggiorno ma rimasto in Italia nonostante l'ordine di espulsione.

Il Tribunale di Modena ha assolto l'immigrato con la motivazione che nel suo paese d'origine la sua omosessualità sarebbe stata causa di persecuzione. La Procura

373 Mirella Izzo, fondatrice dell'associazione Crisalide-Azione Trans, sostiene che *"il problema non è tanto il licenziamento, quanto l'assunzione: puoi superare mille colloqui, ma quando hai un aspetto da donna e presenti un documento da uomo si limitano a dirti: richiameremo"*. www.azionetrans.it.

374 Corte di Cassazione, sentenza n. 16417/2007.

di Modena ha però fatto ricorso in Cassazione, e la Suprema Corte ha accolto le motivazioni del procuratore, perché i giudici modenesi non avrebbero adeguatamente dimostrato la nazionalità marocchina del ragazzo, né tantomeno che in Marocco esistano leggi persecutorie per i gay.

La Cassazione ribadisce però, in piena coerenza con la normativa europea in materia, che un immigrato espulso può rimanere in Italia se è omosessuale e può essere penalmente perseguito nel suo paese d'origine, avallando una pratica ormai comune tra le commissioni territoriali per il riconoscimento dello *status* di rifugiato, che contemplan l'omosessualità tra le ragioni per concedere un permesso di soggiorno per motivi umanitari³⁷⁵.

Seppur lentamente, e non in maniera continua, si sta comunque diffondendo in Italia una maggiore attenzione alla tutela dei cittadini omosessuali da possibili discriminazioni fondate sul loro orientamento sessuale, riprova dell'incrinarsi di certi stereotipi e pregiudizi legati alla manifestazione del proprio orientamento sessuale.

I casi più recenti non si occupano di tutela dell'orientamento sessuale nell'ambito del diritto del lavoro, ma piuttosto nella sfera relazionale, genitoriale e dei diritti civili.

La quinta sezione civile del Tribunale di Catania ha condannato ad un risarcimento di centomila euro i ministeri della Difesa e dei Trasporti, per "discriminazione sessuale e violazione della Costituzione" nei confronti di Danilo Giuffrida, gay catanese che si vide sospesa la patente in conseguenza della sua omosessualità.

I fatti risalgono al 2001, quando Giuffrida, alla visita di leva, dichiara la propria omosessualità; l'ospedale militare avverte immediatamente la motorizzazione civile, che sospende al ragazzo la patente per auto e moto per mancanza dei requisiti psicofisici richiesti, e fa richiesta di una revisione dell'idoneità.

Danilo Giuffrida presenta ricorso al TAR, che gli dà ragione e sospende il provvedimento della motorizzazione, in quanto l'omosessualità "non può considerarsi una malattia psichica"; il legale del ragazzo contemporaneamente chiede un risarcimento danni al ministero della Difesa ed a quello dei Trasporti, risarcimento che arriva, in primo grado, nel 2008³⁷⁶.

Se questa sentenza pone un significativo precedente riguardo la tutela dell'orientamento sessuale come rispetto dei diritti civili e della dignità della persona, la

375 Corte di Cassazione, sentenza n. 2907/2008.

376 Vedi www.repubblica.it/2008/07/sezioni/cronaca/patentegay-ricarcimento. In secondo grado la Corte d'Appello, nell'aprile 2011, condanna nuovamente il Ministero ad un risarcimento, ma lo riduce da 100.000 € a 20.000€. I legali di Danilo Giuffrida ricorrono in Cassazione. Ad un mese di distanza, nel maggio 2011, ad un ragazzo omosessuale di Brindisi viene negato il rinnovo della patente di guida per "le gravi patologie che potrebbero risultare un pregiudizio per la sicurezza della guida". La vicenda è stata denunciata, ma è troppo presto per conoscerne l'iter giudiziario. Per informazioni: www.bari.repubblica.it/cronaca/2011/05/11/patente-16086621.

sentenza pronunciata dal Tribunale di Bologna nel luglio 2008 si occupa di affidamento di figli minori a un genitore dichiaratamente omosessuale.

Nel caso in specie, il Tribunale di Bologna ha deciso l'affidamento condiviso di una figlia minore ad una coppia separata nella quale il padre è dichiaratamente omosessuale, perché, come si legge nel decreto, *“il semplice fatto che uno dei genitori sia omosessuale non giustifica – e non consente di motivare – la scelta restrittiva dell'affidamento esclusivo”*.

Si tratta di uno dei primi provvedimenti del genere in Italia; in un primo momento, dopo la separazione, la bambina era stata affidata consensualmente alla madre, con la facoltà del padre di vederla quando lo desiderava, previo accordo con la madre. La donna avrebbe successivamente frapposto ostacoli alla frequentazione della bambina, quindi il padre ha chiesto l'affidamento condiviso ai sensi della l. n. 54/2006. La madre si è opposta all'affidamento congiunto adducendo l'inadeguatezza del padre ad occuparsi delle esigenze della figlia, opponendosi anche alla richiesta dell'uomo di trascorrere le vacanze con la figlia sull'isola greca di Samos.

La disputa si è conclusa con l'affidamento condiviso ad entrambi i genitori; pur lasciando la bambina a vivere con la madre, i giudici hanno stabilito una regolamentazione precisa dei periodi nei quali sarà il padre a stare con la figlia, ribadendo in tal modo come la sua omosessualità non faccia di lui un genitore inadeguato³⁷⁷.

La sentenza è altamente significativa per più aspetti; da un lato, per la prima volta un genitore ammette pubblicamente, durante un processo, la propria condizione di omosessuale, ricevendo la giusta tutela sulla base della normativa europea e nazionale antidiscriminatoria, dall'altro viene stabilito il principio, basilare per chi si occupa di diritto di famiglia, che le capacità genitoriali prescindono dall'orientamento sessuale.

Infine, con una decisione del luglio 2008, per la prima volta in Italia un omosessuale si è visto riconoscere dall'assicurazione il danno morale come “prossimo congiunto” ed ha ottenuto un risarcimento per la morte del compagno di vita, vittima di un incidente stradale, nonostante fra i due non vi fosse alcun legame di parentela previsto dalla legislazione italiana. I fatti si sono verificati a Venezia, dove la coppia viveva da 17 anni, ed a riconoscere il danno patito ed il risarcimento sono state le Assicurazioni Generali, che hanno tutelato i diritti del compagno dell'uomo come se i due fossero stati una famiglia tradizionale.

I due uomini, entrambi francesi, insieme da 40 anni e domiciliati a Venezia, si erano infatti uniti formalmente come coppia a Parigi, usufruendo del “Pacs” (Patto Civile di Solidarietà), previsto dalla legge francese n. 944 del 1999, che

377 Per un approfondimento sulla sentenza, www.ansa.it/site/notizie/awnplus/italia/news/2008-07-22_122231621.html.

disciplina le unioni diverse dal matrimonio, includendo quelle fra persone dello stesso sesso.

L'avvocato del congiunto superstite ha argomentato che, considerando che i due uomini risultano uniti civilmente in Francia, le Assicurazioni Generali, presenti in Francia, avrebbero in quel paese dovuto equiparare la vittima dell'incidente al "marito" del superstite. Ciò che era valido per la Compagnia nel paese transalpino doveva perciò esserlo anche in Italia.

Le Generali, mostrando un'attenzione crescente verso le tematiche del rispetto della tutela contro la discriminazione, hanno accolto la richiesta del vedovo, risarcendolo come se il lutto fosse avvenuto in Francia, e non in Italia³⁷⁸.

5. Considerazioni conclusive

L'introduzione nell'ordinamento italiano di una normativa specifica a tutela dei/delle lavoratori/trici contro le discriminazioni per orientamento sessuale ha un valore altamente positivo, sia quando si occupa degli aspetti più strettamente connessi al mercato del lavoro, sia quando si addentra, seppur timidamente, nella sfera della condizione personale e nello stato civile della persona omosessuale o transessuale.

Permangono tuttavia nella nostra società radicati pregiudizi e stereotipi culturali circa il ruolo e la tutela dei diritti delle persone sulla base dell'orientamento sessuale, che non permettono ancora, da un lato, di allargare il concetto di famiglia fino a includervi le coppie formate da persone dello stesso sesso, dall'altro non applicano la protezione antidiscriminatoria a settori esterni al mondo del lavoro, quali fra gli altri l'attività creditizia e bancaria, il mercato immobiliare, l'accesso e la fornitura di beni e servizi, le attività commerciali, le prestazioni sanitarie e la protezione sociale.

Unica eccezione rispetto a tale panorama è rappresentata dalla Regione Toscana, che si è espressamente occupata di entrambi gli aspetti all'interno del suo Statuto e nella legge regionale n. 63 del 2004, venendo in parte censurata da due sentenze della Corte costituzionale, davanti alla quale l'allora governo in carica ha impugnato le due normative.

Lo Statuto della Regione Toscana prevede, all'art. 4, 1° comma, lett. h) "*il riconoscimento di altre forme di convivenza*", aprendo in tal modo uno spiraglio di legittimità alle coppie formate da persone dello stesso sesso; la Corte costituzio-

378 In Italia l'unico precedente in tal senso risale al 2007, quando per la prima volta, in un processo penale per omicidio, fu accettata la costituzione di parte civile del partner omosessuale della vittima, cui il giudice riconobbe di aver subito un "danno diretto". Per maggiori informazioni, vedi www.mariomieli.org, oltre all'articolo di PELLICANI, "*Vedovo gay risarcito per la morte del compagno*", in www.repubblica.it, 27 luglio 2008.

nale, con sentenza n. 372 del 2004, è stata chiamata a valutare la legittimità di quanto previsto dallo Statuto toscano, e ne ha formalmente salvato l'enunciato, pur svuotandolo di ogni valore giuridico, quindi del suo potenziale effetto innovativo in materia³⁷⁹.

La legge regionale n. 63 del 2004, "*Norme contro le discriminazioni determinate dall'orientamento sessuale o dall'identità di genere*", dispone interventi, limitatamente alle materie di competenza regionale, sulle politiche del lavoro e contro l'esclusione sociale, adotta politiche per consentire ad ogni persona la libera espressione e manifestazione del proprio orientamento sessuale e della propria identità di genere, garantendo al tempo stesso l'accesso a parità di condizioni agli interventi ed ai servizi ricompresi nella potestà legislativa regionale, senza alcuna discriminazione determinata da orientamento sessuale o identità di genere.

Anche in questo caso la Corte costituzionale è stata chiamata ad esprimersi su una violazione della sfera di competenza Stato-Regioni *ex* art. 117 Cost. e d.lgs. n. 276/2003 di riforma del mercato del lavoro; la sentenza della Corte, la n. 253/2006, pur salvando nel complesso la legge regionale, tranne alcuni commi, ne evidenzia il carattere di generico "indirizzo", inidoneo ad attribuire diritti o vantaggi a determinati soggetti o ad intervenire sulla disciplina contrattuale³⁸⁰.

I due esempi riportati sopra pongono un freno, un'ipoteca, sulla effettiva applicazione della normativa antidiscriminatoria per orientamento sessuale nell'ordinamento interno, dove il persistere di pregiudizi striscianti e di stereotipi inconsapevoli rallenta la piena attuazione del portato delle direttive comunitarie, i cui principi ispiratori tardano a sedimentarsi nella società, presentando un andamento altalenante, con significativi successi e improvvise battute d'arresto, che evidenziano una società certamente in movimento verso una piena accettazione della protezione antidiscriminatoria per orientamento sessuale, ma non ancora disposta ad utilizzare tutti gli strumenti giuridici presenti nell'ordinamento per metterla in pratica.

379 Sentenza Corte cost. 2.12.2004, n. 372; per leggere i numerosi contributi dedicati alla sentenza, www.giurcot.org/decisioni.

380 Per approfondimenti sul tema, CALAFÀ, *op. cit.*, in BARBERA (a cura di), *op. cit.*, Milano, 2007, 220-225.

Capitolo Settimo

LE DISCRIMINAZIONI BASATE SULL'ETÀ

di Maria Paola Monaco

SOMMARIO: 1. Le discriminazioni per età. – 2. Il divieto di discriminazione in ragione dell'età: osservazioni sul suo fondamento normativo. – 3. Le eccezioni alla divieto di discriminazione in ragione dell'età. – 4. L'ingresso del fattore di rischio età nella legislazione nazionale.

1. Le discriminazioni per età

La Direttiva del Consiglio 2000/78/UE nello stabilire un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro introduce tra i “fattori di rischio”³⁸¹ il fattore età. A partire dal 2 dicembre 2003 il divieto di commettere discriminazioni fondate sull'età, pertanto, diventa giustiziabile. La direttiva, tuttavia, assegna agli Stati membri, al fine di consentire un adeguamento della loro legislazione interna, un ulteriore lasso temporale pari a tre anni, facendo così di fatto slittare i termini di recepimento al 2 dicembre 2006³⁸². La possibilità offerta ai legislatori nazionali di usufruire di un lasso di tempo più lungo per conformarsi ai precetti comunitari deriva dalla circostanza che il fattore età risultava essere assente nei *corpus* legislativi dei vari Stati³⁸³.

Non priva di interferenza sicuramente anche la considerazione che le discriminazioni sull'età si distinguono sostanzialmente dalle altre forme di discriminazione. A differenza della razza o dell'handicap che sono caratteristiche immutabili della persona, infatti, l'età varia in relazione ai vari momenti della vita rendendo difficile identificare le persone o, meglio, le categorie di persone che rientrano nell'area

381 L'espressione è di DE SIMONE, *Dai principi alle regole. Eguaglianza e divieti di discriminazione nella disciplina dei rapporti di lavoro*, Torino, 2001, 48; 73 ss.

382 Cfr. art. 18 della Direttiva.

383 Poche le eccezioni, di particolare interesse il caso irlandese che nel 1998 aveva introdotto nell'*Employment Equality Act* vietava la discriminazione in ragione dell'età.

vietata³⁸⁴. Ecco perché, anche in relazione al fattore di rischio età la Direttiva non dà una definizione positiva. La difficoltà di definire il concetto non dipende dalla mancanza di un univoco utilizzo del termine – il termine è chiaro a tutti! – ma dalla difficoltà di trovare una univoca delimitazione del suo contenuto atta a caratterizzarlo temporalmente (da 30 a 60 anni; ovvero da 20 a 40 anni ecc.). La Direttiva non stabilisce, infatti, quali sono le età che rientrano nel suo campo di applicazione.

Una soluzione al problema sembra potersi ricavare da quanto espresso nel Considerando 25 laddove si specifica che il divieto di discriminazione basato sull'età è *“un elemento essenziale per il perseguimento degli obiettivi definiti negli orientamenti in materia di occupazione e la promozione della diversità nell'occupazione”*. Il fattore età, dunque, è preso in considerazione dalla Direttiva nella misura in cui ad esso fa riferimento il mercato per la realizzazione di politiche occupazionali. È pertanto evidente che i casi di discriminazione fondata sull'età ai sensi della Direttiva possono essere molto diversi fra loro e possono riguardare tutte le fasi e forme dell'occupazione. A conferma di tale interpretazione viene in aiuto il Considerando 14 che stabilisce che la direttiva lascia *“imprejudicate le disposizioni nazionali che stabiliscono l'età pensionabile”*, ossia quei limiti di età che determinano il passaggio del lavoratore da soggetto lavorativamente attivo a soggetto inattivo e, quindi, scevro dall'essere oggetto di politiche occupazionali. Ulteriore conferma si trae dall'art. 6, 2° comma, della Direttiva, laddove si prevede che i regimi professionali di sicurezza sociale allorquando stabiliscono limiti di età per poter accedere o aver titolo alle prestazioni pensionistiche o all'invalidità o allorquando utilizzino nell'ambito di detti regimi i criteri di età nei calcoli attuariali non realizzino *“discriminazioni fondate sul sesso”*³⁸⁵.

Alla luce di queste considerazioni si può affermare che il lasso temporale età che presuntivamente la direttiva ha inteso prendere in considerazione inizi con l'acquisizione della capacità lavorativa e finisca con il raggiungimento dei limiti di età pensionabile. Ragione questa per cui il legislatore non ha potuto indicare nella Direttiva termini univoci essendo tali termini individuati discrezionalmente dalla legislazione di ciascun Stato membro³⁸⁶.

384 BLANPAIN, *Le differenze di trattamento e la discriminazione connessa all'età: una società per tutte le età*, in *Dir. rel. ind.*, 2005, 4, 942 afferma che l'età è una delle *“più democratiche delle caratteristiche umane”* in quanto coinvolge tutti ed è in grado di condizionare ad esempio l'accesso ad un determinato impiego e lo svolgimento dello stesso.

385 Ciò che preme sottolineare a questo proposito è l'attenzione mostrata dal legislatore comunitario verso situazioni che potrebbero sfociare in discriminazioni non basate sull'età ma fondate su un aspetto diverso, il sesso. Infatti, legittimi criteri di regolamentazione legati all'età del lavoratore potrebbero alle volte innescare effetti discriminatori più o meno nascosti a svantaggio delle donne. Così CHIECO, *Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione*, in *RIDL*, 105; DE SIMONE, cit., 74.

386 Altre problematiche restano senza soluzione: ci si chiede infatti se possa esistere una diffe-

2. Il divieto di discriminazione in ragione dell'età: osservazioni sul suo fondamento normativo

A prescindere dai limiti insiti nella Direttiva circa la mancata positivizzazione del concetto età, la giurisprudenza si è preoccupata di stabilire se comunque in relazione a tale fattore il divieto di discriminazione trovi fondamento normativo nei principi generali del diritto comunitario, al di fuori e al di là dei confini della Direttiva³⁸⁷.

La questione, non di poco conto per gli effetti teorici e pratici che da essa si sviluppano, ha preso origine da un caso sottoposto all'attenzione della Corte di Giustizia³⁸⁸. La questione traeva spunto dalla compatibilità della normativa tedesca che autorizza indiscriminatamente la stipula di contratti di lavoro a tempo determinato quando il lavoratore abbia raggiunto una certa età, con la direttiva comunitaria 2000/78 ed, in particolare, con il principio di non discriminazione in ragione dell'età. Al fine di favorire la lotta alla disoccupazione, infatti, la legge tedesca consente la stipula di contratti di lavoro a tempo determinato oltre la durata massima dei due anni quando i lavoratori abbiano raggiunto i 60 anni di età. Tale limite di età era stato successivamente e temporaneamente abbassato a 52 anni e proprio di tale modifica si era avvalso il datore di lavoro del Sig. Mangold assumendolo. La situazione fotografata nei fatti, si scontrava con la realtà normativa che non essendo ancora adeguata alla disciplina comunitaria e sentitamente alla direttiva comunitaria 2000/78³⁸⁹ lasciava impregiudicate le discriminazioni fondate sul fattore età. Secondo la Corte, tuttavia, il principio di non discriminazione legato al fattore età trovando *“la sua fonte in vari strumenti internazionali e nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri”* in quanto principio generale del diritto comunitario non *“dipende, come tale, dalla scadenza del termine concesso agli Stati membri per trasporre una direttiva intesa a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sull'età”*. Conseguente-

renza fra età anagrafica ed età di coorte e ancora non si chiarisce il significato di differenza di età ecc. e quindi ad esempio come deve essere valutato il caso in cui l'azienda non assume un quarantenne ma un trentenne esattamente con le stesse qualifiche? Si può trattare di una discriminazione per età?

387 Secondo REID, *La discriminazione fondata sull'età nel mondo del lavoro: questioni pratiche*, Relazione ottobre 2004 – in [www.http://era.int](http://era.int). può costituire indicazioni sul punto comunque la linea interpretativa espressa dalla Corte in relazione alla legittimità degli obiettivi delle politiche degli Stati membri quale giustificazione per la discriminazione indiretta in ragione del sesso sul posto di lavoro come, ad esempio, il caso *Kutz-Bauer Freie und Hansestadt Hamburg* (C-187/00) o *Seymour-Smith and Perez* (C-167/97).

388 Corte di giustizia del 22 novembre 2005, causa C-144/04, Mangold, in Raccolta, p. I – 9981 punti 75 – 78.

389 Alla data della stipula del contratto il termine per l'attuazione della direttiva non era ancora scaduto per la Germania.

mente, secondo la Corte, “*il giudice nazionale dovrebbe assicurare la piena efficacia del principio generale di non discriminazione in ragione dell’età disapplicando ogni contraria disposizione di legge nazionale anche qualora il termine di recepimento della direttiva non sia ancora scaduto*”.

Come noto, la sentenza Mangold è stata oggetto di un ampio dibattito dottrinale³⁹⁰ che ha posto in luce il rischio di un eccessivo ampliamento della portata giuridica delle direttive sulla base della presunta esistenza in ambito comunitario di un principio generale di diritto non pienamente definito.

Queste riflessioni hanno rappresentato il punto di partenza del nuovo ragionamento sostenuto dalla Corte nei successivi giudizi. La Corte si è dimostrata concorde nel manifestare una certa prudenza nella costruzione di principi generali atti a vietare i trattamenti discriminatori basati sull’età, propendendo per un’interpretazione restrittiva che considera il divieto di discriminazione sulla base dell’età mera specificazione del generale principio di uguaglianza. Secondo la Corte, infatti, il requisito dell’età quale elemento di verifica di un trattamento discriminatorio può costituire solo una specificazione del principio di uguaglianza, in relazione alle trasformazioni che proprio tale ultimo principio subisce in ragione delle trasformazioni della società³⁹¹. D’altra parte anche il richiamo all’art. 13 del Trattato non sembra consentire soluzioni diverse, se solo si pone mente al fatto che tale norma conferisce al Consiglio il potere di specificare il principio di uguaglianza e di determinare i comportamenti potenzialmente discriminatori in relazione alle particolari caratteristiche dei soggetti coinvolti.

Queste argomentazioni hanno consentito alla Corte di non precisare la portata del principio di non discriminazione sulla base dell’età tutte le volte in cui venisse in rilievo la mancanza di un nesso fra la fattispecie portata all’attenzione dei giudici e il diritto comunitario. Secondo la Corte, infatti, il nesso fra causa principale e diritto comunitario si realizza solamente nei casi in cui la norma nazionale contestata sia stata adottata per dare attuazione al diritto comunitario; ovvero contenga un esplicito richiamo a deroghe ammesse dal diritto comunitario; ovvero, infine, quando una specifica norma sostanziale del diritto comunitario abbia trovato applicazione in quella particolare fattispecie.

Il mancato richiamo, nei successivi interventi della Corte, alla preesistenza del principio di discriminazione basato sul fattore età ed a specifici atti internazionali,

390 V., quanto riportato da BONARDI, *Le clausole di non regresso e il divieto di discriminazioni per motivi di età secondo la Corte di giustizia*, in RIDL, 2006, II, 266-279; PICCONE – SCIARRA, *Principi fondamentali dell’ordinamento comunitario, obbligo di interpretazione conforme, politiche occupazionali*, in FI, 2006, IV, 342-345.

391 L’avvocato generale Eleonor Sharpston nelle conclusioni presentate nella causa C-427/06, Birgit Bartsch c. Bosch und Siemens Hausgeräte afferma che “*il principio generale di uguaglianza opera in talune circostanze nel senso di vietare la discriminazione fondata sull’età ma che non esiste, dall’inizio, un principio distinto e specifico di diritto comunitario che ha sempre vietato la discriminazione in ragione dell’età*”.

come ad esempio il Patto internazionale sui diritti politici e civili e più specificamente il suo art. 26 che, pur non vietando *expressis verbis* le discriminazioni fondate sull'età, contiene un elenco non esaustivo di forme di discriminazione vietate, ha determinato alcune rilevanti conseguenze.

A livello teorico, infatti, non si può trarre alcun beneficio diretto sulla positivizzazione del concetto età attraverso il richiamo ad altre fonti.

A livello pratico, invece, nelle successive cause in cui è stato chiesto alla Corte di precisare la portata del principio di non discriminazione sulla base dell'età, la Corte ha sempre evitato di affrontare nuovamente la questione, dichiarandola non rilevante per la risoluzione della causa principale, attraverso la dimostrazione dell'assenza dei "criteri di collegamento" sopra descritti tra fattispecie della causa principale e diritto comunitario.

Nella sentenza del 23 settembre 2008, causa C-427/06, *Birgit Bartsch c. Bosch und Siemens Hausgeräte*, ad esempio, il ragionamento della Corte è portato alle estreme conseguenze. La causa principale riguardava una controversia sorta tra la signora Birgit Bartsch e la BSH Altersfürsorge, che è un fondo pensionistico costituito dalla Bosch und Siemens Hausgeräte, le cui linee direttrici prevedono espressamente che la pensione di reversibilità non possa essere erogata nel caso in cui la vedova o il vedovo risulti più giovane di quindici anni rispetto al lavoratore deceduto. La signora Birgit Bartsch nel 1986 aveva contratto matrimonio con il signor Bartsch, dipendente della Bosch und Siemens Hausgeräte ed alla morte di lui nel 2004 si era vista negare la pensione di reversibilità in quanto ventuno anni più giovane del marito.

Secondo la Corte se le linee direttrici della BSH Altersfürsorge non sono state adottate per dare attuazione al diritto comunitario né si rifanno esplicitamente a deroghe ammesse dal diritto comunitario e se il termine di recepimento della direttiva al sorgere della controversia non era ancora scaduto non vi è alcun collegamento fra causa principale e diritto comunitario ai fini della applicazione del principio generale di non discriminazione basato sull'età.

Da un punto di vista sostanziale rimane, tuttavia, la constatazione che la signora Birgit Bartsch si è vista negare un diritto che le sarebbe stato riconosciuto se il termine di recepimento della direttiva 2000/78/CE fosse già scaduto e che, comunque, risulta sancito nei diversi strumenti internazionali che riconoscono il diritto universale delle persone all'uguaglianza dinanzi alla legge e alla tutela contro le discriminazioni, non ultimo l'art. 6 del Trattato; si tratta del diritto a non essere trattata diversamente rispetto ad altri soggetti che si trovino in situazioni simili, in ragione della differenza di età con il marito defunto e probabilmente anche in ragione del sesso, dato che la clausola contestata colpendo il coniuge più giovane di quindici anni verosimilmente va a penalizzare, nella maggior parte dei casi, il coniuge donna.

Questa constatazione dovrebbe indurre ad una riflessione più generale che af-

fronti *de funditus* il problema della specificazione dei principi generali vigenti nel diritto comunitario in relazione a particolari categorie o criteri.

3. Le eccezioni al divieto di discriminazione in ragione dell'età

Scorrendo la legislazione dei vari Stati in materia è dato osservare come sia con riferimento all'età iniziale di acquisizione della capacità lavorativa sia con riferimento al raggiungimento dei limiti di età pensionabile i termini di età differiscano da Stato a Stato. Un'analisi più dettagliata, tuttavia, consente di rilevare anche come in ciascun Stato molte delle differenze di trattamento in campo occupazionale siano basate proprio sul fattore età. Proprio al fine di lasciare intatto il substrato normativo presente nei vari Paesi la Direttiva consente, quindi, tutta una serie di eccezioni al divieto di discriminazione basato sul fattore età.

Tali eccezioni possono essere schematicamente raggruppate in una serie di anelli (categorie) concentrici.

All'interno del primo anello – che nella schematizzazione potrebbe essere immaginato come quello più ampio – possono essere comprese quelle eccezioni al principio di non discriminazione di carattere generale che trovano applicazione nei confronti di più “fattori di rischio”.

Il riferimento è, in primo luogo, a quelle disposizioni, criteri o prassi apparentemente neutri che realizzano una discriminazione per uno dei fattori di rischio previsti: tale discriminazione è vietata salvo nei casi in cui la disposizione, il criterio o la prassi risulti oggettivamente giustificata da una finalità legittima e i mezzi utilizzati siano appropriati e necessari. In secondo luogo, alle differenze di trattamento dovute all'età (e agli altri fattori di rischio vietati) qualora “*per la natura dell'attività lavorativa o per il contesto in cui viene espletata si tratti di caratteristiche che costituiscono un requisito essenziale e determinante ai fini dello svolgimento dell'attività*” lavorativa purché l'obiettivo sia legittimo e il requisito proporzionato. In relazione a questo punto un chiarimento potrebbe venire da qualche esempio; si potrebbe parlare di discriminazione per età a fronte di un annuncio che richieda un'età compresa fra 18 e 20 anni per l'assegnazione di una parte ad un attore chiamato ad interpretare un personaggio che nella letteratura viene descritto come un giovinetto? Così come per evidenti ragioni di tutela della salute e della sicurezza si potrebbero ritenere illegittimi i divieti di adibizione dei minori allo svolgimento di determinate lavorazioni pericolose ecc.?

Infine, un'altra serie di eccezioni ascrivibili all'interno di questo ipotetico anello è rappresentato dalle misure necessarie alla sicurezza pubblica, alla tutela dell'ordine pubblico alla prevenzione dei reati e alla tutela della salute e dei diritti e delle libertà altrui.

All'interno di questo anello più ampio si può collocare un secondo anello più

piccolo, che fa riferimento a quelle eccezioni introdotte dalla Direttiva in relazione al fattore età e ad altri specifici e nominati fattori di rischio (ad es. handicap; sesso). In proposito, la Direttiva prevede all'art. 3, 4° comma, che gli Stati membri possano decidere di escludere in tutto o in parte le proprie forze armate dalle disposizioni della Direttiva relative all'età, per salvaguardare la loro capacità di combattimento; e prevede altresì all'art. 6, 2° comma, che gli Stati membri possano prevedere altresì che i regimi professionali di sicurezza sociale fissino un'età per poter accedere o avere titolo alle prestazioni pensionistiche o similari, purché questo non dia luogo a discriminazioni fondate sul sesso.

Infine, la Direttiva traccia i confini di un terzo anello – ipoteticamente collocabile all'interno dei precedenti – nel quale si prendono in considerazione solo e specificamente le disparità di trattamento collegate all'età.

A tale proposito viene in rilievo l'art. 6.1. in base al quale “*gli Stati membri possono prevedere che le disparità di trattamento in ragione dell'età non costituiscano discriminazione laddove esse siano oggettivamente e ragionevolmente giustificate, nell'ambito del diritto nazionale, da una finalità legittima, compresi giustificati obiettivi di politica del lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale ed i mezzi per il conseguimento di tale finalità siano appropriati e necessari*”. Come si può notare, la clausola è particolarmente ampia e lascia un certo margine di discrezionalità al legislatore nazionale, pur sempre ovviamente nel rispetto del canone della ragionevolezza³⁹². Tra le disparità di trattamento che non costituiscono discriminazione, la Direttiva cita in particolare quelle che prevedono condizioni speciali di accesso all'occupazione ed alla formazione professionale, di occupazione e di lavoro, compresi licenziamento e retribuzione, relativamente a giovani, lavoratori anziani, lavoratori con persone a carico; quelle che fissano condizioni minime di età, di esperienza professionale o di anzianità per l'accesso alla occupazione o ad alcuni vantaggi connessi; quelle che fissano un'età massima per l'assunzione basata su condizioni di formazione richieste o un ragionevole periodo minimo di lavoro prima del pensionamento.

Si prevede, quindi, che gli Stati membri ammettano in determinate circostanze la giustificazione di una discriminazione diretta fondata sull'età³⁹³. Si può ipotizzare che ciò si sia necessario per rendere legittime le molteplici differenziazioni pratiche in ragione dell'età presenti nei vari ordinamenti, differenziazioni che non avrebbero potuto essere affrontate singolarmente dalla Direttiva. La Direttiva, mantenendo ferma la sua filosofia, ossia quella di dettare esclusivamente prescrizione minime, si concentra sull'individuazione e definizione di parametri

392 DUNCAN – LORETTO, *Never the Right Age? Gender and Age-Based Discrimination in Employment*, in *Gender, Work and Organization*, Blackwell, Ltd. 2004, n. 1, vol. 11, 111.

393 Per una critica v. BALLESTRERO, *Eguaglianza e differenze*, op. cit., 514 che rileva come soltanto le discriminazioni indirette sono giustificabili mentre per quelle dirette mancherebbe lo “spazio per la prospettazione di qualunque ragione giustificatrice della disparità realizzata”.

in grado di assicurare una certa coerenza con gli obiettivi generali che essa stessa si prefigge. Non si può non sottolineare, peraltro, che per quanto la vaghezza dei criteri³⁹⁴ appaia giustificata alla luce delle finalità della Direttiva, essa stia trovando specificazione nella giurisprudenza della Corte di Giustizia chiamata a validare la legittimità degli obiettivi delle politiche occupazionali adottate dai vari Stati membri.

Proprio in relazione a questo punto, più volte si è appuntato l'intervento della Corte di Giustizia.

Alla prima specificazione effettuata dalla Corte in relazione al caso Mangold, dove si è ritenuta non conforme al diritto comunitario una disciplina legislativa come quella tedesca in cui *“l'obbligo per i datori di lavoro di giustificare l'apposizione del termine si attenua fino a scomparire in ragione di una diversa tutela accordata ai lavoratori ultracinquantenni”*³⁹⁵ si sono succedute sentenze che non hanno mantenuto la stessa rigorosa impostazione logica. Nei successivi interventi interpretativi della Corte, infatti, si coglie un approccio “minimalista” alla discriminazione connessa all'età, rinvenibile nella tendenza a considerarla «come una questione di mercato del lavoro piuttosto che come una violazione del principio di uguaglianza e dei diritti fondamentali dell'individuo». Proprio in questo ambito è possibile rintracciare stridenti dissonanze rispetto ai parametri di giudizio, ben più rigorosi, applicati per gli altri caratteri di differenziazione protetti - si pensi a quanto affermato dalla Corte in relazione alla disabilità. La ricostruzione assai complessa delle molteplici pronunce³⁹⁶ sembra far emergere da un lato, un'apparente graduazione delle diverse forme di discriminazione per età - suscettibile di far dubitare della stessa unitarietà del concetto di uguaglianza con riferimento al fattore di discriminazione in discorso - dall'altro, un approccio al divieto di discriminazioni per motivi di età legato ad un modello puramente formalistico

394 Vedi AMATO, *Discriminazione per età: Cenerentola troverà la sua scarpetta?*, in D&L; 2009, 87

395 L'esordio si è avuto proprio con riferimento al sopramenzionato caso Mangold, dove la Corte non ha ritenuto conforme al diritto comunitario una disciplina legislativa come quella tedesca in cui *“l'obbligo per i datori di lavoro di giustificare l'apposizione del termine si attenua fino a scomparire in ragione di una diversa tutela accordata ai lavoratori ultracinquantenni. (...) la tutela (...) della loro occupabilità, a fronte di una potenziale esclusione dal mercato del lavoro”* pare alla Corte sufficiente a rendere legittimo un utilizzo indiscriminato dello strumento contratto a termine. V., SCIARRA, *Il lavoro a tempo determinato nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea. Un tassello nella 'modernizzazione' del diritto del lavoro*, in *Scritti in onore di Matteo Dell'Olio*, Torino, 2008.

396 V., C. Giust. 12 gennaio 2010, C-229/08, *Colin Wolf v. Stadt Frankfurt am Main*; C. Giust. 12 gennaio 2010, C-341/08, *Domnica Petersen v. Berufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen-Lippe*, C. Giust. 19 gennaio 2010, C-555/07, *Küçükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG*, in DRI, 2010, 876 con nota di MONACO, *La giurisprudenza della Corte di giustizia sul divieto di discriminazione per età; in generale*, FALSONE, *La discriminazione per età nella giurisprudenza recente della Corte di giustizia*

di uguaglianza, intesa come mera assenza di irragionevolezza delle disparità di trattamento. E questo si coglie dalla constatazione di un'oscillazione nell'individuazione dei termini del bilanciamento degli interessi in conflitto – si passa dal criterio della stretta necessità a quello della mera non irragionevolezza della disposizione derogatoria controversa, fino ad affermare, in ordine alla discrezionalità statale nella determinazione delle giustificazioni ex art. 6, che la Corte potrebbe solo limitarsi a sindacare quelle differenze di trattamento che appaiano manifestamente sproporzionate o, come è avvenuto nel caso *Küçükdeveci*, a censurare l'eventuale inadeguatezza e/o sproporzione tra le finalità dichiarate dal legislatore nazionale e le modalità di attuazione prescelte. Sul punto, se appaiono in certa misura condivisibili le affermazioni dell'AG Mazàk, nelle quali, in chiave esegetica dell'atteggiamento di *selfrestraint* tenuto dalla Corte, si può leggere che «come regola generale, la Corte di giustizia non può sostituire la propria valutazione» a quella del legislatore nazionale o delle altre forze politiche e sociali coinvolte nella definizione della politica sociale di un particolare Stato membro, nondimeno occorre ricordare che il riconoscimento di un margine di discrezionalità nazionale «non può avere l'effetto di svuotare della sua sostanza l'attuazione del principio di non discriminazione in funzione dell'età».

4. L'ingresso del fattore di rischio età nella legislazione nazionale

In Italia la trasposizione della Direttiva 2000/78/UE è avvenuta per il tramite del d.lgs. n. 216 del 9 luglio 2003. Il Decreto introduce per la prima volta nel nostro sistema il divieto di discriminazione legato al fattore di rischio età. Senza ripercorrere le critiche che hanno accompagnato l'ingresso del decreto nel panorama normativo, proprio in riferimento ad alcuni fattori in primis proprio quello dell'età la trasposizione della Direttiva è avvenuta in modo parziale e minimalista. Non era sfuggito a nessuno, infatti, come il d.lgs. n. 216 non avesse preso in considerazione l'intero art. 6 comma 1 della Direttiva e che quindi sostanzialmente avesse evitato di tipizzare l'area delle c.d. discriminazioni "consentite".

A ciò ha posto rimedio l'art. 8 *septies* della l. n. 101/2008 (Modifiche al decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 216, recante attuazione della direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro) sulla spinta della pendenza di una procedura di infrazione³⁹⁷ iniziata nei confronti dell'Italia proprio per cattiva trasposizione della Direttiva comunitaria 2000/78. Tra i rilievi mossi allo Stato Italiano vi erano anche quelli relativi alla mancata attuazione dell'art. 6, 1° comma. Il legislatore italiano con il nuovo intervento ha stabilito, pertanto, che sono fatte salve le disposizioni che prevedono tratta-

³⁹⁷ Cfr. procedura n. 2006/2441.

menti differenziati in ragione dell'età dei lavoratori e, in particolare, quelle che disciplinano: “a) la definizione di condizioni speciali di accesso all'occupazione e alla formazione professionale, di occupazione e di lavoro, comprese le condizioni di licenziamento e di retribuzione, per i giovani, i lavoratori anziani e i lavoratori con persone a carico, allo scopo di favorire l'inserimento professionale o di assicurare la protezione degli stessi; b) la fissazione di condizioni minime di età, di esperienza professionale o di anzianità di lavoro per l'accesso all'occupazione o a taluni vantaggi connessi all'occupazione; c) la fissazione di un'età massima per l'assunzione, basata sulle condizioni di formazione richieste per il lavoro in questione o sulla necessità di un ragionevole periodo di lavoro prima del pensionamento”.

Ai sensi del nuovo testo del decreto tali disposizioni sono fatte salve purché “siano oggettivamente e ragionevolmente giustificate da finalità legittime, quali giustificati obiettivi della politica del lavoro, del mercato del lavoro e della formazione professionale, qualora i mezzi per il conseguimento di tali finalità siano appropriati e necessari”.

Ad un giurista attento non sfugge come il provvedimento in parola non faccia altro che ricopiare pedissequamente il contenuto della Direttiva e segnatamente dell'art. 6, 1° comma, al solo scopo di tacitare le osservazioni contenute nella lettera di messa in mora effettuata dalla Commissione nell'ambito della procedura di infrazione. Al di là di questo la riproposizione del testo della Direttiva dovrebbe consentire di definire in maniera circostanziata la compatibilità della legislazione nazionale con il fattore di rischio età e dovrebbe altresì consentire di delimitare il potere discrezionale del giudice nella valutazione dell'area delle discriminazioni per età “ammesse”.

Si può dire che ad oggi, infatti, in assenza di una tipizzazione legislativa il vuoto è stato colmato dalla giurisprudenza. Di particolare interesse il punto di frizione che il decreto legislativo introduce fra rispetto del principio di non discriminazione per motivi di età e legislazione nazionale, allorquando questa si occupa del fattore età come fattore determinante per giustificare il potere di recesso del datore di lavoro *id est* un licenziamento. In quest'ambito le problematiche maggiori si sono incentrate sulla valutazione della legittimità o meno delle forme di c.d. pensionamento obbligatorio, considerando che la normativa italiana nel rispetto del quadro europeo include espressamente nell'ambito di applicazione del divieto di discriminazione per motivi di età le condizioni di licenziamento ed esclude invece quelle di accesso ai trattamenti previdenziali³⁹⁸.

Il problema non si pone con riferimento alle clausole dei contratti collettivi che prevedono che la cessazione del rapporto avvenga automaticamente nel momento in cui si raggiungano determinati requisiti pensionistici. La giurisprudenza chiamata a verificare la loro legittimità, infatti, ne ritiene la nullità, in considerazione

398 CHIECO, *op. cit.*, 99.

del fatto che introdurrebbero in via surrettizia forme di contratti a tempo determinato³⁹⁹.

Tale risultato, tuttavia, potrebbe essere rimesso in discussione dalle conclusioni raggiunte dalla sentenza della Corte di giustizia⁴⁰⁰ nella causa C-411/05 nella quale ha interpretato il divieto di qualsiasi discriminazione basata sull'età, come realizzato dalla Direttiva del Consiglio n. 2000/78/CE. La Grande Sezione ha stabilito, infatti, che il divieto di qualsiasi discriminazione basata sull'età non impedisce di considerare valide le clausole di pensionamento obbligatorio stabilite nei contratti collettivi le quali richiedono, come unici requisiti, che il lavoratore abbia raggiunto il limite di età fissato dalla normativa nazionale per accedere al pensionamento e siano parimenti soddisfatti gli altri criteri in materia di previdenza sociale per avere diritto ad una pensione di vecchiaia di tipo contributivo. La misura in parola dovrà comunque essere oggettivamente e ragionevolmente giustificata, nell'ambito del diritto nazionale, da una finalità legittima relativa alla politica del lavoro e al mercato del lavoro, e i mezzi per il conseguimento di tale finalità d'interesse generale non dovranno apparire inappropriati e non necessari a tale scopo.

Nulla quaestio, invece, relativamente al contiguo tema dell'esclusione del lavoratore, al raggiungimento dell'età pensionabile, dall'ambito di applicazione della disciplina limitativa dei licenziamenti. È proprio la modifica al d.lgs. n. 216/2003 che consente di ritenere legittima tale disciplina annoverando l'art. 3, comma 4 *bis* fra le disparità di trattamento ammesse quelle attuate in relazione alle condizioni di licenziamento per “*i lavoratori anziani*” purché “*oggettivamente e ragionevolmente giustificate da finalità legittime, quali giustificati obiettivi della politica del lavoro, del mercato del lavoro e della formazione professionale*”.

La nuova formulazione dell'art. 3, 4° comma, del decreto n. 216/2003 impone all'interprete di valutare, invece, la corretta tenuta delle posizioni assunte dalla giurisprudenza in tema di licenziamenti collettivi. L'orientamento prevalente espresso nelle pronunce della Corte⁴⁰¹ ritiene, infatti, razionalmente giustificato il ricorso al criterio della prossimità del trattamento pensionistico escludendo, quindi, che in tale ipotesi si possa ravvisare una discriminazione illecita. Secondo la Corte, infatti, deve essere “considerato razionalmente adeguato il criterio della prossimità al trattamento pensionistico con fruizione di “mobilità lunga” stante “il minore impatto sociale” dell'operazione e purché, ovviamente “il criterio adottato escluda qualsiasi discrezionalità del datore di lavoro”.

I primi giudici di merito che hanno però avuto occasione di affrontare la pro-

399 Cass., 11.8.2004, n. 15593.

400 Corte giustizia comunità Europee Grande Sez., 16.10.2007, C-411/05, Félix Palacios de la Villa c. Cortefiel Servicios SA, in *DPLav*, 2008, 26.

401 Cass., 24.4.2007, n. 9866; Cass., 6.10.2006, n. 21541; Cass., 21.9.2006, n. 20455.

blematica alla luce del d.lgs. n. 216/2003 sono pervenuti a conclusioni opposte, mettendo in evidenza come dopo l'introduzione in Italia del principio di non discriminazione in relazione al fattore di rischio età, l'adozione di tale criterio integri gli estremi di discriminazione indiretta in ragione dell'età ponendo "gli appartenenti ad una determinata fascia di età in una situazione di particolare svantaggio rispetto ad altri dipendenti"⁴⁰². Ciò a maggior ragione in presenza di una "fattispecie concreta nella quale l'esubero della forza lavoro sia stato effettivamente quantificato a prescindere dall'individuazione di un ambito organizzativo di riferimento" in cui "viene ad essere pregiudicata ogni possibilità di controllo sull'effettivo nesso causale tra la prospettata riduzione e l'esigenza riorganizzativa dell'impresa e quindi sulla giustificatezza di ogni singolo licenziamento"⁴⁰³. Le Corti di merito riprendono alcune delle argomentazioni effettuate dalla Cassazione anni addietro poi rimaste minoritarie. La Corte, infatti, in precedenza aveva sostenuto che il solo criterio della vicinanza al pensionamento era da ritenersi illegittimo se non combinato con altro criterio di selezione interna, non potendo il margine di discrezionalità del datore di lavoro nella scelta dei lavoratori pensionabili da licenziare essere utilizzato a mero scopo discriminatorio⁴⁰⁴. Se la Corte era pervenuta comunque a tali conclusioni, oggi, dopo l'introduzione nel nostro ordinamento di un divieto esplicito di discriminazione per età, il quadro normativo di riferimento consente di rimeditare la questione e di valutare l'esistenza di un ulteriore ed assorbente motivo di illegittimità.

⁴⁰² Trib. Milano, 26.4.2006; Trib. Milano, 4.4.2006; Trib. Milano, 12.7.2005; Trib. Milano, 7.1.2005, in *FI*, 2006, 2252 ss.; Trib. Milano, 22.7.2005, n. 2970, in *LG*, 2006, 4, 397; Corte App. Firenze, 27.3.2006, in *RCDL*, 2006, 910 in particolare quest'ultima sentenza ritiene che sussista una discriminazione in base all'età ai sensi del d.lgs. 9.7.2003, n. 216 nell'accordo sindacale che individui la possibilità del lavoratore di accedere al pensionamento come unico criterio in base al quale collocare in mobilità i lavoratori.

⁴⁰³ Trib. Milano, 22.7.2005, cit.

⁴⁰⁴ Cass., 2.9.2003, n. 12781; Cass., 19.9.2002, n. 13393.

Capitolo Ottavo

DISCRIMINAZIONE E DISABILITÀ

di Maria Paola Monaco

SOMMARIO: 1. Il concetto di disabilità nelle fonti di diritto derivato dell'Unione europea. – **1.1.** Le conseguenze della mancanza di una definizione legale di disabilità. – **2.** Alcuni nodi problematici della direttiva comunitaria: le soluzioni ragionevoli per i disabili. – **3.** Inserimento e integrazione lavorativa del disabile nel decreto 9 luglio 2003, n. 216: un tema assente.

1. Il concetto di disabilità nelle fonti di diritto derivato dell'Unione europea.

Il diritto derivato si occupa dei disabili non in via generale, bensì attraverso la Direttiva 78/2000/CE che annovera fra i vari fattori che possono ingenerare discriminazione dei lavoratori sui luoghi di lavoro anche la disabilità⁴⁰⁵. Il fine della Direttiva, infatti, è quello (cfr. art. 1) di stabilire “un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sugli handicap”.

La Direttiva, peraltro, non fornisce alcuna definizione legale del concetto di disabilità e devolve agli Stati nazionali il difficile compito di delineare i contorni dell'area “protetta”. La scelta apparentemente prudente del legislatore comunitario appare meditata in ragione delle difficoltà che la messa in chiaro di tale concetto avrebbero implicato. La disabilità, infatti, diversamente da altri fattori quali le convinzioni personali o la religione, non si sostanzia in uno stato interno della persona da essa modificabile, bensì in uno stato imm modificabile che può riguardare vari aspetti del corpo o della mente e che necessita di una valutazione in tal senso da parte della scienza medica.

Proprio il fatto che la disabilità non si sostanzia in uno stato soggettivo o in uno stato soggettivamente dichiarato o percepito come tale e che alla realizzazione della sua definizione concorrano elementi connessi fra loro rende il concetto mu-

⁴⁰⁵ Per i riferimenti alla situazione comunitaria precedente l'adozione della Direttiva v. CHITI, *Il principio di non discriminazione ed il Trattato di Amsterdam*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2000, 851 ss.

tevole e, pertanto, difficilmente trasponibile da un ambito legislativo ad un altro. Due gli elementi che maggiormente rendono variabile il concetto di disabilità: in primo luogo, il contesto sociale; in secondo luogo la linea di confine fra malattia e disabilità.

Sotto il primo aspetto, la rilevanza del contesto sociale viene sottolineata attraverso il richiamo di tre elementi concorrenti alla costruzione del concetto di disabilità⁴⁰⁶: l'*impairment* – minorazione – che designa la perdita o la degenerazione della struttura corporea o di una funzione fisica o psichica; l'*activity*, che indica la tipologia e la portata (della minorazione) delle capacità funzionali di una persona rispetto alle capacità considerate normali; la *participation*, che indica la forma e il grado di partecipazione di una persona ai vari contesti di vita. La sovrapposizione dei vari elementi implica che una persona per essere definita disabile non deve avere soltanto un pregiudizio alla salute, ma occorre altresì che da tale pregiudizio derivi una menomazione funzionale che sfoci in un deficit di partecipazione in uno o più contesti dell'esistenza (nel nostro caso, quello lavorativo).

L'indispensabilità dei singoli elementi dipende pertanto dal contesto concreto in cui il concetto di "handicap" risulta rilevante. Da ciò ne consegue che, anche allorquando sia possibile rintracciare in un atto normativo una precisa definizione di disabilità, appare problematico se non impossibile pensare di allargare i confini di tale definizione attraverso la sua trasposizione in un contesto normativo diverso da quello nel quale è stata pensata. Se il concetto di disabilità, infatti, varia in relazione al contesto, varierà a maggior ragione anche in relazione alle finalità che la legge intende perseguire, rendendo difficile, ad esempio, applicare la nozione di disabilità elaborata a fini previdenziali al settore della discriminazione e viceversa.

Proprio a causa delle considerazioni che precedono, una definizione positiva di disabilità non è rintracciabile neanche in altre fonti internazionali che pur intervengono nel campo dei diritti umani, come la Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e la Carta UE dei Diritti Fondamentali. Quello che cambia, caso mai, è il tipo di approccio laddove, ad esempio, la Carta fa riferimento anche all'integrazione dichiarando che: "*l'Unione riconosce e rispetta il diritto delle persone disabili a beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità*"⁴⁰⁷.

406 BRODIL, *I divieti di discriminare le persone portatrici di handicap in Austria - Soluzioni ragionevoli per persone portatrici di handicap*, in <http://www.era.it>

407 Cfr., art. 26 della Carta.

1.1. Le conseguenze della mancanza di una definizione legale di disabilità

La mancanza di una definizione legale nel corpo della direttiva ha come conseguenza che le ragioni di un eventuale lavoratore disabile possano non essere tutelate fino in fondo. Se infatti la nozione di disabilità viene rimessa alla discrezionalità legislativa di ciascun Stato, ne deriva che un lavoratore potrà essere considerato disabile e, quindi, soggetto tutelato in quanto ricompreso nel campo di applicazione della Direttiva, in uno Stato ma non in un altro.

E così è. Sebbene, infatti, la classificazione OMS sia stata adottata da molti Stati europei⁴⁰⁸, nessuna delle definizioni contenute nelle varie legislazioni nazionali coincide perfettamente con essa; le differenze sostanziali permangono soprattutto nei metodi valutativi individuati per definire il grado di disabilità e, quindi, in ultima analisi, nel diverso tipo di tutela assicurata.

In paesi quali l'Austria e Germania sono considerati disabili – ai fini dell'inserimento lavorativo – le persone con un tasso di invalidità superiore al 50% (purché tale invalidità sussista da almeno 6 mesi). In Belgio il parametro ritenuto utile è una capacità di guadagno inferiore ad un terzo rispetto a quella media di una persona normodotata. In Svezia, invece, la disabilità non è una caratteristica del singolo, bensì piuttosto un problema di interazione tra individuo ed ambiente, e, pertanto la disabilità è quella c.d. funzionale, che rende difficile l'espletamento delle normali funzioni.

Sotto il secondo punto di vista, la portata della nozione di disabilità si allarga o, al contrario, si restringe in relazione al confine che si intende tracciare con la contigua nozione di malattia⁴⁰⁹. La questione è stata affrontata dalla Corte di Giustizia⁴¹⁰ che, chiamata a risolvere un problema concreto, si è trovata a dover stabilire, in primo luogo, se sussista un nesso fra disabilità e malattia, dato che la malattia al pari della disabilità può dar luogo a delle limitazioni fisiche ed, in secondo luogo, se allorquando sia accertata una malattia il lavoratore debba essere tutelato anche in base al divieto di discriminazione fondato sull'handicap. La questione aveva preso il via dal licenziamento di una lavoratrice in congedo per

408 *Rehabilitation and integration of people with disabilities: policy and legislation - Rapporto del comitato per la riabilitazione, l'integrazione delle persone con disabilità*, Strasburgo, Pubblicazione del Consiglio di Europa, 2003, 225 ss.

409 L'ISTAT adotta la definizione di disabilità proposta dall'Organizzazione Mondiale della Sanità nella "Classificazione Internazionale delle Menomazioni, Disabilità e Handicap" (1980). Il punto focale di questa classificazione è la sequenza di definizioni che porta dalla menomazione all'handicap: la menomazione è il danno biologico che una persona riporta a seguito di una malattia (congenita o meno) o di un incidente; la disabilità è l'incapacità di svolgere le normali attività della vita quotidiana a seguito della menomazione; l'handicap è lo svantaggio sociale che deriva dall'avere una disabilità.

410 Cfr., Corte di Giustizia 11.7.2006, in causa C 13-05 *Chacon Navas c. Eures Colectividades SA*.

malattia da otto mesi ed in attesa di una operazione; la malattia aveva determinato la totale assenza dal lavoro, ma dalle informazioni assunte avrebbe determinato il protrarsi dell'assenza per molto tempo ancora. Il punto in discussione non era l'illegittimità del licenziamento, bensì la sua qualificazione: solo nell'ipotesi in cui il licenziamento fosse stato considerato discriminatorio, infatti, la conseguenza sarebbe stata la riammissione in servizio della lavoratrice.

Nell'affrontare la prima questione, ossia l'esistenza o meno di un nesso fra disabilità e malattia, la Corte ha dovuto fare i conti con la nozione o meglio si direbbe con la mancanza di una nozione comunitaria di disabilità. Secondo la Corte – che nel caso di specie segue il ragionamento dell'Avvocato generale – la nozione di disabilità va distinta da quella di malattia (paragrafo 44), anche quando lo stato di malattia presenti caratteri di cronicità (paragrafo 46).

L'incontro fra le due nozioni può avvenire, infatti, solo allorquando nel corso della “*malattia si manifestino limitazioni funzionali di lunga durata o permanenti, che vanno considerate quali handicap anche a prescindere dalla malattia che può ancora proseguire*”. È evidente come il modello di disabilità fatto proprio dalla Corte sia basato su un approccio prettamente medico individualistico, con rifiuto di qualsivoglia contaminazione con altri modelli, primo fra tutti quello sociale⁴¹¹.

Dalla mancanza di una precisa ed univoca definizione comunitaria derivano poi ulteriori conseguenze. Di regola, infatti, le leggi sono testi naturalmente preordinati a comunicare un concetto, una nozione ed è dunque ovvio che la parola scritta debba riflettere fedelmente il concetto che intende comunicare. Da questo punto di vista la normativa comunitaria intervenuta sul tema della disabilità appare priva di coerenza, essendo rilevabile una evidente discrasia fra termine utilizzato e concetto trasmesso.

La correttezza alla quale sembra essere improntata la Direttiva, che utilizza il termine *handicap* con riferimento al c.d. fattore della discriminazione e il termine “disabile” con riferimento alla situazione soggettiva della persona coinvolta, viene meno, ad esempio, già con riferimento alla costruzione della nozione di discriminazione indiretta di cui all'art. 2. In tale articolo, infatti, il termine “disabile” – già di per sé criticabile perché non preceduto dal termine “persona” – viene sostituito dalla locuzione “persone portatrici di un particolare handicap”. È evidente come la mancanza di omogeneità nelle espressioni lessicali non sia priva di conseguenze pratiche, se non a costo di enormi forzature, ossia di ritenere che “persona disabile” e “persona portatrice di un particolare *handicap*” siano espressioni assolutamente equivalenti.

Problematica questa che si rinviene anche nel nostro diritto interno a partire dal testo italiano della sentenza C 13-05 dell'11.7.2006, sopra ricordata. In questo

411 Per una chiara puntualizzazione dei vari modelli v., BAMES, *Capire il modello sociale della disabilità*, in *Intersticios - Revista sociologica de Pensamento critico*, 2, 2008, 87 ss.

ambito le perplessità, peraltro, sorgono dalla lettura di un testo tradotto, forse si farebbe meglio a dire malamente tradotto. Il titolo della sentenza che nella lingua spagnola, quella ufficiale della causa, recita *Direttiva 2000/78/CE* *et cetera* “*concepto de discapacidad*” diventa nella lingua inglese “*concept of disability*” per poi diventare nella lingua italiana “*nozione di handicap*”.

È evidente come nel passaggio dalla lingua spagnola a quella italiana la scelta sia caduta su un termine che non tiene conto dell’evoluzione culturale e sostanziale suggerita dall’OMS, che dalla classificazione del 1980, che parlava di “Handicapato”, è passata alla classificazione del 2001, che introduce il termine di “persona con disabilità”. Questa approssimazione propria della traduzione italiana non si limita a segnalare una disattenzione culturale, ma dal momento che attiene a precisi atti giuridici, può indurre in errore fino a stravolgere i concetti giuridici che stanno dietro la sentenza stessa. Il giudice comunitario non ha, infatti, precisato la nozione di *handicap*, ma quella di *disabilità*. Nel nostro caso la differenza tra nozione di *handicap* e nozione di *disabilità* sta nell’evoluzione che i termini *handicap* e *disabilità* hanno assunto prima nei documenti ufficiali e poi nei linguaggi. Una differenza che in *handicap* riconduce tutto alla persona che viene discriminata perché ha una menomazione che le impedisce di partecipare, mentre in *disabilità* collega la discriminazione agli ostacoli che impediscono alla persona di partecipare, indipendentemente dalla menomazione⁴¹². Seppur pensiamo che possa risolversi il problema riportando il tutto ad un caso di cattiva traduzione dei testi, ciò non toglie che il problema non è che uno dei tanti indotti dalla mancata precisazione del concetto sotto il profilo definitorio nella Direttiva.

2. Alcuni nodi problematici della direttiva comunitaria: le soluzioni ragionevoli per i disabili

La Direttiva 2000/78/CE anche in relazione al fattore di rischio disabilità ricalca principi strutturali “consolidati”, applicando i concetti di discriminazione – diretta e indiretta – e di molestie ed accumulando questo fattore agli altri in relazione al sistema delle possibili giustificazioni oggettive. La Direttiva così esclude che possano essere investiti i regimi di sicurezza sociale o di protezione sociale e, allo stesso modo, prevede che il principio di uguaglianza possa essere derogato nel contesto delle forze armate – nonché dei servizi di polizia, penitenziari, ecc.

La Direttiva limita il suo campo di azione all’occupazione e alla vita lavorativa, lasciando scoperte altre aree che, qui più che altrove, risultano particolarmente rilevanti. Se infatti, riprendendo il contenuto del Considerando 11 della Diretti-

412 Cfr., AVIO, *I lavoratori disabili fra vecchie e nuove discipline*, in BALLESTRERO, BALANDI (a cura di), *I lavoratori svantaggiati tra eguaglianza e diritto diseguale*, Bologna, 2005, 155 ss.

va, si afferma che la discriminazione – anche basata su un handicap – sia capace di pregiudicare il conseguimento degli obiettivi del Trattato CE, in particolare il raggiungimento di un elevato livello di occupazione, non si regolano quei comportamenti che possono precedere lo *status* di occupato (formazione mirata per rendere la persona disabile in grado di avere delle conoscenze tali da permetterle di partecipare alla selezione ecc.), comportamenti che nell'area della disabilità hanno incidenza maggiore rispetto ad altre aree. La Direttiva tiene in debito conto, infatti, le sole esigenze rilevabili sul posto di lavoro, imponendo l'adozione di misure appropriate – che i legislatori europei desiderano vedere interpretate come misure efficaci e praticabili – per adeguare il posto di lavoro in funzione dell'handicap⁴¹³.

Ai sensi dell'art. 5, ciò comporta, per il datore di lavoro, l'obbligo di adottare misure appropriate e necessarie nel caso specifico per consentire alle persone portatrici di handicap di accedere all'occupazione, all'esercizio di una professione, all'avanzamento di carriera e alla partecipazione a corsi di formazione permanente e di specializzazione. Unica eccezione, il caso in cui tali soluzioni comportino un onere sproporzionato per il datore di lavoro. Non sono mai considerate sproporzionate le soluzioni il cui onere è compensato in modo sufficiente da misure – evidentemente intese come disposizioni di legge esistenti nel quadro della politica di uno Stato membro.

La Direttiva, peraltro, non chiarisce quando un comportamento manchevole debba o possa essere considerato una forma di discriminazione. Contrariamente a quanto previsto nella prima versione della Direttiva, infatti, è venuto meno ogni tipo di collegamento con l'art. 2 della Direttiva stessa, ossia con quella disposizione normativa che descrive i vari tipi di discriminazione – diretta, indiretta e molestie.

La Direttiva, peraltro, si presenta piuttosto vaga⁴¹⁴: in essa infatti sono specificate diverse caratteristiche che devono connotare il comportamento del datore di lavoro, ma non sono specificati affatto gli aspetti sostanziali che dovrebbero appunto dare concretezza ai parametri. L'art. 5 così afferma che per garantire il rispetto del principio di parità di trattamento dei disabili debbono essere previste “soluzioni ragionevoli” e segna, quale unico confine della ragionevolezza, la proporzionalità dell'onere economico al quale il datore di lavoro dovrebbe andare in contro per praticare quella soluzione. Il solo parametro economico, di per sé, non può tuttavia essere esaustivo al fine di determinare la ragionevolezza o meno di una

⁴¹³ ⁹ BARBERA, *Le discriminazioni basate sulla disabilità*, in M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: il quadro comunitario e nazionale*, Milano, 2007, 107.

⁴¹⁴ QUINN, *Disability Discrimination Law in the European Union*, in MEENAN H. (ed.), *Equality Law in an Enlarged European Union. Understanding the Article 13 Directives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, 231 ss.

soluzione. Al di là della ragionevolezza dell'onere economico, infatti, dovrà essere valutata anche la ragionevolezza pratica dell'eventuale soluzione. Si può considerare ragionevole quella soluzione la cui realizzazione può pregiudicare la postazione di altri lavoratori? Altresì dovrà essere giudicata la ragionevolezza giuridica della soluzione. Si può considerare non ragionevole l'impossibilità di operare una ristrutturazione per essere il datore di lavoro solo locatario dei locali aziendali? È evidente come la precisa delimitazione dell'obbligo di eliminare le barriere per i lavoratori disabili dipenda non soltanto – come una lettura formale dell'art. 5 sembra supporre – dalla entità dell'onere eventualmente sopportabile dal datore di lavoro, ma anche da una serie di altre circostanze relative all'attività lavorativa o alla situazione nella quale verta l'azienda.

Resta da puntualizzare il concetto di ragionevolezza in relazione al parametro economico. Il fatto che la direttiva si limiti a dire che è ragionevole una soluzione che non soggiace ad un onere economico sproporzionato, potrebbe significare che tramite essa si è inteso obbligare il datore di lavoro ad eliminare in via preventiva ogni barriera d'accesso ai luoghi di lavoro. Tale conclusione non può essere accolta: la direttiva, infatti, pur imponendo dei vincoli alle legislazioni nazionali, non può disconoscere l'esistenza del diritto di proprietà, tutelato sia dalla normativa europea sia – ed in modo forse ancora più forte – dal diritto costituzionale dei vari Stati membri. La costruzione di nuovi edifici oppure la ristrutturazione o modifica di edifici già esistenti non devono assicurare l'accessibilità generale alle persone in relazione a tutti i tipi di handicap che costoro possono avere: l'obbligo generale dell'art. 5, infatti, diventa specifico solo a fronte di un "caso concreto" e diventa agibile solo a fronte di un onere economico non sproporzionato.

In assenza di una concretizzazione dell'obbligo il datore di lavoro non sarà, pertanto, tenuto a modificare in via prudenziale il luogo di lavoro per renderlo conforme alle esigenze del disabile. Tale obbligo generale, infatti, sarà da considerare ragionevole a fronte di locali aperti al pubblico, locali nei quali chiunque deve poter accedere, ma non a fronte dei locali aziendali aperti ai soli lavoratori. Ma quali indicatori determinano la proporzionalità o meno dell'onere? A tal proposito soccorre il Considerando 21 della Direttiva, in base al quale per valutare la proporzionalità o meno di un onere è necessario "tener conto in particolare dei costi finanziari o di altro tipo" che le misure richieste comportano "delle dimensioni e delle risorse finanziarie dell'organizzazione o dell'impresa e della possibilità di ottenere fondi pubblici o altre sovvenzioni".

In altre parole, la proporzionalità o meno dell'onere dipenderà dalla disponibilità finanziaria dell'azienda.

Infine, la Direttiva non chiarisce se "la soluzione ragionevole" debba essere considerata come una specifica e ben delineata forma di azione positiva. Dal momento in cui, peraltro, gli adattamenti ragionevolmente necessari per consentire ad una persona disabile di accedere ad un impiego o di esercitare una funzione costitui-

scono una misura obbligatoria⁴¹⁵, appare difficile considerare tale comportamento una azione positiva⁴¹⁶. A conferma di ciò soccorre l'art. 7, 2° comma, della direttiva che lascia agli Stati membri la possibilità di adottare “quanto ai disabili” azioni positive “in materia di tutela della salute e sicurezza sul posto di lavoro” ovvero azioni positive “intese a creare o mantenere disposizioni o strumenti al fine di salvaguardare o promuovere il loro inserimento nel mondo del lavoro”.

3. Inserimento e integrazione lavorativa del disabile nel decreto 9 luglio 2003, n. 216: il tema assente

Il recepimento della Direttiva 2000/78/CE in Italia è avvenuto nel solo “ambito generale” tramite il d.lgs. n. 216/2003, restando invariato l'ambito occupazionale, che continua ad essere regolato dalla normativa preesistente, ossia dalla l. n. 68/1999. Proprio la preesistenza di questa legge⁴¹⁷ nonché della l. n. 104/1992⁴¹⁸ hanno consentito al legislatore di non attuare l'art. 5 della Direttiva e di lasciare impregiudicate tutte le questioni sollevate sul tema, in particolare quelle relative alla concretizzazione dell'obbligo di cui all'art. 5 della Direttiva: si tratta – come è stato ben sottolineato – di un'evidente “eccezione alle regole generali dei decreti che di regola recepiscono le Direttive alla lettera”⁴¹⁹. Se il silenzio della disposizioni sulle soluzioni ragionevoli da adottare rimane una innegabile lacuna normativa, ciò non toglie che ad essa dovrà rimediare il giudice “*recuperando la valenza precettiva della regola di cui all'art. 5, par. 2, della direttiva attraverso l'obbligo della interpretazione conforme*”⁴²⁰. Proprio in relazione a questo specifico punto, la Commissione ha avviato una procedura di infrazione contro l'Italia, portando la questione all'attenzione della Corte di giustizia. Alla Commissione non è sfuggito, infatti, che l'ordinamento italiano non ha introdotto né tanto meno aveva in precedenza una norma generale che imponga al datore di lavoro di prevedere soluzioni ragionevoli per i portatori di qualunque tipo di disabilità e per tutti gli aspetti dell'occupazione⁴²¹.

415 BARBERA, cit., 109.

416 Cfr. CALAFÀ, *Azioni positive possibili tra lotta alle discriminazioni e promozione dell'uguaglianza*, in *Lav. dir.*, 2005, 99.

417 BARBERA, cit., 2, ma vedi anche i lavori preparatori al d.lgs. n. 216/2000.

418 SAULLE, *Direttive europee e politiche antidiscriminatorie*, in *Affari sociali internazionali*, 2004, 60; BELLÌ, *La non discriminazione dei disabili e la legge n. 67 del 2006*, Milano, 2007, 76.

419 SIMONI, cit., 12.

420 BARBERA, cit., 81.

421 V., procedura di infrazione IP/09/1620

La trasposizione della Direttiva, peraltro, appare incompleta anche da altri punti di vista. Il d.lgs. n. 216/2003, infatti, non prende in considerazione neanche l'invito rivolto agli Stati membri dall'art. 7 affinché adottino misure concrete e piani di azioni positive per rendere effettivamente compatibile il particolare *status* del portatore di handicap con il suo inserimento nel mondo del lavoro⁴²². Incompleta ma anche contraddittoria se solo si pone mente al fatto che l'art. 1 del decreto comunque dichiara di avere quale finalità l'adozione di "misure necessarie" ad arginare i vari fenomeni di discriminazione e, quindi, sembra tendere ad una volontà positiva nel perseguimento di obiettivi di uguaglianza sostanziale. Di tale comportamento si dà atto nella Relazione governativa laddove si afferma una ritenuta superfluità del recepimento, sul rilievo che le misure stesse sono già previste all'interno del nostro ordinamento giuridico. Si dovrebbe essere più propensi a sostenere come la scelta del mancato recepimento della direttiva comunitaria in materia di azioni positive e di misure specifiche sia da ravvisarsi nell'esplicita volontà del governo di non gravare di ulteriori oneri aggiuntivi il bilancio dello Stato. Nella direttiva europea, al contrario, tutta la costruzione del sistema di protezione dei disabili ruota proprio intorno al meccanismo delle azioni ovvero misure ragionevoli. Conferma di ciò è il Considerando 6, che rileva come già con la Carta Comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori si era riconosciuta "l'importanza di combattere qualsiasi forma di discriminazione, compresa la necessità di intraprendere azioni appropriate per l'integrazione sociale ed economica degli anziani e dei disabili". Concetto questo ribadito nel Considerando n. 8, laddove si fa presente che «gli orientamenti in materia di occupazione per il 2000, approvati dal Consiglio Europeo a Helsinki il 10 e 11 dicembre 1999, ribadiscono la necessità di promuovere un mercato del lavoro che agevoli l'inserimento sociale formulando un insieme coerente di politiche volte a combattere la discriminazione nei confronti di gruppi quali i disabili». Quindi, nei Considerandi successivi, si specificano ancora di più le peculiarità che tali misure devono assumere; il Considerando 16 evidenzia come "la messa a punto di misure per tener conto dei bisogni dei disabili sul luogo di lavoro ha un ruolo importante nel combattere la discriminazione basata sull'handicap"; il Considerando 20 aggiunge, più dettagliatamente, quanto sia "opportuno prevedere misure appropriate, ossia misure efficaci e pratiche destinate a sistemare il luogo di lavoro in funzione dell'handicap, ad esempio sistemando i locali o adattando le attrezzature, i ritmi di lavoro, la ripartizione dei compiti o fornendo mezzi di formazione o inquadramento". In seguito, il Considerando 27, riprende quanto già sottolineato in precedenza, dando notizia che "nella sua raccomandazione 86/379/CEE del 24 luglio 1986 concernente l'occupazione dei disabili nella Comunità, il Consiglio

422 GERBINO, *L'inserimento lavorativo di persone con disabilità. Analisi di un ambito territoriale*, in Id., *L'integrazione possibile. Formazione, accesso al lavoro, politiche sociali per le fasce deboli*, Roma, 2007, 113 ss.

ha definito un quadro orientativo in cui si elencano alcuni esempi di azioni positive intese a promuovere l'occupazione e la formazione dei portatori di handicap e nella sua risoluzione del 17 giugno 1999 relativa alle pari opportunità di lavoro per i disabili, ha affermato l'importanza di prestare un'attenzione particolare segnatamente all'assunzione e alla permanenza sul posto di lavoro del personale e alla formazione e all'apprendimento permanente dei disabili”.

Capitolo Nono

IL NUOVO DIRITTO PROCESSUALE ANTIDISCRIMINATORIO TRA IDEALITA' E DISINCANTO

di Marina Capponi

SOMMARIO: 1. Premessa: le armi processuali del “diritto diseguale”. – 2. Le fonti comunitarie. – 3. La via giudiziale della lotta alle discriminazioni di genere in Italia. – 4. Il processo contro le discriminazioni di genere ed il codice delle pari opportunità. – 5. Il tentativo di conciliazione per le discriminazioni di genere ed in relazione agli altri “fattori di rischio”. – 6. Le azioni in giudizio contro le discriminazioni di genere. – 6.1. L'azione individuale ed il Codice: una razionalizzazione mancata – 6.2. L'azione ordinaria di nullità – 6.3. Lo speciale procedimento per la tutela individuale: l'art. 38 del d.lgs. n. 198/2006. – 7. L'azione collettiva o pubblica. – 8. Il provvedimento del giudice nell'azione individuale e nell'azione collettiva: il piano di rimozione ed il risarcimento del danno. – 9. Le sanzioni amministrative. – 10. Il reato di discriminazione sessuale: la sanzione penale. – 11. L'onere della prova. – 12. Le deroghe alla parità di trattamento: le eccezioni e le giustificazioni. – 13. L'intervento in giudizio della consigliera di parità. – 14. La rassegna della giurisprudenza. – 15. Procedimenti contro le discriminazioni per gli altri fattori di rischio. – 15.1 Questioni di rito e di competenza – 15.2. La legittimazione ad agire. – 15.3. L'onere della prova. – 16. Le discriminazioni di genere nei contratti di scambio di beni e servizi ed i rimedi processuali.

1. Premessa: le armi processuali del “diritto diseguale”

In una trattazione che si prefigga la disamina dell'attuale assetto del diritto antidiscriminatorio, appare strategico l'approfondimento delle norme processuali che ne sono il presidio. Esse infatti non giocano un ruolo meramente ancillare rispetto ai diritti sostanziali, ma ne divengono snodo fondamentale e misura della loro efficacia. È pur vero che la legislazione sulle discriminazioni, per quanto evoluta, tende spesso a deludere le alte aspettative di cui viene gravata, presentandosi come una disciplina a basso tasso di effettività, per la scarsa adeguatezza dei rimedi giu-

diziali a rimuovere pregiudizi ed atteggiamenti culturali radicati, che non sempre si esprimono in atti negoziali su cui il giudice possa intervenire convenientemente. Pur con questi limiti, però, non si può negare che il diritto antidiscriminatorio sia portatore di un afflato ideale superiore ad ogni altra area del diritto. Basti ricordare il nuovo rilievo che ha assunto nella Carta europea dei diritti il principio d'eguaglianza di illuministica memoria, per la prima volta espressamente inserito (insieme a dignità, libertà, solidarietà, cittadinanza, giustizia), fra i principi fondamentali dell'ordinamento dell'Unione Europea. Un principio che ritroviamo declinato in una ampia rosa di accezioni: a partire dal tradizionale principio di eguaglianza dinanzi alla legge (art. 20), al diritto a non essere discriminati sulla base di caratteristiche soggettive costitutive dell'identità della persona (artt. 21 e 23), come diritto a preservare la propria diversità culturale, religiosa e linguistica (art. 22), come rivendicazione di garanzie di libertà e tutela sociale nelle diverse fasi della vita umana (artt. 24 e 25), come promozione di piena partecipazione alla vita della comunità per persone disabili (art. 26). Il principio di eguaglianza ha pervaso i due secoli di storia del diritto che ci precedono e, come suggestivamente espresso da Delia La Rocca, nel momento stesso in cui si è posto come "premessa" imprescindibile dei sistemi occidentali, ha anche manifestato tutto il suo carattere dirompente di "promessa" per chi vi aspirava.

Tutto il pensiero politico, giuridico e filosofico del '900 si è cimentato con le ambiguità irrisolte della promessa egualitaria, a partire dalle lotte e dalle istanze dei soggetti portatori di fattori di diversità, cercando di "far quadrare il cerchio" e di elaborare categorie concettuali che consentissero di coniugare la regola illuministica della neutralità giuridica – "la legge è uguale per tutti" – con meccanismi di valorizzazione della differenza⁴²³, sia quale "romantica" rivendicazione identitaria, sia quale intervento attivo di rimozione delle disparità di trattamento. Di fronte a principi di così ampio spessore, indubbiamente ci troviamo di fronte ad una disarmonia tra le estese aspettative del diritto antidiscriminatorio e la viva passione che tale disciplina suscita tra gli studiosi che vi si dedicano e la sua incapacità non solo di produrre effetti di riequilibrio sociale ma anche, più modestamente, di rimediare almeno alle diseguaglianze più manifeste nelle relazioni intersoggettive. Ragionando empiricamente, non vi è dubbio che oggi gli strumenti ed i rimedi offerti dalla tecnica antidiscriminatoria, pure assai articolati e sofisticati, non sono ancora diventati parte integrante della "cassetta degli attrezzi" degli operatori del diritto. Avvocati e magistrati spesso stentano a riconoscerne l'utilità pratica nel caso concreto, quale fonti regolatrici del conflitto sociale. Se confrontata ad altri fenomeni molto meno disciplinati, quali il *mobbing*, oppure a temi ad alto tasso

423 Vedi l'intervento di LA ROCCA, *Successi, fallimenti e nuove strategie delle politiche di pari opportunità in Italia e in Europa* nell'incontro di studio e di discussione in occasione della presentazione del Commentario sistematico al Decreto Legislativo 23 maggio 2000, n. 196, Atti del Convegno del 31 ottobre 2003, pubblicati in Firenze, 2004, 33.

di innovazione come la *privacy* o la tutela del consumatore, la tecnica processuale antidiscriminatoria appare decisamente sottoutilizzata.

Ed allora incombe anche a noi, modesti operatori del diritto, di superare il disincanto suscitato dalla attuale scarsa effettività dei rimedi processuali verso le disuguaglianze, imparando ad utilizzarli nella pratica quotidiana. Facendo sì che il meccanismo processuale, vero gioco delle parti nel quale si recita e si riproduce il conflitto fra eguali/diversi secondo regole certe e condivise, non perda per sfiducia la sua fondamentale funzione riequilibratrice, ma continui a svolgerla in modo efficace e coraggioso.

2. Le fonti comunitarie

È fondamentale prendere le mosse dalla disciplina comunitaria, che si è evoluta significativamente nei tempi più recenti anche sul tema delle azioni giudiziarie. Le Direttive di prima generazione prevedevano in materia di tutela giudiziaria rimedi largamente insufficienti: ricordiamo la primigenia Direttiva 75/117/CEE in materia di parità retributiva tra uomo e donna, la quale all'art. 2 si limitava a stabilire che gli interessati potessero far valere i propri diritti per via giudiziaria ed a sancire l'obbligo per ogni Stato membro di adottare "*le misure necessarie*" per garantire l'applicazione del principio mediante la "*disponibilità di efficaci strumenti*". Nonostante tali limiti, da esse è scaturito un orientamento giurisprudenziale della Corte di Giustizia che ha via via ampliato la portata del diritto di agire in giudizio, meglio delimitandone i confini ed i contenuti⁴²⁴.

Decisamente più articolata appare la previsione dell'art. 6 della Direttiva 76/207/CEE, del 9 febbraio 1976, "*relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro*", la quale dispone affinché gli Stati membri introducano nei rispettivi ordinamenti giuridici interni le misure necessarie "*per permettere a tutti coloro che si ritengano lesi dalla mancata applicazione nei loro confronti del principio della parità di trattamento*", di "*far valere i loro diritti per via giudiziaria, eventualmente dopo aver fatto ricorso ad altre istanze competenti*".

Anche da tali scarne disposizioni sono germinate pronunce di estremo interesse: citiamo fra le molte, solo in via esemplificativa e non esaustiva, la sentenza *Van Colson*, che decidendo un caso di esclusione da concorso, ha sancito che "*gli Stati membri sono obbligati ad adottare provvedimenti che siano sufficientemente efficaci*

⁴²⁴ Per una accurata disamina del percorso giurisprudenziale in punto di azioni in giudizio e portata dei provvedimenti posti a rimedio in caso di discriminazione si rinvia a GUARISO, *I provvedimenti del giudice*, in BARBERA (a cura di), *Il Nuovo Diritto Antidiscriminatorio - il quadro comunitario e nazionale*, Milano, 580 ss.

*per conseguire lo scopo della direttiva e a far sì che tali provvedimenti possano essere effettivamente fatti valere dinanzi ai giudici nazionali dagli interessati. Detti provvedimenti possono, ad esempio, comprendere disposizioni che prescrivono ad datore di lavoro di assumere il candidato discriminato o contemplino un adeguato risarcimento pecuniario, il tutto sanzionato da un sistema di ammende*⁴²⁵.

Infine la notissima sentenza *Marshall*, con la quale la Corte, interpretando la direttiva del Consiglio 76/207 nel senso di attribuire agli Stati membri libertà di scelta in ordine ai rimedi da adottare per perseguire l'obiettivo della parità di trattamento, finisce per delimitare tale libertà sia in ordine alla tipologia di soluzioni, sia circa l'ammontare dei risarcimenti: a fronte di un caso di licenziamento discriminatorio, infatti, la Corte afferma come non sia ipotizzabile il ristabilimento della situazione di parità al di fuori della riassunzione del soggetto discriminato ed illegittimamente estromesso o, in via alternativa, del risarcimento in denaro, che però deve essere integralmente compensativo del danno patito. Con conseguente illegittimità di quelle disposizioni che fissino massimali al risarcimento⁴²⁶.

Dalla complessiva panoramica della giurisprudenza interpretativa che è scaturita dall'applicazione della prima direttiva in materia di parità di trattamento uomo/donna si evince pertanto l'elaborazione anticipata di un principio generale dell'ordinamento comunitario, che ritroveremo solo successivamente codificato nelle direttive di nuova generazione, secondo il quale il soggetto discriminato ha diritto ad avere dallo Stato membro un rimedio alla lesione patita, ancorché non determinato o tipizzato una volta per tutte, ma che sia equivalente al rimedio previsto nel diritto interno per violazioni analoghe e che abbia caratteristiche precise di proporzionalità, effettività e dissuasività⁴²⁷.

Nel terzo millennio, le direttive cosiddette "di nuova generazione" hanno ripreso i principi giurisprudenziali sopra richiamati, traducendoli in norme di diritto positivo, che possiamo così sintetizzare: 1) sussiste un preciso obbligo per gli Stati membri di determinare sanzioni alle violazioni di natura discriminatoria che siano effettive, proporzionate e dissuasive e di vigilare sulla loro applicazione; 2) gli strumenti attuativi devono comprendere un'articolata gamma di interventi, fra i quali venga prevista sia la tutela inibitoria e ripristinatoria che quella risarcitoria; 3) quest'ultima tutela deve avere anche carattere sanzionatorio.

È interessante a questo punto tentare la costruzione di una sorta di tavola sinottica, che compari la disciplina delle direttive dedicate ai fattori di rischio non

425 CGCE 10.4.1984 *Von Colson e Kamann c. Land Nordrhein-Westfalen*, causa C-14/83, in Racc. 1984, 1891.

426 CGCE 2.8.1993, *Marshall c. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*, causa C-71/1991 in Racc. 1993, 4367.

427 Vedi Commissione c. Grecia CGCE 21.9.1989, causa C-68/88 in Racc. 1989, 2965 e Nunes c. De Matos, causa C-186/98, in Racc. 1999, 4883.

connessi all'appartenenza di genere a quella, peculiare e di più antica esperienza, coniata per contrastare la discriminazione tra uomo e donna. Questa operazione è propedeutica alla successiva analisi critica dell'attuazione che il nostro Paese ha saputo dare della normativa comunitaria ed alla valutazione delle scelte (o, secondo alcuni, delle scelte mancate) che hanno portato nel nostro ordinamento solo alcuni degli elementi di maggiore innovazione contenuti nelle direttive di nuova generazione.

Partiamo dall'analisi della tutela dei diritti individuali lesi dalla discriminazione secondo la formulazione letterale della direttiva del Consiglio 2000/43/CE del 29 giugno 2000, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica. Nei Considerando nn. 19 e 20 si anticipa il principio in base al quale *“le vittime di discriminazione a causa della razza o dell'origine etnica dovrebbero disporre di mezzi adeguati di protezione legale”* ed al fine di assicurare ai singoli un livello più efficace di tutela, *“anche alle associazioni o alle persone giuridiche dovrebbe essere conferito il potere di avviare una procedura, secondo le modalità stabilite dagli Stati membri, per conto o a sostegno delle vittime”*, ribadendo che *“l'efficace attuazione del principio di parità richiede un'adeguata protezione giuridica in difesa delle vittime”*. L'art. 7 della direttiva, rubricato “Difesa dei diritti”, dispone che ogni Stato membro garantisca a tutte le persone che si ritengono lese in seguito della mancata applicazione nei loro confronti del principio della parità di trattamento, l'accesso, anche dopo la cessazione del rapporto discriminatorio, a procedure giurisdizionali e/o amministrative, comprese le procedure di conciliazione.

È sancito inoltre il principio che sia riconosciuto ad associazioni ed organizzazioni portatrici di un legittimo interesse a garantire il rispetto della Direttiva, il diritto di avviare in via giurisdizionale o amministrativa per conto o a sostegno della persona lesa azioni finalizzate all'esecuzione degli obblighi derivanti dalla direttiva stessa e garantita all'art. 9 la protezione ai soggetti vittime di comportamenti ritorsivi a seguito di azioni antidiscriminatorie. L'art. 15 infine demanda agli Stati membri l'individuazione delle sanzioni da irrogare, ivi compreso il risarcimento del danno, il quale deve avere carattere di effettività, proporzionalità e dissuasività.

Formulazioni pressoché identiche si rinvencono nella Direttiva 2000/78/Ce del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro per la lotta alle discriminazioni fondate sulla religione, o le convinzioni personali, gli handicap, l'età, o le tendenze sessuali, contenute sia nell'art. 9 (difesa dei diritti) che nell'art. 11 (protezione delle vittime), nonché nell'art. 17 (sanzioni). Le stesse disposizioni sono declinate nella Direttiva 2002/73/Ce del Parlamento e del Consiglio del 23 settembre 2002, che modifica la precedente Direttiva 76/207/CEE relativa all'attuazione del principio di parità di trattamento tra uomini e donne per quan-

to riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali (nell'art 6, 1° comma, e nell'art. 3).

Un elemento peculiare viene invece inserito dal 2° comma dell'art. 6 di quest'ultima direttiva, secondo il quale gli Stati membri *“introducono nei rispettivi ordinamenti giuridici nazionali le misure necessarie per garantire un indennizzo o una riparazione reale ed effettiva che essi stessi stabiliscono per il danno subito da una persona lesa a causa di una discriminazione contraria all'art. 3, in modo tale da risultare dissuasiva e proporzionata al danno subito; tale indennizzo o riparazione non può avere un massimale stabilito a priori, fatti salvi i casi in cui il datore di lavoro può dimostrare che l'unico danno subito dall'aspirante a seguito di una discriminazione ai sensi della presente direttiva è costituito dal rifiuto di prendere in considerazione la sua domanda”*.

La formulazione di tale disposizione, che ritroviamo specularmente nell'art. 18 della direttiva di rifusione 2006/54/Ce del Parlamento e del Consiglio (*Attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego*) nonché nell'art. 8, 2° comma, della Direttiva 2004/113/Ce in materia di parità di trattamento tra uomini e donne nell'accesso a beni e servizi, si appalesa per ben due aspetti sensibilmente diversa dalla sopra richiamata disciplina delle sanzioni prevista nelle altre direttive regolanti i fattori di rischio distinti dal genere. *In primis*, queste ultime riferiscono i tre requisiti di dissuasività, proporzionalità ed effettività alle sanzioni nel loro insieme, ove esse prevedano un risarcimento del danno, e ne viene sottolineata la funzione punitiva. Mentre nelle direttive dedicate alla differenza di genere la dissuasività e proporzionalità sono riferiti non ad una rosa di sanzioni diversificate, ma direttamente ed esclusivamente all'indennizzo o riparazione reale ed effettiva. Ciò solleva, secondo un recente autorevole commento⁴²⁸, non pochi problemi interpretativi, stante l'intrinseca contraddittorietà dei due criteri: infatti un indennizzo “proporzionato” non potrà che essere matematicamente rapportato al danno ed avere carattere restitutivo, perdendo così l'efficacia dissuasiva, mentre la valorizzazione di tale ultimo carattere comporterà una necessaria eccedenza rispetto alla proporzionalità secca. Trattasi di tematica a grana molto fine, della quale non troviamo traccia nella trasposizione del legislatore nazionale, i cui esiti discutibili hanno determinato diversi procedimenti di infrazione nei confronti dell'Italia⁴²⁹.

La seconda differenza riguarda il divieto di introduzione di un limite massimo

428 Cfr. GUARISO, *op. ult. cit.*, 585.

429 Il d.l. n. 59/2008, detto salva-infrazioni (convertito nella legge di conversione n. 101 del 6 giugno 2008, pubblicata in Gazzetta Ufficiale n. 32 del 7 giugno 2008 ha sanato alcune procedure d'infrazione cui il nostro Paese era sottoposto da parte della Comunità Europea, sia in relazione al Codice delle Pari Opportunità che ai decreti n. 215 e 216 del 2003 (vedi *infra*), ma nulla ha introdotto di nuovo sotto il profilo della natura dissuasiva del risarcimento.

fissato a priori, fatta salva l'ipotesi di mero danno da mancata considerazione della richiesta di assunzione⁴³⁰. Anche questo è un aspetto rimasto finora privo di rilievo per l'ordinamento antidiscriminatorio italiano, che non contempla alcuna forma di massimale nei risarcimenti. Eppure si presenta di interesse generale, in quanto la Corte di Giustizia ha elaborato il requisito di proporzionalità proprio partendo dall'esame del limite massimo per gli indennizzi. Ciò indurrebbe a ritenere che, per quanto il divieto di massimale sia introdotto esplicitamente solo nelle direttive dedicate al genere, si tratti in realtà di un principio di carattere generale estensibile ad ogni tipologia di discriminazione⁴³¹.

3. La via giudiziale della lotta alle discriminazione di genere in Italia

L'apparato processuale posto a presidio della disciplina contro le discriminazioni connesse al genere si presenta, tra i vari fattori di rischio, come il più articolato e complesso. L'attuale sistema è frutto di un processo additivo che ha creato una stratificazione legislativa ricca e disordinata. Inoltre l'abbondanza di rimedi contrasta in maniera stridente con la sua modesta ricaduta giurisprudenziale.

Una delle principali critiche al sistema sanzionatorio ed all'azione antidiscriminatoria previsti dalla l. n. 903/1977 era incentrata sulla inidoneità di un'azione civile ordinaria di nullità a dare integrale tutela e che pertanto fosse necessaria una tutela giurisdizionale più incisiva e differenziata⁴³². A fronte di una sorta di "disapplicazione di fatto" dell'art. 15 della legge citata, era necessario un deciso cambiamento di rotta.

In questa prospettiva il legislatore del 1991 introduceva un innovativo alleggerimento dell'onere probatorio ed attribuiva ad un soggetto istituzionale (la Consigliera di parità) la legittimazione attiva alla proposizione di azioni contro le discriminazioni a carattere collettivo. Eppure anche tale importante intervento non aveva ottenuto una significativa implementazione dell'utilizzo di tali norme processuali⁴³³.

Ben più incisivo si è dimostrato il successivo intervento attuato con il d.lgs. n. 196/2000, nella consapevolezza che, tra le ragioni della scarsa operatività dei

430 La prescrizione richiama un orientamento giurisprudenziale introdotto con sentenza CGCE 22.4.1997 Draehmpaehl c. Uranian Immobilienservice causa C-180/95, in Racc. 1997 195.

431 Nonostante che alcuni Paesi, ad esempio l'Irlanda, abbiano previsto un massimale per la discriminazione razziale e non per quella sessuale, secondo un'interpretazione letterale delle direttive.

432 Così GUARRIELLO, *Le azioni in giudizio*, in GAETA, ZOPPOLI (a cura di), *Il diritto diseguale. La legge sulle azioni positive*, Torino, 1992, 208.

433 Cfr. ampiamente sul punto AMATO, *Le azioni in giudizio*, in AA.VV. (a cura del Comitato Nazionale di parità e Pari Opportunità) *La "nuova" legge n. 125*, Roma, 2001, 33.

meccanismi processuali così come originariamente concepiti, vi fosse la debolezza in termini di risorse, visibilità ed autorevolezza della figura della Consigliera di parità. Questo organismo infatti costituiva il fulcro dell'intera disciplina, senza essere però dotata della necessaria strumentazione per rispondere alle aspettative. Infatti le più significative novità introdotte riguardano proprio l'istituzione di un Fondo per finanziare l'attività delle Consigliere, per le azioni in giudizio e le necessarie spese legali.

Anche l'apparato giudiziale-sanzionatorio viene rimodulato, con l'introduzione di correttivi apparsi necessari a seguito dell'esperienza maturata nel corso del precedente decennio. Purtroppo vi è a dire, a vent'anni dall'introduzione nel nostro ordinamento di un sistema articolato di azioni antidiscriminatorie, che solo negli ultimi tempi, soprattutto grazie all'impegno delle Consigliere di Parità, si sta affermando un più vivace utilizzo delle azioni in giudizio ed una, se non copiosa, sicuramente più abbondante e più interessante produzione giurisprudenziale. Ad un osservatore esterno un così scarso numero di pronunce potrebbe far supporre una situazione di sostanziale benessere lavorativo sotto il profilo della parità di trattamento tra uomini e donne, tanto da rendere inutile il ricorso al rimedio giudiziale. Ma così non è: ne sono prova tangibile il basso tasso occupazionale femminile ed i vistosi fenomeni di segregazione orizzontale e verticale che caratterizzano il mercato del lavoro del nostro Paese⁴³⁴. Non vi è dubbio, comunque, che le ragioni implicite alla sottoutilizzazione delle norme antidiscriminatorie in Italia sono assai profonde e si radicano in una modesta sensibilità politico-culturale per le questioni di genere fra gli attori del mercato del lavoro ed anche fra gli stessi operatori del diritto. Le lavoratrici medesime, che sono soggetti passivi di condotte discriminatorie più frequentemente degli uomini, spesso non le riconoscono come tali e comunque trovano molto difficoltoso intraprendere la strada della denuncia, che si presenta irta di ostacoli. È vero che non si può attribuire valore taumaturgico alle norme, in particolare a quelle processuali, stante la loro natura ontologicamente strumentale, ma è altrettanto indubbio che un efficace apparato repressivo-sanzionatorio contribuisce alla riconoscibilità ed alla cogenza della disciplina prescrittiva e rafforza per così dire la consapevolezza diffusa del disvalore sociale attribuito dall'ordinamento ai comportamenti sanzionati. Ciò è rilevabile soprattutto nella materia del diritto antidiscriminatorio, per il quale è

434 Nella direzione di un intervento incentivante verso l'occupazione femminile si è mosso il legislatore con la l. 8 marzo 2000, n. 53, "*Disposizioni per il sostegno della maternità e della paternità, per il diritto alla cura e alla formazione e per il coordinamento dei tempi delle città*". Sul tema, molto dibattuto, della conciliazione tra tempi di vita e di lavoro richiamiamo, fra le molte, alcune pubblicazioni frutto di ricerche sociali: PONZELLINI e TEMPIA, *Quando il lavoro è amico. Aziende e famiglie: un incontro possibile*, Roma, 2003, SIMONAZZI (a cura di), *Questioni di genere, questioni di politica. Trasformazioni economiche e sociali in una prospettiva di genere*, Roma, 2006, PIAZZA, PONZELLINI, PROVENZANO, TEMPIA, *Riprogettare il tempo*, Roma, 1999.

maggiormente accentuata la dimensione valoriale ed etica, che si richiama ai principi fondamentali ed ai diritti inalienabili dell'individuo, primi fra tutti l'egualianza e la parità di trattamento. Pertanto, più l'apparato processuale sarà solido ed efficiente, più sarà fruibile per i soggetti "deboli" che lamentano la lesione dei loro diritti soggettivi. Quanto più sarà esemplare la sanzione, tanto più essa sarà efficace sotto il profilo della deterrenza e della prevenzione.

4. Il processo contro la discriminazione di genere ed il codice delle pari opportunità

Con il d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198 "*Codice delle pari opportunità tra uomo e donna, a norma dell'art. 6 della legge 28 novembre 2005, n. 246*" (d'ora in avanti, Codice delle Pari Opportunità o, per brevità, Codice P.O.), nel lodevole tentativo di dare coerenza sistematica alla materia degli interventi di prevenzione e rimozione delle discriminazioni fondate sul sesso, è stata riorganizzata anche la disciplina delle azioni in giudizio. La normativa previgente, che risaliva alla l. n. 125/1991, aveva già subito un importante intervento di razionalizzazione ed innovazione mediante il d.lgs. n. 196/2000. Quest'ultimo provvedimento era stato ulteriormente modificato dal d.lgs. n. 145/2005, di recepimento della direttiva comunitaria 2002/73/CE, che oltre a ridefinire la nozione di discriminazione ed introdurre la nuova figura giuridica delle molestie e molestie sessuali sul luogo di lavoro, prevedeva la possibilità di richiedere in giudizio il risarcimento del danno anche non patrimoniale. Su questa nuova trama è intervenuto nel 2006 il Codice delle Pari Opportunità. Oggi si può dire *a posteriori* che tale operazione di riordino, pur animata di buone intenzioni, purtroppo ha tradito il mandato conferito con la legge di delega, che prevedeva la riunione e la riorganizzazione di tutte le disposizioni vigenti "*apportando, nei limiti di detto coordinamento, le modifiche necessarie per garantire coerenza logica e sistematica della normativa, anche al fine di adeguare e semplificare il linguaggio normativo*". Per quanto concerne la delicata materia processuale dobbiamo registrare un intervento confuso e ben poco consapevole delle varie questioni, di grana anche fine, che erano emerse in quindici anni di riflessione dottrinale e di (ancorché limitata) applicazione giurisprudenziale.⁴³⁵ Vi è però chi, con il senno di poi, considera non del tutto negativo il mancato assolvimento della delega all'individuazione di strumenti di prevenzione

⁴³⁵ Ricordiamo il rammarico di molti commentatori per il mancato lavoro di ricostruzione, pur previsto nella delega, di tutta la disciplina legislativa contro ogni discriminazione, mediante l'inclusione delle previsioni dei decreti legislativi n. 215 e 216 del 2003, con il deludente risultato di una regolamentazione processuale che è rimasta frammentaria, disomogenea e per nulla semplificativa: così CURCIO, *Le azioni in giudizio e l'onere della prova*, in *Il Nuovo diritto antidiscriminatorio* a cura di BARBERA, *op. cit.*, 530.

e rimozione di ogni forma di discriminazione inerente ai diversi “fattori di rischio” disciplinati nelle recenti direttive comunitarie “di nuova generazione” e l’essersi concentrati esclusivamente sulla questione di genere. Ci si è chiesti infatti se l’omogeneizzazione del trattamento normativo per tutti i fattori di rischio fosse davvero un valido obiettivo da perseguire.

Se infatti è vero che la legislazione antidiscriminatoria prende le mosse nell’ordinamento comunitario dalla matrice dell’uguaglianza di genere, restano comunque importanti differenze tra i diversi campi d’intervento, sia poiché il genere è un fattore trasversale, sia poiché il contrasto alla disuguaglianza fondata sul sesso storicamente ha avuto ed ancora oggi continua ad avere strumenti e finalità del tutto peculiari rispetto agli altri temi⁴³⁶. La prima difficoltà che incontra l’interprete affrontando il Codice è data dalla destrutturazione delle norme originarie, in specifico dell’art. 8 del d.lgs. n. 196/2000, (che sostituiva integralmente l’art. 4 della l. 10 aprile 1991, n. 125) e degli artt. 1 e 15 della l. n. 903/1977.

Tali norme all’epoca avevano una loro coerenza, data soprattutto dalla chiara connessione tra la nozione oggettiva di discriminazione diretta ed indiretta, le diverse tipologie di discriminazione e le corrispondenti azioni individuali e collettive, che caratterizzano la struttura “binaria” del regime di tutela processuale della parità uomo/donna.

Ora le stesse norme sono disarticolate in ben nove disposizioni, sparse in tre capi del libro III del Codice: nei capi I e II troviamo la nozione ed i divieti di discriminazione, mentre nel capo III (tutela giudiziaria) sono contenute le disposizioni processuali, suddivise in cinque articoli, nei quali la precedente disciplina assume una diversa e disordinata numerazione e collocazione, con alcuni grossolani svariamenti e senza alcun reale sforzo sistematico.

Il principale risultato di questa operazione è che al fruitore delle norme non viene offerta una chiara percezione di quel sistema “a doppio binario” cui sopra si accennava, fondato da una parte sulle diverse azioni individuali (azione ordinaria di nullità, azione speciale d’urgenza a cognizione sommaria, azione cautelare), dall’altra sull’azione collettiva, altrimenti detta “pubblica”, esperibile dalla Consigliera Regionale e Nazionale “*anche quando non siano individuabili in modo immediato e diretto le lavoratrici o i lavoratori lesi dalle discriminazioni*”. Infatti se la disciplina dell’azione collettiva viene descritta correttamente nell’art. 37 (opportunamente intitolato: *legittimazione processuale a tutela di più soggetti*), l’art. 38, pur contenendo la disciplina dell’azione individuale urgente con rito sommario,

⁴³⁶ Vedi AMATO, BARBERA, CALAFA', *Codificazioni mancate: riflessioni critiche sul codice delle pari opportunità*, in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, cit., 227. Inoltre si richiamano le osservazioni critiche di CALAFA', *Il Codice delle Pari opportunità dopo il recepimento della Dir. 2006/54/CE: profili sostanziali*, in NLCC n. 3, 2010, 2537 ss. e della stessa autrice *IL diritto antidiscriminatorio nazionale “instabile”*. *Cronologia degli interventi legislativi recenti e procedure di infrazione in corso*, in *Il diritto antidiscriminatori tra teoria e prassi applicativa* a cura di CALAFA' e GOTTARDI, 55 ss.

viene intitolato riduttivamente “*provvedimento avverso le discriminazioni*”. Con ciò si ingenera una pericolosa confusione, da momento che sia l’art. 37 che l’art. 38 si occupano “anche” (ma non solo) dei provvedimenti conclusivi dei giudizi antidiscriminatori, rispettivamente scaturenti da azione individuale o collettiva ed in ciascun articolo si declina il diverso rito esperibile. Inoltre appariva particolarmente grave il richiamo all’operatività dell’azione individuale sommaria urgente secondo l’originaria disciplina introdotta dall’art. 15 della l. n. 903/1977, ovvero nei soli casi dell’accesso al lavoro e del lavoro notturno e non per tutti i casi di discriminazione, come invece era stato finalmente stabilito dalla novella del 2000. Infatti il testo sembrava fare riferimento ai soli commi dal 1° al 4° dell’art. 27 né richiamava tutte le ipotesi specifiche di discriminazione vietate dagli artt. dal 28 al 35. Nel redigere tale norma, il compilatore del Codice ha dimostrato di non avere alcuna cognizione del dibattito sorto con la novella del 2000, con la quale era stato chiaramente e consapevolmente esteso il rito speciale di cui all’art. 15, l. n. 903/1977 a tutti i casi di discriminazione e non solo a quelle aventi ad oggetto la fase genetica del rapporto oppure il lavoro notturno. Anche in questa ipotesi è intervenuto il D.Lgs. 25 gennaio 2010 n. 5 che ha sostituito il comma primo con una formulazione che parrebbe manifestare (il condizionale è d’obbligo) l’intenzione del legislatore di non fare distinzioni fra diverse tipologie di discriminazione sotto il profilo dei rimedi processuali⁴³⁷. Vi è comunque a dire che si doveva fare di più e meglio e che il legislatore ha decisamente sprecato l’occasione di rimettere a punto il Codice, che gli offriva il tardivo recepimento della Direttiva 2006/54/CE mediante il decreto legislativo n. 5/2010.

Infine, è d’uopo richiamare la disposizione che prevede una parziale inversione dell’onere della prova (art. 40) che riproduce fedelmente la formulazione dell’art. 4, 6° comma, della l. n. 125/1991. Rinviano ad un paragrafo successivo una più esaustiva disamina della disciplina dell’*onus probandi*, anticipiamo che il regime previsto per la discriminazione in base al sesso non coincide pienamente con la definizione contenuta nei decreti legislativi attuativi delle direttive comunitarie di

437 Il testo attuale del comma 1 dell’art. 38 è il seguente: “*qualora vengano poste in essere discriminazioni in violazione dei divieti di cui al Capo II del presente titolo o di cui all’articolo 11 del decreto legislativo 8 aprile 2003 n. 66, o comunque discriminazioni nell’accesso al lavoro, nella promozione e nella formazione professionale, nelle condizioni di lavoro compresa la retribuzione, nonché in relazione alle forme pensionistiche complementari collettive di cui al decreto legislativo 5 dicembre 2005 n. 252, su ricorso del lavoratore o, per sua delega, delle organizzazioni sindacali delle associazioni e delle organizzazioni rappresentative del diritto o dell’interesse leso, o della consigliera o del consigliere di parità provinciale o regionale territorialmente competente, il tribunale in funzione di giudice del lavoro del luogo ove è avvenuto il comportamento denunciato, o il tribunale amministrativo regionale competente nei due giorni successivi, convocate le parti ed assunte sommarie informazioni, se ritenga sussistente la violazione di cui al ricorso, oltre a provvedere, se richiesto, al risarcimento del danno anche non patrimoniale, nei limiti della prova fornita, ordina all’autore del comportamento denunciato con decreto motivato ed immediatamente esecutivo, la cessazione del comportamento illegittimo e la rimozione degli effetti*”.

nuova generazione relative agli altri fattori di rischio. Quest'ultima, inizialmente molto più riduttiva, tanto da aver suscitato una procedura d'infrazione nei confronti dell'Italia per erronea trasposizione, è stata sensibilmente, ma non ancora completamente avvicinata alla prima con la l. n. 101/2008, di conversione del cosiddetto decreto legge salva infrazioni (d.l. n. 59/2008).

Concludiamo, per completezza espositiva, ricordando che il d.lgs. n.5/2010 ha introdotto il nuovo art. 41 bis, rubricato "*Vittimizzazione*" che estende la tutela giudiziaria avverso ogni comportamento pregiudizievole posto in essere nei confronti della persona lesa dalla discriminazione o di qualunque altra persona, quale reazione ad una qualsiasi attività diretta ad ottenere il rispetto del principio di parità di trattamento tra uomini e donne. La norma sana una grave lacuna in materia di discriminazione di genere, in quanto tale previsione, pur presente in tutte le direttive di nuova generazione, ivi compresa la direttiva di rifusione 2006/54/CE, risultava recepita solo dai decreti n. 215 e 216 del 2003⁴³⁸ per le discriminazioni "altre".

Per comodità del lettore, prima di iniziare la disamina analitica dei singoli tipi di procedimento, riassumiamo il ventaglio delle azioni previste contro la discriminazione di genere:

- l'azione individuale di nullità, a cognizione ordinaria, prevista dall'art. 15 Statuto dei Lavoratori;
- l'azione individuale a cognizione sommaria decisoria, già prevista dall'art. 15 della l. n. 903/1977 ed ora trasfusa nell'art. 38 del Codice Pari Opportunità;
- l'azione individuale a cognizione piena, prevista dall'art. 36 del Codice, con le agevolazioni probatorie di cui all'art. 40;
- l'azione pubblica o collettiva a cognizione piena, riservata alle Consigliere Regionale o Nazionale di Parità, disciplinata dal 2° comma dell'art. 37 del Codice;
- l'azione pubblica in via d'urgenza, con rito sommario decisorio, modellata sull'art. 28 dello Statuto dei Lavoratori, sempre affidata alle consigliere e prevista dall'art. 37, 4° comma;
- per completezza, aggiungiamo le azioni non autonome ma sostitutive delle consigliere ed i loro interventi nelle azioni individuali, previsti dall'art. 36, 2° comma, e dall'art. 38 del Codice;
- infine le azioni individuali sostitutive per delega del soggetto leso esperibili dalle Organizzazioni sindacali e dalle organizzazioni ed associazioni rappresentative dell'interesse leso, in forza dell'art. 38 del Codice, novellato dalla legge n. 101/2008.

⁴³⁸ Vedi gli artt. 4 dei decreti citati, che hanno recepito le norme in materia di protezione delle vittime previste dalle direttive 2000/43 e 2000/78/CE.

5. Il tentativo di conciliazione per le discriminazioni di genere ed in relazione agli altri “fattori di rischio”

Non vi è dubbio che la soluzione conciliativa delle controversie, specie in materia giuslavoristica, aveva assunto negli ultimi decenni una significativa rilevanza quale efficace strumento deflattivo rispetto al contenzioso sempre meno gestibile dai nostri sovraccarichi tribunali⁴³⁹.

La normativa comunitaria sembra avere ben presente tali finalità e nelle tre direttive di “nuova generazione” sancisce due fondamentali presupposti: la specialità delle procedure di conciliazione in materia antidiscriminatoria ed il divieto della loro obbligatorietà. Per quanto concerne il primo punto, il legislatore comunitario intende evitare che l’organismo di conciliazione si limiti ad un intervento burocratico e notarile e prevede che si attivi al fine di perseguire il rispetto degli obblighi derivanti dalle direttive medesime: in altre parole, niente neutralità od equidistanza rispetto ad un accordo raggiunto fra le parti, senza entrare nel merito del suo contenuto, ma concreto impegno nella procedura di conciliazione per un esito che realizzi effettivamente gli obiettivi di protezione nei confronti delle vittime della discriminazione. In ordine al secondo presupposto, le direttive prevedono una generale garanzia di accesso di tutti i soggetti alle procedure giurisdizionali o amministrative, comprese quelle di conciliazione, ove essi lo ritengano opportuno, senza filtri obbligatori, ammettendo implicitamente la legittimità di procedure conciliative purché esse siano facoltative⁴⁴⁰.

Per quanto riguarda la disciplina nazionale, appare evidente come la strada intrapresa dal nostro legislatore interno sia sostanzialmente quella della facoltatività. Maggiori dubbi pone il rispetto del presupposto della specialità, cui sopra si faceva riferimento.

In tale materia il tentativo di conciliazione per le discriminazioni basate sul sesso viene introdotto inizialmente con la l. n. 125/1991, che all’art. 4, commi 4° e 7°,

439 Vi è a dire che nello specifico settore antidiscriminatorio lo strumento assume un particolare significato, offrendo ampio spazio di manovra ad organismi istituzionali deputati alla promozione di interventi di riequilibrio. Si colloca infatti “*in assoluta continuità con le azioni positive e (...) nello spazio (potenzialmente amplissimo, spesso in realtà angusto) tra la funzione preventiva di queste ultime e la funzione sanzionatoria delle azioni giudiziali*”, così GUARISO, *Le soluzioni conciliative in Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, cit. 565.

440 Singolarmente, la Direttiva 2006/54/Ce, limitatamente alla tematica della parità di trattamento tra uomini e donne, disciplina in maniera diversa la materia, sostituendo l’espressione “*ove lo ritengano opportuno*” (riferito ai procedimenti conciliativi) con “*esperite le eventuali procedure di conciliazione*”, facendo apparentemente ritenere che si sia voluta l’introduzione, per le sole discriminazioni di genere, di un tentativo obbligatorio di conciliazione. Ma ciò francamente appare una soluzione irrazionale e contrastante con le finalità di armonizzazione della disciplina tra i vari tipi di discriminazione, quindi è più ragionevole ritenere che la Direttiva 2006/54/Ce si sia limitata al riordino delle disposizioni precedenti, ancorché con un linguaggio non cristallino.

prevedeva in materia di azione individuale la possibilità che il tentativo di conciliazione *ex art.* 410 c.p.c. venisse proposto anche tramite la Consigliera di Parità (provinciale o regionale), a ciò delegata e che la Consigliera Regionale, raggiunto con l'autore delle discriminazioni collettive un accordo sul piano di rimozione, potesse chiedere l'attivazione della Commissione di Conciliazione. Tale disciplina appare confermata dall'art. 36, 1° comma, del Codice P.O. per la conciliazione proposta mediante l'organismo di parità e dall'art. 37, 1° comma, per le procedure antidiscriminatorie "a tutela di più soggetti" esperibili dalla Consigliera Regionale o Nazionale.

Mentre il T.U. sull'immigrazione all'art. 44 non fa menzione di alcuna procedura preventiva, e men che meno obbligatoria, superando così ogni questione in punto di procedibilità della domanda.

Il filtro preventivo imposto dall'art. 410 c.p.c. in materia di rito del lavoro, è in ogni caso venuto meno con l'entrata in vigore della legge n. 183/2010, che ha definitivamente rimosso l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione per tutte le controversie di lavoro, depotenziando decisamente lo strumento.

L'unica ipotesi di conciliazione facoltativa "specializzata" in definitiva viene prevista, per le sole discriminazioni collettive in base al genere, dal citato art. 37, 1° comma, del Codice, in forza del quale, prima di promuovere l'azione in giudizio, la Consigliera Regionale o Nazionale possono chiedere all'autore della condotta lesiva di predisporre un piano di rimozione delle discriminazioni accertate entro centoventi giorni, sentite, nel caso di discriminazione posta in essere da un datore di lavoro, le RSA ovvero in mancanza le associazioni locali aderenti alle associazioni sindacali maggiormente rappresentative sul piano nazionale. Ove il piano sia considerato idoneo alla rimozione delle discriminazioni, la consigliera o consigliere di parità promuove il tentativo di conciliazione ed il relativo verbale, in copia autenticata, acquista forza di titolo esecutivo con decreto del tribunale in funzione di giudice del lavoro, analogamente alle conciliazioni sottoscritte in sede sindacale o dinanzi alle commissioni di conciliazione istituite presso le Direzioni provinciali del Lavoro *ex artt.* 410 e 411 c.p.c. Le conciliazioni promosse dalle consigliere sono inoltre per così dire "incentivate": infatti l'art. 41 del Codice dispone che la sanzione amministrativa prevista per il responsabile della discriminazione (l'esclusione per un periodo di tempo fino a due anni da qualsiasi concessione di agevolazioni finanziarie o creditizie ovvero da qualsiasi appalto) non trovi applicazione nel caso in cui sia raggiunta una conciliazione ai sensi degli artt. 36, 1° comma, e 37, 1° comma.

Viene correttamente sottolineato come tale disposizione innovativa, introdotta dal d.lgs. n. 196/2000, sia l'unica previsione volta ad incoraggiare energicamente la soluzione conciliativa, vista la gravità delle sanzioni che l'accordo consente di

evitare⁴⁴¹.

La norma si presenta però di non agevole attuazione (tanto è vero che non se ne rinviene ad oggi alcuna applicazione concreta). Sia perché così come è formulata sembra fare riferimento alle sole conciliazioni dinanzi alla Commissione od al Collegio di Conciliazione o alle Consigliere Regionali o Nazionali e non alle conciliazioni in giudizio, sia per una certa farraginosità del meccanismo previsto, che non indica quali siano i soggetti tenuti ad informare le Direzioni provinciali del Lavoro affinché esse comunichino ai Ministeri competenti per la concessione dei benefici da revocare la violazione delle norme paritarie al fine dell'applicazione della sanzione, consistente nel provvedimento di esclusione (per ulteriori approfondimenti sul punto si rinvia al paragrafo dedicato agli aspetti sanzionatori). Pertanto la previsione, per come è formulata, più che un incentivo alla conciliazione appare piuttosto un modo di evitare che la prospettiva sanzionatoria disincentivi la definizione in via bonaria delle controversie. In special modo quelle promosse dalle Consigliere di Parità nei confronti di datori di lavoro riottosi, chiamati a rendere conto di lamentate discriminazioni, i quali sarebbero tentati di sottrarsi al confronto pur di evitare ogni forma di ammissione. In ogni caso tale disposizione è riservata alle sole discriminazioni di genere, mentre non è prevista nessuna esenzione dalle medesime sanzioni previste per le discriminazioni fondate su altri fattori (l'art. 43, 11° comma, T.U. Immigrazione, richiamato dagli artt. 4 dei decreti legislativi 215 e 216 del 2003).

6. Le azioni in giudizio contro le discriminazioni di genere

6.1. L'azione individuale ed il Codice: una razionalizzazione mancata.

Il d.lgs. n. 196/2000 ereditava dalla "legge madre" n. 125/1991 la configurazione di una tutela contro le discriminazioni individuali in ragione del genere articolata secondo un duplice percorso processuale: da una parte, l'azione ordinaria di nullità prevista dall'art. 15 St. Lav., così come integrato dall'art. 13 della l. n. 903/1977; dall'altra, l'azione speciale urgente disciplinata dall'art. 15 di quest'ultima disposizione, modellata sulla falsariga del rito sommario previsto dall'art. 28 St. Lav. Un rimedio esperibile, oltre che dal soggetto che si assume discriminato, altresì dalle organizzazioni sindacali e dalle Consigliere di parità mediante il conferimento della delega.

Secondo il sistema originariamente delineato dalla l. n. 903/1977, infatti, la lavoratrice o il lavoratore che lamentavano di aver subito una discriminazione per

⁴⁴¹ Così GUARISO, *ult. op. cit.*, 574. Sul tema delle procedure di conciliazione vedi diffusamente il contributo di IANNIELLO, *Procedure di conciliazione delle controversie individuali e collettive*, in *NLCC*, 2003, 744-757.

motivi connessi al genere di appartenenza, potevano agire con il procedimento speciale, a cognizione sommaria, previsto dall'art. 15 se la disparità di trattamento era compiuta nella fase di accesso al lavoro o di orientamento, formazione, perfezionamento e aggiornamento professionale (art. 1 legge citata) ovvero in violazione del divieto di adibire le lavoratrici al lavoro notturno (art. 5).

Al contrario, ove l'atto discriminatorio fosse stato posto in essere al di fuori di tali ipotesi, ad esempio nello svolgimento del rapporto o in occasione della cessazione di esso, l'unico rimedio esperibile sarebbe stata l'azione ordinaria di nullità connessa all'art. 15 St. Lav., ritenuta di modesta efficacia nella peculiare materia del contrasto alle discriminazioni, perché ad effetto meramente caducatorio e non ripristinatorio⁴⁴².

Successivamente, la l. n. 125/1991 confermava il regime di doppia tutela, mantenendo intatti i diversi campi di applicazione delle due azioni e limitandosi ad estenderne l'esperibilità anche alle altre fattispecie di discriminazione. Grazie alla novella del 2000, il sistema processuale dell'azione individuale si poteva dire completato: all'azione ordinaria a cognizione piena prevista dall'art. 8, commi 4° e 5°, del d.lgs. n. 196 ed all'azione di nullità prevista dall'art. 15 St. Lav. si affiancava il procedimento speciale di cui all'art. 15, l. n. 903/1977, non più limitato alle discriminazioni nell'accesso al lavoro o relative al lavoro notturno, ma esteso ad ogni tipologia di discriminazione individuale. Inoltre, come meglio si dirà in seguito, il regime di "doppio binario" è stato parzialmente modificato, con l'introduzione di una doverosa "simmetria" tra le due azioni, l'una collettiva (detta anche "pubblica") e l'altra individuale, mediante la previsione, per le discriminazioni di natura collettiva, accanto all'azione ordinaria a cognizione piena, di un rito speciale d'urgenza, al cui esperimento è legittimata la Consigliera Regionale di Parità (nonché la Consigliera Nazionale per i casi di tale ampio rilievo territoriale).

La disciplina del Codice del 2006 non ha mutato nella sostanza il sistema parallelo ed ha tenuto fermo il duplice canale di accesso agli strumenti giudiziali di repressione, articolato in azione individuale e collettiva.

La conferma di tale originaria opzione comporta il vantaggio di evitare una quadruplicazione del giudizio (due fasi cautelari e due di merito) come accade per il processo antidiscriminatorio per fattori diversi dal genere e di pervenire celermente ad una decisione idonea a divenire definitiva, se non assoggettata ad opposizione. Inoltre permette di evitare di dover instaurare un giudizio al solo fine di accertare il danno non patrimoniale, sul quale può statuire il giudice anche in sede sommaria.

Un ulteriore passo verso il superamento delle asimmetrie tra giudizi individuale e

⁴⁴² Sul punto vi è convergenza di vedute nella dottrina: vedi RAPISARDA, *La tutela dei soggetti discriminati. Azione individuale, azione pubblica, tentativo di conciliazione*, in BALLESTRERO, TREU (a cura di), *Commento alla legge 10 aprile 1991 n. 125*, in *Leggi civ. comm.*, 1994, 53; per la giurisprudenza, vedi Cass., 28.3.1980, n. 2054, in *FI*, 1980, I, 830.

collettivo, ordinario e speciale viene compiuto dal D.Lgs. n. 5/2010, che inserisce anche nell'art. 38 del Codice il richiamo al Tribunale Amministrativo Regionale quale foro adito, in precedenza contenuto solo nell'art. 36 (ricorso ordinario ed intervento della Consiglieria) e nell'art. 37 (azione pubblica ordinaria e d'urgenza della Consiglieria Regionale).

Nella norma citata, infatti l'unico riferimento alla giurisdizione amministrativa era rivenibile nel comma 5, che rinviava alla disciplina in materia di sospensione dell'atto di cui all'art. 21 ult. comma l. 6.12.1971 n. 1034 nel caso in cui le violazioni riguardassero dipendenti pubblici. Anteriormente alla novella, pertanto, il singolo (a differenza della Consiglieria Regionale di Parità) non aveva a disposizione alcuna azione speciale d'urgenza per contrastare le discriminazioni (ad esempio in materia concorsuale) dinanzi al TAR, ma solo l'azione ordinaria, fatta salva la facoltà di richiedere la sospensiva⁴⁴³.

Purtroppo, come già sopra si è anticipato, l'art. 38 del d.lgs. n. 198/2006 (intitolato *provvedimento avverso le discriminazioni*), che pur dichiarava di riprendere il disposto dell'art. 15 della l. n. 903/1977 e dell'art. 4, 13° comma, della l. n. 125/1991, presentava una serie di incongruenze, che inducevano a dubitare che l'azione d'urgenza fosse ancora esperibile avverso le discriminazioni perpetrate nel corso del rapporto di lavoro (ad esempio mediante un licenziamento) e non solo nella fase genetica del rapporto o per le violazioni al divieto di lavoro notturno⁴⁴⁴. L'*impasse* sembrava ai più avvertiti commentatori superabile solo in via interpretativa, attraverso la valorizzazione del richiamo in rubrica alle disposizioni originarie e soprattutto grazie all'ultimo comma (che riportava la stessa formulazione onnicomprensiva della disposizione trasposta), in base al quale le disposizioni della tutela giudiziaria sommaria "*si applicano in tutti i casi di azione individuale in giudizio promossa dalla persona che vi abbia interesse o su sua delega da un'organizzazione sindacale o dalla consiglieria o consigliere provinciale o regionale di parità*"⁴⁴⁵. Detta clausola di chiusura non appariva infatti consentire altra interpretazione che il legittimo utilizzo dell'azione sommaria in ogni ipotesi di

443 Confronta in materia di giurisdizione le osservazioni di GUARISO ed il confronto con i riti esperibili in caso di discriminazioni diverse dal genere, in *Il codice delle Pari Opportunità dopo il recepimento della dir. 2006/54/CE: profili processuali*, in LNCC, n. 3 2010, 582.

444 La norma citata richiamava erroneamente l'art. 5 della l. n. 903/1977, ormai abrogato con l'art. 17 della l. n. 25/1999. Ora il richiamo all'art. 5 sopra citato è stato correttamente sostituito dal D.Lgs. n. 5/2010 con quello all'art. 11 del d.lgs. n.66/2003 (Attuazione delle Direttive 93/104/CE e 2000/34/CE concernenti taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro) che disciplina il divieto di lavoro notturno delle donne in gravidanza nonché la facoltà di rifiutare il lavoro notturno per i genitori di minori di anni 3 o per il genitore unico affidatario di minore fino a 12 anni.

445 Così AMATO, BARBERA e CALAFA', Codificazioni mancate: riflessioni critiche sul Codice delle Pari opportunità, cit. 242. Conformemente Trib. Venezia 2 aprile 2008 in Riv. Giur. Lav. 2008, II, 820.

discriminazione di genere. Tale spunto non ha però avuto particolare fortuna in giurisprudenza e l'azione speciale è stata frequentemente ritenuta inammissibile anche in ipotesi di discriminazioni del tutto contigue alle materie esplicitamente ricordate dalla norma ⁴⁴⁶.

Si realizzava pertanto il paradosso di non consentire l'esperimento dell'azione speciale proprio nei casi più gravi e frequenti, come ad esempio il licenziamento discriminatorio, cui si continuava a riservare il solo rimedio urgente del ricorso ex art. 700 c.p.c., onerando il/ la ricorrente della insidiosa prova del *periculum in mora*.

Ora la norma è stata riformulata in occasione del recepimento, ma il risultato non si può dire soddisfacente, anzi si sarebbe potuto e dovuto fare di meglio per fugare ogni dubbio. Infatti il nuovo testo dell'art. 38 non richiama più il solo art. 27, bensì l'intero capo II (che ricomprende gli articoli dal 27 al 35) e, non contento, ribadisce l'estensione a questa casistica elencandola esplicitamente: vengono così richiamate le ipotesi delle discriminazioni nell'accesso al lavoro (art. 27), nella promozione e formazione professionale, nelle condizioni, compresa la retribuzione (art. 28), nelle forme di previdenza complementare (art. 30 bis). La formulazione pur essendo ridondante, resta comunque ancora incompleta, dal momento che il Capo II richiama esplicitamente il divieto di licenziamento per causa di matrimonio (art. 35) ma non il generale divieto di recesso discriminatorio in ragione del sesso (art. 15 St. Lav.) né il licenziamento in maternità (art. 54 d.lgs. n. 151/01). Si segnala infine l'intervento di riordino operato dal d. lgs. n. 5/2011 che ha sostituito il richiamo all'art. 5 della legge n. 903/77 ormai abrogata, con l'art. 11 del d.lgs. n. 66/2003 (Attuazione delle direttive 93/104/CE e 200/34/CE) il quale prevede il divieto di lavoro notturno per le donne in gravidanza nonché la facoltà di rifiutare il lavoro notturno per i genitori di minori di anni 3 e per il genitore solo affidatario di minore di anni 12. Rinviamo al paragrafo 6.3 la disamina delle soluzioni interpretative per porre rimedio ad una irragionevole disparità di trattamento processuale fra fattispecie sostanzialmente omogenee, che si annida ancora nelle pieghe di questa norma dalla genesi così tormentata.

6.2. L'azione ordinaria di nullità

L'art. 15 St. Lav. prevedeva la nullità di qualsiasi atto o patto diretto a fini di

⁴⁴⁶ Si richiamano i precedenti giurisprudenziali inediti citati da GUARISO, (nel contributo *Il Codice delle pari opportunità dopo il recepimento della dir. 2006/54/CE: profili processuali*, , pubblicato in *Le nuove leggi civili commentate* n.3 2010,586) in materia di trattamento fiscale differenziato fra uomini e donne degli incentivi all'esodo (Trib. Milano 30 maggio 2007 Brunini c. Agenzia delle Entrate, 4 dicembre 2007 Trombini c. Agenzia delle Entrate, 21 dicembre 2007, Pagani c. Agenzia delle Entrate), in tema di demansionamento al rientro della maternità (Trib. Milano, 17 marzo 2008 , Monorchio c. Poste Italiane).

discriminazione sindacale, politica, religiosa, razziale e di lingua: l'art. 13 della l. n. 903/1977 ha integrato tale disposizione, prevedendo una tutela caducatoria anche per gli atti discriminatori in ragioni del sesso. Vengono ricompresi in tale disciplina sia gli atti tipici, quali assunzioni, licenziamenti, trasferimenti, provvedimenti disciplinari, assegnazioni di qualifiche o mansioni, sia qualunque atto o patto, di contenuto non determinato, diretto a discriminare nel trattamento lavoratori e lavoratrici per ragioni connesse al loro genere di appartenenza. È evidente come la sanzione civilistica della nullità possa colpire solo i patti e gli atti unilaterali, risultando insuscettibili di controllo attraverso questo strumento i comportamenti materiali ed ogni altra manifestazione volitiva non tecnicamente definibile come atto, per la cui repressione restano esperibili altri rimedi (l'art. 36, 2° comma, del Codice, che prevede l'azione ordinaria antidiscriminatoria e l'art. 38, che traspone il precedente art. 15 della l. n. 903/1977). L'intrinseca debolezza del rimedio civilistico "classico" ad intervenire in maniera efficace in caso di violazione del principio della parità di trattamento ben si evidenzia, ad esempio, nel caso di comportamenti omissivi, nei confronti dei quali la sanzione appare non utilmente applicabile⁴⁴⁷. Nell'ambito delle discriminazioni per sesso, è definibile "omissivo" l'atto che, mentre produce effetti in capo ad un soggetto, lede il diritto alla parità di trattamento di un altro soggetto. Ad esempio, prendiamo un caso tipico di atto discrezionale del datore di lavoro, quale la promozione, alla quale aspirino a parità di condizioni professionali sia un lavoratore che una lavoratrice. Se il datore promuove solo uno dei due in ragione del suo sesso, l'altro/a è certamente discriminato. In questo caso la discriminazione consisterà nell'omissione: il soggetto discriminato sarà pregiudicato, ma non perché la promozione sia stata attribuita ad un altro, ma poiché gli è stata negata per un motivo illecito. Ci si chiede in questo caso se esista un atto discriminatorio suscettibile di essere dichiarato nullo: l'unica espressione a carattere negoziale giuridicamente rilevante nel comportamento del soggetto agente è l'atto con cui ha promosso uno dei due aspiranti, viziato da motivo discriminatorio. In tale caso, vi sarà la declaratoria di nullità di diritto civile dell'atto concessivo del beneficio, con conseguente rimozione dell'atto, ma ciò non potrà comportare l'estensione del beneficio al soggetto cui è stato illegittimamente negato. Pertanto il giudice adito dalla lavoratrice o lavoratore emetterà una sentenza di mero accertamento del carattere discriminatorio dell'atto, patto o comportamento. Ma tale sentenza dichiarativa non tutelerà in maniera adeguata il lavoratore discriminato, in quanto non gli potrà garantire l'acquisizione del beneficio non accordato per ragioni discriminatorie. Non ne deriverà pertanto un vantaggio per chi è stato discriminato, ma solo uno svantaggio per quello privilegiato. Anche se si rinvencono sia in dottrina che in giurisprudenza generosi ma isolati tentativi di attribuire anche all'azione di nul-

447 Così BALLESTRERO, *Dalla tutela alla parità*, Bologna, 1979, 268.

lità in materia antidiscriminatoria effetti di tipo restitutorio⁴⁴⁸, non vi è dubbio che il pieno ripristino della situazione di parità di trattamento anteriore all'atto illegittimo, con l'eliminazione di tutti gli effetti pregiudizievoli, richiede una tecnica processuale più complessa ed evoluta da quella offerta dall'istituto della nullità. In altre parole, la declaratoria di nullità lascia un vuoto, che va colmato ed integrato mediante un *quid pluris* che consenta di travalicare la pronuncia di mero accertamento, conferendole effetti costitutivi. Proprio questa sostanziale impotenza dell'azione ordinaria civilistica a rimediare e ripristinare con pienezza la situazione lesa dall'atto discriminatorio ha indotto il legislatore ad intraprendere un diverso e più originale percorso. Vediamo di seguito quale.

6.3. Lo speciale procedimento per la tutela individuale: l'art. 38 del d.lgs. n. 198/2006.

Per una migliore intelligenza delle incertezze interpretative che accompagnano la disciplina prevista attualmente dal Codice delle Pari Opportunità, richiamiamo brevemente la storia di questo peculiare istituto, modellato nelle intenzioni del legislatore sulla struttura processuale dell'art 28 St. Lav., per contrastare efficacemente i comportamenti antisindacali. Come già si accennava *supra*, grazie al d.lgs. n. 196/2000 questa procedura, originariamente nata per rimuovere le discriminazioni nell'accesso al lavoro (art. 1, l. n. 903/1977) e le violazioni del divieto di lavoro notturno, secondo la prevalente opinione della dottrina, con la novella del 2000 diveniva esperibile per ogni possibile discriminazione collegata al rapporto di lavoro, non solo determinatasi nella fase genetica ma altresì nell'ambito del suo svolgimento o nella fase espulsiva, ad esempio mediante mancate progressioni di carriera, attribuzioni di trattamenti economici deteriori, provvedimenti disciplinari, trasferimenti, licenziamenti e così via. Secondo l'art. 8, 13° comma, del citato d.lgs. n. 196/2000 (che modificava l'art. 4, 13° comma, della l. n. 125/1991), infatti, tale procedimento speciale poteva essere attivato "*in tutti i casi*" di azione individuale in giudizio promossa dalla persona che vi abbia interesse o, su sua delega, da un'organizzazione sindacale o dalla Consigliera provinciale o regionale di parità.

⁴⁴⁸ Così Cass., 28.3.1980, n. 2054, in *FI*, 1980, I, 2508, che ha dichiarato la nullità parziale del rapporto di lavoro per illiceità del motivo nella parte in cui escludeva per motivi discriminatori la lavoratrice dal beneficio e lo integrava *ex art.* 1419, 2° comma, c.c. con la parificazione dei trattamenti al livello di quello migliorativo e con la conseguente attribuzione di quest'ultimo alla lavoratrice discriminata. Vedi inoltre SASSANI, *Aspetti processuali della legge n. 125/1991 (azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro)*, in *RDP*, 1992, 869 e ss., il quale, richiamando il caso della mancata promozione della lavoratrice a vantaggio del lavoratore, ritiene che la medesima possa chiedere al giudice "*una sentenza costitutiva che le attribuisca i diritti connessi alla posizione rispetto alla quale è stata oggetto di discriminazione*".

Tale disposizione pareva porre rimedio, dopo molti anni, alla singolare incongruenza normativa di impedire una tutela più incisiva e diretta proprio per quelle tipologie di discriminazione per le quali la declaratoria di nullità, effetto tipico della sentenza nel giudizio ordinario, non avrebbe potuto sortire alcun concreto effetto ripristinatorio o reintegratorio⁴⁴⁹.

Come più sopra ricordato, una imperfetta trasposizione della norma nel Codice delle Pari Opportunità sembrava aver inficiato questo risultato. Ora il legislatore è tornato sui suoi passi, in occasione del recepimento della Direttiva 2006/54/CE, esplicitando in forma sovrabbondante ma purtroppo non ancora esaustiva la sua intenzione di estendere l'area di operatività del rito speciale al di là delle ipotesi originariamente previste dalla legge n. 903 del 1977. Quindi è ormai pacifica l'adozione del procedimento sommario urgente in caso ad esempio di discriminazione retributiva o di licenziamento per causa di matrimonio, mentre lo è meno in caso di recesso discriminatorio in ragione del sesso o licenziamento della lavoratrice madre nel periodo protetto. In specifico per il recesso discriminatorio, al fine di evitare una palese disparità di trattamento processuale fra ipotesi sostanzialmente eguali, soccorre il richiamo alla Direttiva comunitaria che la novella del 2010 si propone di recepire. In particolare all'art. 14 della Direttiva 2006/54/CE, che vieta qualsiasi discriminazione diretta o indiretta fondata sul sesso nei settori pubblico o privato, per quanto attiene "*all'occupazione e alle condizioni di lavoro, comprese le condizioni di licenziamento e la retribuzione come previsto dall'art. 141 del trattato*" (lett. c). L'art. 38 ne riprende sommariamente la formulazione ("condizioni di lavoro compresa la retribuzione") e se nell'ordinamento comunitario l'espressione "condizioni di lavoro" ricomprende le "condizioni di licenziamento", come ricorda acutamente Guariso, la logica imporrebbe di ritenere che anche le norme di recepimento debbano avere analoga portata⁴⁵⁰. Conseguentemente, ogni diversa interpretazione che escludesse dalla tutela sommaria urgente la lavoratrice licenziata perché donna o madre ed invece includesse nei beneficiari la lavoratrice licenziata perché moglie, oltre a creare una irragionevole disparità di trattamento, appare irrispettosa della Direttiva, che impone di applicare una disciplina omogenea a tutte le materie contemplate nell'art. 14.

Ciò premesso, venendo agli aspetti più strettamente procedurali, possiamo dire che siamo di fronte ad un rito non già cautelare bensì sommario d'urgenza, nel quale quest'ultima caratteristica riconosciuta per legge *in re ipsa*, senza che sia prevista la necessità da parte del giudice di alcun apprezzamento del *periculum in mora* come nel ricorso atipico ex art. 700 c.p.c. Il provvedimento che conclude il giudizio non è a carattere interinale, poiché si tratta di decreto motivato desti-

449 Così TREU, *Legge 9 dicembre 1977 n. 903. Parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro*. Commentario a cura di Treu, *sub* art. 1, in *Leggi civ. comm.* 1978, 788 e ss.

450 cos' GUARISO, *op. ult. cit.* 587.

nato a divenire definitivo in mancanza di opposizione nel termine di 15 giorni. Pertanto, mentre l'opposizione determina l'instaurazione di un ordinario procedimento di merito, la fase sommaria assume un'importanza peculiare, consentendo già essa di apprestare una tutela immediata anche sotto il profilo risarcitorio: infatti il Tribunale in funzione di giudice del lavoro del luogo ove è avvenuto il comportamento denunciato, nei due giorni successivi, convocate le parti ed assunte sommarie informazioni, ove ritenga sussistente la violazione, provvede, se richiesto, al risarcimento del danno anche non patrimoniale ed ordina all'autore del comportamento denunciato, con decreto motivato ed immediatamente esecutivo, la cessazione del comportamento illegittimo e la rimozione degli effetti. È il decreto 30 maggio 2005, n. 145, nel recepire la Direttiva comunitaria 2002/73/CE, ad aver introdotto la facoltà per il/la ricorrente di instare per la liquidazione del danno anche non patrimoniale, sebbene nei limiti di un procedimento sommario che implica pur sempre una *probatio semiplena*. Sarà nel giudizio di merito, ove venga instaurato, che parte attrice potrà perfezionare gli elementi probatori circa la lesione subita, secondo le regole ferree di cui all'art. 2697 c.c. la cui ripartizione dei carichi non subisce in tale fase alcun alleggerimento⁴⁵¹. Quanto alla prova della discriminazione denunciata, va ricordato che la l. n. 903/1977 poneva a carico della/del ricorrente l'onere di provare l'illegittimità del comportamento denunciato, mentre la l. n. 125/1991 ed il d.lgs. n. 196/2000 hanno introdotto una parziale inversione di tale onere probatorio, ponendo a carico del convenuto l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione medesima. Venendo al profilo della legittimazione processuale all'esperimento dell'azione d'urgenza, la norma affianca al lavoratore/trice due soggetti portatori di interessi di rilevanza collettiva, attribuendo un ruolo attivo sia all'organizzazione sindacale sia (con la novella del 2000) alla Consigliera Provinciale o Regionale di Parità territorialmente competente. La scelta legislativa da una parte deriva dalla valutazione esperienziale che in *subiecta materia* una legittimazione rigorosamente individuale incide negativamente sulla concreta utilizzazione degli istituti, tenendo conto della "*inconsapevolezza dei propri diritti e della storica diffidenza verso la giustizia, comuni a buona parte delle destinatarie (e dei destinatari) della legge n. 903/1977*"⁴⁵². Inoltre la disparità delle parti in causa si concretizza in una disuguaglianza sostanziale in danno delle donne, tanto da ritenere opportuna la introduzione di "supporti" processuali alle pretese singolarmente avanzate, per permettere alle lavoratrici di emergere più agevolmente dalla situazione di debolezza in cui si trovano. Dall'altra, la legittimazione ad agire concessa a gruppi esponenziali risponde alla particolare natura dell'interesse tutelato: siamo in pre-

451 in questo senso CURCIO, *Le azioni in giudizio e l'onere della prova*, in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: il quadro comunitario e nazionale*, a cura di M. Barbera, cit., 532.

452 Così BALLESTRERO, *Dalla tutela alla parità*, cit., 273.

senza di una posizione soggettiva attiva che sotto il profilo sostanziale si colloca in un'area intermedia tra gli stessi diritti soggettivi e gli interessi collettivi, dando luogo ad una sorta di "diritto soggettivo a rilevanza collettiva". Se infatti la titolarità della difesa del diritto all'eguaglianza, alla pari dignità sociale, al lavoro, alla formazione ed istruzione non può che spettare alla lavoratrice/tore, non vi è dubbio che la lesione di tali diritti ha una rilevanza collettiva e pubblicistica. Vi è a dire che se da una parte il legislatore si è posto il problema di dare una tutela giurisdizionale agli interessi diffusi di natura sociale e politica ed agli interessi lesi dal plurioffensivo comportamento discriminatorio, dall'altra però, di fronte alla bipolarità della situazione sostanziale, lo ha risolto dando pur sempre prevalenza al profilo individuale. Infatti la modalità di gestione del conflitto, scatenata dalla violazione del trattamento paritario, che il legislatore ha ritenuto di scegliere è ancora la controversia individuale, ancorchè mediata dall'intervento di soggetti rappresentativi di interessi collettivi ed istituzionali (il sindacato e la Consigliera nonché le associazioni ed organizzazioni rappresentative dell'interesse leso), attraverso il meccanismo della delega. A differenza di quanto previsto dall'art. 28 St. Lav. per la repressione del comportamento antisindacale, infatti, né l'organizzazione sindacale e le associazioni né le Consiglieri hanno legittimazione autonoma ad agire, ma necessitano sempre di una delega del soggetto leso in prima persona⁴⁵³. Il sindacato comunque, pur esprimendo un giudizio positivo in relazione al ruolo conferitogli dal legislatore, non ha in realtà mai manifestato particolare entusiasmo nel farsi carico di iniziative processuali contro le discriminazioni di genere nel lavoro, neppure attraverso il conferimento di delega da parte del lavoratore/ trice leso/a dalla discriminazione, come dimostra la pressoché totale assenza di pronunce che decidono procedimenti di cui l'organizzazione sindacale si sia fatta promotrice⁴⁵⁴. Appare decisamente più congrua, per la sua potenzialità incentivante dell'utilizzo di tale azione, l'attribuzione alla Consigliera Provinciale

453 Per alcuni autori la scelta di non attribuire autonoma legittimazione al sindacato era giustamente motivata dalla considerazione che a tutela delle discriminazioni di sesso avrebbe creato conflitti d'interesse fra lavoratori di sesso diverso, ponendo le organizzazioni sindacali in estrema difficoltà nel momento di scegliere quale interesse sacrificare: così DE ANGELIS, *La legge di parità uomo donna nella prassi giurisprudenziale*, in *D. Lav.*, 1980, I, 344. mentre per RAPISARDA, *Commento all'art. 15 della legge 9 dicembre 1977 n. 903*, cit., 1978, 832, invece, una legittimazione autonoma attribuita al sindacato "avrebbe garantito la ricomposizione del conflitto che necessariamente è destinato a prodursi tra lavoratori e lavoratrici in sede di applicazione della legge sulla parità, e particolarmente in materia di assunzioni". Ricordiamo l'isolata pronuncia di TAR Lazio, sezione I, 20.9.1979, in *FI*, 1979, 3, 669 che accoglieva il ricorso di CISL, CGIL e UIL proposto avverso la Banca d'Italia pur in assenza di delega dei lavoratori interessati all'impugnazione di un bando ritenuto discriminatorio.

454 Ricordiamo tra le poche pronunce edite Pret. Firenze, 2.10.1987, in *Toscana Lav. e Giur.* 1988, 43 con nota di CAPPONI, *Atti discriminatori in tema di parità uomo-donna e legittimazione all'impugnazione*, che negava la legittimazione attiva del Coordinamento femminile CGIL, in assenza di delega da parte delle lavoratrici discriminate.

o Regionale di Parità della legittimazione ad agire, anche se sempre delegata dal soggetto leso: l'aver conferito tale potestà ad un organismo istituzionale, portatore di una competenza specifica in materia e dotato di risorse e di autorevolezza, nonché titolare di informazioni e di dati tecnici utili a fini istruttori, costituisce una delle scelte più significative introdotte dal d.lgs. n. 196/2000 per rendere più "appetibile" uno strumento fortemente sottoutilizzato per oltre vent'anni⁴⁵⁵. Il procedimento, divenuto azione generale per contrastare le discriminazioni individuali, consente in questo modo al/lavoratore/trice, se questa è la sua volontà, di non comparire direttamente in un giudizio particolarmente gravoso e penoso. L'art. 15 della l. n. 903/1977 taceva inoltre sulla eventuale legittimazione attiva delle organizzazioni femminili, dimostrando di non aver colto le difficoltà frapposte ad un'effettiva ed adeguata partecipazione delle donne all'interno delle organizzazioni politiche e sindacali, a leadership tradizionalmente maschile⁴⁵⁶. Nel sostenere la tesi della loro partecipazione al processo, da più parti⁴⁵⁷ si faceva riferimento alla costituzione di parte civile, ritenuta ammissibile per le associazioni di difesa dei diritti delle donne nei processi penali per violenza sessuale⁴⁵⁸. Tale ipotesi ora è esplicitamente prevista dall'art. 6, 3° comma, della Direttiva 2002/73/CE (rifusa nella Direttiva 2006/54/CE), il quale sancisce che gli Stati membri debbano riconoscere *"alle associazioni, organizzazioni o altre persone giuridiche che, conformemente ai criteri stabiliti dalle rispettive legislazioni nazionali, abbiano un legittimo interesse a garantire che le disposizioni della presente direttiva siano rispettate, il diritto di avviare, in via giurisdizionale ed amministrativa, per conto o a sostegno della persona che si ritiene lesa e con il suo consenso, un procedura finalizzata all'esecuzione degli obblighi derivanti dalla presente direttiva"*. Al mancato recepimento di tale disposto ed al procedimento di infrazione che ne è derivato, ha posto rimedio il d.l. n. 59/2008, convertito dalla l. n. 101/2008 (c.d. salva-infrazioni), che all'art. 8 *quater* ha modificato il 1° comma dell'art.

455 Per CURCIO, *Il piano di azioni positive*, cit., 776, la previsione di una rappresentanza processuale anche dell'organo amministrativo nel giudizio individuale ha una *ratio* ben precisa: *"agevolare la persona vittima della discriminazione nelle sue scelte difensive, caratterizzandole per conoscenze dirette di dati e di attori tecnici che non sono egualmente in possesso delle OO.SS."*

456 Tale scelta riduttiva era condivisa da un'autorevole, compianta Autrice: ASSANTI (*La disciplina giuridica del lavoro femminile*, in *RGLav*, 1977, 35) riteneva che una simile legittimazione si sarebbe posta in contrasto con il sistema delle relazioni sindacali, considerate come privilegiate dalla Costituzione e quindi avrebbe incontrato difficoltà di ordine soprattutto politico.

457 Così BALLESTRERO, *Dalla tutela alla parità*, Bologna, 1979, 273 e DE ANGELIS, *La legge di parità uomo-donna nella prassi giurisprudenziale*, in *DLav.*, 1980, 345.

458 Vedi Pret. Rho, 31.5.1979, in *RGLav*, 1979, 498, che ha dichiarato ammissibile la costituzione di parte civile del Movimento di Liberazione della Donna, riconoscendo il danno diretto e non patrimoniale procurato alle donne ed alle loro organizzazioni rappresentative dalla consumazione del reato.

38 del Codice P.O. (Provvedimento avverso le discriminazioni), prevedendo che l'azione individuale a rito sommario possa essere esperita con ricorso del lavoratore/trice "o per sua delega delle organizzazioni sindacali, associazioni e organizzazioni rappresentative del diritto o dell'interesse leso, o della consigliera o del consigliere di parità provinciale o regionale". Il legislatore aveva omissso di modificare in parallelo il comma 6° della norma ed a ciò ha posto rimedio il D.Lgs. n. 5/2010. Analoga modifica è stata introdotta, come vedremo più oltre, dall'art. 8 *septies* di tale decreto che ha modificato l'art. 5, commi 1° e 2°, del d.lgs. n. 216/2003 (attuativo della Direttiva 2000/78/CE), conferendo sia alle organizzazioni sindacali che alle organizzazioni ed associazioni rappresentative del diritto e dell'interesse leso la legittimazione attiva, in forza di delega, ad agire in nome e per conto o a sostegno del soggetto passivo della discriminazione, contro la persona fisica o giuridica cui è riferibile il comportamento o l'atto discriminatorio, ed altresì agire autonomamente in caso di discriminazione collettiva, "qualora non siano individuabili in modo diretto e immediato le persone lese dalla discriminazione". È appena il caso di rilevare che l'azione collettiva per le discriminazioni in base al sesso è esperibile invece solo dalla Consigliera e la legittimazione delle associazioni rappresentative appare confinata all'azione individuale e soggetta alla delega della vittima della discriminazione.

Quanto al contenuto del provvedimento di condanna, è opportuno ricordare che la norma richiama letteralmente il tenore testuale dell'art. 28 St. Lav. ed in coerenza con il modello ispiratore, persegue non solo gli atti unilaterali ed i negozi ritenuti discriminatori, ma altresì i comportamenti sia attivi che omissivi. Il provvedimento di condanna, nella forma del decreto, può ricomprendere una gamma estremamente vasta di contenuti, giustificati dalla atipicità della stessa condotta perseguita, con la sola indicazione legislativa circa il fine di restaurare l'ordine giuridico violato, ripristinando la situazione sostanziale lesa dal comportamento discriminatorio accertato.

Qualche cenno in ordine alla legittimazione passiva: a differenza dell'art. 28 St. Lav., per il quale il legittimato passivo è solo il datore di lavoro, per l'art. 38 codice P.O., così come nel trasposto art. 15 della l. n. 903/1977, il legittimato passivo è genericamente individuato nell'"autore del comportamento denunciato", sul presupposto che il soggetto agente da convenire in giudizio, specificamente nei casi di discriminazione nell'accesso al lavoro, possa essere diverso dall'imprenditore, dall'azienda o comunque dal datore di lavoro in senso lato⁴⁵⁹.

459 Si richiama ad esempio, senza finalità esaustive, la discriminazione attuata a mezzo stampa, in fase di preselezione o nelle iniziative formative: in tale caso il soggetto agente può essere individuato in chi ha diffuso o pubblicato il messaggio discriminatorio, nella società che ha adottato i criteri illegittimamente selettivi, nell'agenzia che ha somministrato la formazione, dando luogo a disparità di trattamento fra uomini e donne.

Quanto al rito, nella fase sommaria si riproduce quasi fedelmente il modello dell'art. 28 St. Lav.: il Tribunale ordinario di primo grado, in funzione di Giudice del Lavoro, sarà competente per materia a conoscere del comportamento denunciato, così come sarà competente per territorio il giudice “*del luogo ove è avvenuto il comportamento denunciato*”, in ciò rilevandosi una lieve difformità letterale con l'art. 28, che fa riferimento al “*luogo ove è posto in essere il comportamento denunciato*”. Ove si tratti di atto discriminatorio, quando non vi è coincidenza tra il luogo ove l'atto è stato emanato e quello ove è stato concretamente posto in essere, il dubbio viene risolto interpretativamente in favore di quest'ultimo, ai fini dell'individuazione del foro competente⁴⁶⁰.

Il D.Lgs. n. 5 del 2010 ha introdotto la possibilità di adire altresì il TAR competente, oltre che il Giudice del Lavoro, mediante l'azione individuale sommaria d'urgenza, previsione che precedentemente era riservata alla sola azione collettiva. L'innovazione non è di poco conto, dal momento che in precedenza il soggetto discriminato in ragione del genere ad esempio in materia concorsuale poteva azionare solo il procedimento ordinario, fatta salva la facoltà di chiedere la sospensione dell'atto impugnato, senza poter fruire della ben più efficace procedura d'urgenza. Sotto il profilo strettamente procedurale, come previsto dal 3° comma dell'art. 28 St. Lav., nei due giorni successivi al deposito del ricorso, il Giudice del Lavoro dovrà, convocate le parti ed assunte sommarie informazioni, emanare il decreto di accoglimento o di rigetto. Detto termine non ha carattere perentorio, bensì ordinatorio, pertanto il suo mancato rispetto non inficia la legittimità del provvedimento⁴⁶¹. In caso di opposizione, invece, si apre la fase cognitiva, la quale si articolerà con le scansioni tipiche del giudizio di merito.

7. L'azione collettiva o pubblica

L'art. 37 del Codice declina con una diversa suddivisione in commi la precedente disciplina contenuta nell'art. 4, commi 7°, 8°, 9°, 10° e 11° della l. n. 125/1991, così come modificati dall'art. 8 del d.lgs. n. 196/2000. A partire dalla intitolazione dell'articolo, (*legittimazione processuale a tutela di più soggetti*) appare chiara la volontà del legislatore di raccogliere in maniera sistematica le norme aventi ad oggetto la tutela avverso le discriminazioni collettive e plurioffensive, conferendo alle Consigliere Regionali o, nei casi di rilevanza nazionale, alla Consigliera Nazionale, la legittimazione a proporre ricorso avanti al Tribunale in funzione di giudice del lavoro o al Tribunale Amministrativo Regionale qualora “*rilevino l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori diretti od indiretti di carat-*

460 Così RAPISARDA, *Commento all'art. 15 della legge 9 dicembre 1977 n. 903*, cit., 835.

461 RAPISARDA, *ivi*, 836 e DE ANGELIS, *op. cit.*, 337.

tere collettivo, anche quando non siano individuabili in modo immediato e diretto le lavoratrici o i lavoratori lesi dalle discriminazioni". Mentre i commi 2° e 3° introducono un modello di azione per così dire ordinaria, a cognizione piena, l'art. 4 prevede una procedura urgente, a cognizione sommaria, modellata in parte sulla falsariga dell'azione individuale antidiscriminatoria più sopra illustrata. Ma, a differenza di quest'ultima, entrambi i procedimenti si concludono con un provvedimento giudiziale (sentenza o, nel giudizio sommario, decreto) a contenuto tipico, il piano di rimozione, che nell'art. 38 non è previsto, del quale il giudice fissa i criteri anche temporali. L'azione collettiva o pubblica ha rappresentato fin dall'inizio l'elemento di maggiore novità nella sistematica del giudizio antidiscriminatorio, in correlazione con la nuova definizione di discriminazione indiretta, sia per la sua esperibilità anche quando non siano individuabili in modo diretto i soggetti lesi (per quanto manchi in verità una definizione "sostanziale" di discriminazione collettiva), sia per l'inedito rimedio dell'adozione obbligatoria di un piano di rimozione delle discriminazioni accertate, la cui definizione è posta a carico della parte che ha attuato la discriminazione. Il legislatore nell'innovare il rito partiva dalla considerazione che uno dei principali punti di debolezza del precedente regime di tutela giurisdizionale del diritto all'eguaglianza, incentrato sull'alternativa tra l'azione ordinaria di nullità, con effetti caducatori ed eventualmente risarcitori e l'azione speciale d'urgenza con effetti restitutori-ripristinatori, fosse il carattere strettamente individuale del procedimento⁴⁶². Pertanto nel riconoscimento in favore della Consigliera Regionale di Parità di un'autonoma legittimazione attiva contro le discriminazioni a valenza collettiva, venivano riposte le maggiori aspettative circa un autentico cambiamento di direzione rispetto alle opacità del passato. Infatti appaiono tutt'ora assai evidenti i vantaggi di un'azione pubblica a valenza superindividuale, gestita da un soggetto istituzionale, che alleggerisce le vittime della discriminazione dell'onere di assumere l'iniziativa di intraprendere un percorso processuale in prima persona, non necessita di una precisa individuazione dei soggetti lesi ed ottiene un provvedimento che può avere natura ripristinatoria, oltre che inibitoria e sanzionatoria (una sorta di azione positiva coattiva) destinato a ripercuotersi beneficamente nei confronti dell'intero gruppo penalizzato.

Il modello paradigmatico preso in considerazione dal legislatore del 1991 veniva offerto principalmente dall'esperienza nordamericana: in tale sistema le controversie aventi ad oggetto condotte discriminatorie di tipo plurioffensivo vengono inserite in un modello di *litigation* che correla la dimensione collettiva della discriminazione alla legittimazione ad agire ed alla tipologia dei rimedi. Tale schema processuale si basa *in primis* su un'azione pubblica e sulla *class action*,

462 Così IZZI, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Napoli, 2005, 198.

secondariamente sulla previsione di un sistema rivolto non solo alla riparazione del *vulnus* subito, ma anche alla modifica della situazione lesiva in atto attraverso *structural charges* ed infine sul coinvolgimento delle parti, del giudice e delle *agencies* per la parità che svolgono la funzione di mediatori prima, durante e dopo la lite⁴⁶³. Ma l'attuale sistema di *public law litigation* statunitense si è affinato nel corso di un'esperienza ultratrentennale e si avvale di strumenti assai incisivi, come un particolare tipo di provvedimento giudiziale particolarmente efficace e flessibile, (le *structural injunctions*), consistenti in figure processuali e tecniche di esecuzione idonee a garantire l'effettiva realizzazione delle *affirmative actions* concordate in giudizio e recepite in un *consent decree*. Non si può dire lo stesso del sistema italiano, che non contempla nessuna di tali tecniche⁴⁶⁴. Ma quando possiamo parlare di discriminazione collettiva, ai fini processuali che stiamo trattando? In assenza di un profilo definitorio sul piano normativo ed in presenza di una giurisprudenza sporadica in materia, può essere utile richiamare la riflessione dottrinale maturata circa tale nozione. Da un lato vi è chi considera la discriminazione collettiva, diretta od indiretta, come ontologicamente plurioffensiva, dal momento che pregiudica una categoria di individui accomunati dal possesso di una determinata caratteristica e quindi, potenzialmente, tutti i membri del suddetto gruppo⁴⁶⁵. Chi la intende invece come atto lesivo dell'interesse generale alla parità, non necessariamente coincidente con la nozione di condotta plurioffensiva⁴⁶⁶. Sicuramente nelle intenzioni del legislatore vi era la volontà di colpire la discriminazione *ab origine*, anche quando le regole da cui scaturisce la disparità di trattamento vengono prodotte ed immesse nell'ordinamento e non solo quando vengono applicate, avendo esse “una serie aperta di destinatari, in quanto disposte sulla base di una determinazione generale ed astratta”⁴⁶⁷. Configurando l'interesse

463 Vedi la completa ricostruzione di BARBERA, in *La nozione di discriminazione*, in *Commentario alla legge 10 aprile 1991 n. 125*, in *NLCC*, 1994, 46 ss.

464 Secondo Barbera, op. ult. cit. “una maggiore attenzione a questi non secondari dettagli ed un maggior coordinamento con l'azione ed i rimedi individuali avrebbe garantito al meccanismo messo a punto dal legislatore italiano un tasso più elevato di coerenza ed operatività” ed avrebbe forse favorito un più cospicuo utilizzo del peculiare strumento processuale.

465 Così AMATO, *Azione individuale e azione collettiva in giudizio*, in BARBERA (a cura di), *La riforma delle istituzioni e degli strumenti delle politiche di pari opportunità*, in *Leggi civ. comm.*, 2003, 761. La medesima opinione è espressa da IZZI, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro: il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Napoli, 2005, 197 ss. e *Discriminazioni di sesso nel rapporto di lavoro: il nuovo regime processuale*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1994, 571. L'Autrice nella sua ricostruzione della nozione di discriminazione collettiva la fa coincidere con quella plurioffensiva, dal momento che “rivolgendosi contro un gruppo, ne colpisce i singoli componenti in modo mediato”.

466 L'osservazione è di RAPISARDA, *La tutela dei soggetti discriminati. Azione individuale, azione pubblica, tentativo di conciliazione*, in *NLCC*, 1994, 75.

467 BARBERA, *La nozione di discriminazione*, cit., 58.

ad agire anche quando non sono individuabili in maniera diretta i soggetti lesi dalle discriminazioni, la legge sembra conseguentemente volerne ampliare la sfera anche ai casi in cui la lesione non sia attuale, ma meramente potenziale, cioè genericamente ed astrattamente idonea a ledere una serie di soggetti non ancora identificati. In realtà la disciplina dell'azione collettiva in caso di discriminazione diretta non devia dal principio dell'attualità della lesione (l'art. 25, 1° comma, del Codice sanziona "*qualsiasi atto, patto o comportamento che produca un effetto pregiudizievole*"): quindi la lesione deve essere comunque certa, mentre sono indefiniti i soggetti titolari della sfera giuridica lesa⁴⁶⁸. Ciò significa che l'azione pubblica della Consigliera prescinde dalla necessità di individuare i soggetti portatori "in proprio" dell'interesse ad agire (quindi titolari dei diritti vulnerati dalla disparità di trattamento), e ciò anche nel caso in cui tali soggetti siano in realtà individuabili. Tale individuazione, ancorché eventuale, sarà comunque utile, al fine di provare l'effetto pregiudizievole e pertanto il danno.

A considerazioni in parte diverse, sotto il profilo dell'azione collettiva, si presta la fattispecie della discriminazione indiretta, sussistente quando la disposizione, criterio, prassi, atto, patto o comportamento apparentemente neutri "*mettono o possono mettere*" i lavoratori di un determinato sesso in posizione di particolare svantaggio rispetto a quelli dell'altro sesso. In questo caso la regola può essere attualmente o anche solo potenzialmente lesiva. Con le modifiche introdotte dal d.lgs. n. 145/2005, in attuazione della Direttiva Comunitaria 2002/73 inoltre si presta attenzione ad un "*particolare svantaggio*", inteso non necessariamente come effetto già compiuto o in divenire, ma anche solo potenzialmente verificabile.

Ciò implica che l'attualità della lesione ad una sfera soggettiva non sia sempre richiesta: può essere potenziale, come può essere futura. La comparazione che dovrà avvenire fra gruppi identificati sulla base della loro appartenenza di genere, potrà produrre quale risultato l'accertamento di effetti ingiustamente diversificati, ma anche la sola ipotetica incidenza pregiudizievolemente dispari su una delle due sfere poste a confronto. Nel primo caso, avremo una sorta di valutazione *ex post* dell'efficacia discriminatoria della regola solo apparentemente neutra, per ottenere la quale sarà particolarmente utile l'utilizzo dell'evidenza statistica, pertanto di un'indagine di carattere quantitativo⁴⁶⁹. Nel secondo caso, la valutazione sarà

468 La nozione di discriminazione diretta sancita dall'art. 2 della Direttiva 2006/54/CE, consistente nella *situazione nella quale una persona è trattata meno favorevolmente in base al sesso di quanto un'altra persona sia, sia stata o sarebbe trattata in situazione analoga*, secondo la quale pur incorporando in sé l'idea della comparazione tra soggetti diversi connotati dalla diversa appartenenza di genere, ne ammette la non contestualità o anche la mera ipoteticità, è parzialmente diversa rispetto alla definizione contenuta nell'art. 25 del Codice, che considera discriminatorio *il trattamento meno favorevole rispetto a quello di un'altra lavoratrice o un altro lavoratore in situazione analoga*.

469 Vedi sul punto diffusamente GUAGLIANONE, *Le discriminazioni basate sul genere*, in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, cit., 270.

presuntiva, *ex ante*, e dovrà formulare un giudizio prognostico sulla valenza qualitativamente discriminatoria di un'azione o di una disciplina generale o negoziale, implicando criteri valutativi diversi da quelli quantitativi. In buona sostanza, il giudice dovrà chiedersi se una disposizione è in grado di produrre un effetto o impatto discriminatorio nei confronti di un soggetto per la sua appartenenza ad un gruppo, senza accertare la percentuale di membri del gruppo cui la disposizione si applica né se in concreto il particolare svantaggio si è già realizzato di fatto in quel momento. In pratica, la Consigliera Regionale di Parità potrà avvalersi dell'azione pubblica sia qualora vi sia una discriminazione diretta perpetrata attraverso un comportamento con effetto plurioffensivo (a prescindere che i soggetti lesi siano o meno concretamente individuati o individuabili), sia in caso di discriminazione indiretta, anche ove non sia possibile né quantificare né individuare i soggetti concretamente o potenzialmente lesi.

In definitiva, sotto il profilo della legittimazione ad agire della Consigliera Regionale (e Nazionale nei casi previsti) in caso di discriminazioni collettive, si individua una discrasia tra titolarità dell'interesse sostanziale ad agire e legittimazione in giudizio, che si risolve solo considerando l'opportunità di individuare un adeguato strumento di tutela di interessi a rilevanza superindividuale. In altre parole, la Consigliera non proporrà il giudizio mediante una "legittimazione straordinaria", esercitando impropriamente l'azione pubblica per la tutela di un diritto soggettivo della lavoratrice/tore discriminata, ma agirà nell'interesse generale alla parità di trattamento, che è una posizione attiva autonoma e diversa da quella dei singoli lavoratori lesi.

Anche la struttura dell'azione pubblica ha subito da parte del d.lgs. n. 196/2000 importanti miglioramenti: non solo è stata rimossa la condizione di procedibilità precedentemente prevista (il parere del collegio istruttorio del Comitato Nazionale di Parità) che provocava inutili ritardi nell'esperimento dell'azione, ma soprattutto è stata attribuita la legittimazione attiva anche alla Consigliera Nazionale di Parità "*per i casi di rilevanza nazionale*" che in precedenza era esclusa⁴⁷⁰.

Viene inoltre ampliata la portata dei provvedimenti di condanna, consentendo al giudice di stabilire i criteri sia sostanziali che temporali del piano di rimozione degli illeciti accertati e della concreta attuazione del medesimo⁴⁷¹. Inoltre dalla novella del 2000 viene consentita alla Consigliera di Parità che intenda agire giu-

470 Tale allargamento costituisce la risposta istituzionale sul piano legislativo alla decisione giudiziale che aveva negato la legittimazione attiva della Consigliera Nazionale sulla base dell'originario, letterale dettato dell'art. 4, 6° comma, l. n. 125/1991, riconoscendola esclusivamente alla Consigliera Regionale.

471 Vedi AMATO, *Le azioni in giudizio*, in AA.VV. a cura del Comitato Nazionale di Parità "*La nuova legge n. 125/1991*", Roma, 2001, 33; ID., *L'azione individuale e l'azione collettiva*, in *Leggi civ. comm.*, 2003, 757 ss. e *Codificazioni mancate: riflessioni critiche sul codice delle pari opportunità*, in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, cit., 238 ss. confronta inoltre CURCIO, *Le azioni in giudizio e l'onere della prova*, *ivi*, 529.

dizialmente avverso una discriminazione a carattere collettivo, la scelta tra giudizio ordinario ed urgente, modellato sulla falsariga della procedura sommaria prevista dall'art. 15, l. n. 903/1977 per le lesioni individuali alla parità di trattamento. Pertanto oggi ci troviamo di fronte ad un sistema simmetrico e duale, che prevede un'azione individuale, esperibile sia in via sommaria che ordinaria e parallelamente un'azione collettiva o pubblica, connotata anch'essa dal doppio binario, ordinario ed urgente. Si è così rimossa l'incongruenza precedente che costringeva l'azione collettiva ad incanalarsi in un unico percorso processuale, non sempre adeguatamente calibrato al tempestivo soddisfacimento delle diverse esigenze di tutela che venivano a determinarsi⁴⁷². Il ricorso sommario urgente consente di abbreviare i tempi ordinariamente necessari per il raggiungimento di un provvedimento conclusivo di un giudizio antidiscriminatorio e potenzia l'area delle misure atte ad assicurare al gruppo-vittima della lesione il ripristino delle condizioni d'eguaglianza che siano di diretta determinazione del giudice: esse verranno ad implicare la condanna del responsabile alla definizione ed attuazione del piano di azione positiva, nonché all'osservanza di tutte le prescrizioni ritenute idonee a rimuovere le conseguenze della condotta pregiudizievole, di cui viene disposta l'immediata cessazione⁴⁷³.

8. Il provvedimento del giudice nell'azione individuale e nell'azione collettiva: il piano di rimozione ed il risarcimento del danno

Come precedentemente accennato, il contenuto del provvedimento decisorio (decreto o sentenza in caso di opposizione), ha una molteplice valenza: sia

472 L'inadeguatezza espressa dal sistema precedente è ben esemplificata dal procedimento ordinario per discriminazione collettiva promosso dalla Consigliera Regionale di Parità dell'Emilia Romagna unitamente al procedimento *ex art. 15, l. n. 903/1977* azionato dall'organizzazione sindacale delegata dalla lavoratrice discriminata, che ha determinato una irrituale commistione tra procedura ordinaria collettiva e procedimento sommario individuale, che è stata ritenuta comunque ammissibile dal Pretore di Bologna: vedi decreto 27.6.1998, in *RGLav*, 1999 II, 235 ss. annotato da CALAFÀ, *Le aporie processuali e l'assestamento sostanziale delle leggi sulla parità in una recente controversia in tema di discriminazione collettiva indiretta. Il caso Gloria Bassi*.

473 Vedi sul punto le osservazioni critiche di AMATO, BARBERA, CALAFÀ, in *Codificazioni mancate: riflessioni critiche sul codice delle pari opportunità*, contributo nella più volte citata opera corale *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, a cura di BARBERA, cit., 242, per i quali nel Codice P. O. permane una "evidente mancanza di razionalità e di semplificazione" per aver previsto, in due articoli diversi (l'art. 37, 4° comma, per l'azione collettiva e l'art. 38 per l'azione individuale) due distinte azioni cautelari, strutturate in maniera praticamente identica e simmetricamente destinate ad anticipare due distinte azioni ordinarie, sebbene per l'azione collettiva si continui a precisare opportunamente che nella rimozione degli effetti discriminatori è compreso l'ordine di definizione e attuazione del piano da parte del responsabile della discriminazioni accertate.

inibitoria, sia restitutoria-ripristinatoria che risarcitoria, anche del danno non patrimoniale. Veniamo ora ad approfondire l'aspetto, più peculiare, dell'intervento ripristinatorio/restitutorio del giudice: l'ordine di definizione del piano di rimozione delle discriminazioni accertate, che è un contenuto obbligatorio della pronuncia, riservato esclusivamente alle discriminazioni collettive ed elaborato dal datore di lavoro per ordine del giudice. L'ordine di predisposizione del piano è ben più di un mero invito, essendo assistito da sanzione penale ed amministrativa in caso di inottemperanza e deve possedere un contenuto particolarmente analitico e prescrittivo⁴⁷⁴. Come sarà descritto più diffusamente *infra*, a differenza di quanto previsto dai d.lgs. n. 215 e n. 216 del 2003 per i piani di rimozione delle discriminazioni legate agli altri "fattori di rischio", che vengono definiti direttamente dal giudice, nella discriminazione di genere la titolarità della elaborazione del piano è in capo allo stesso autore del comportamento illecito. L'ordine di cui all'art. 37 Codice P. O. implica comunque l'audizione obbligatoria della Consigliera regionale di parità e delle Organizzazioni sindacali, alle quali spetterà di dare indicazioni concrete e vigilare affinché il piano sia effettivamente efficace, fedele e non elusivo dell'ordine giudiziale.

A questo punto è d'uopo affrontare uno degli aspetti più scabrosi della normativa processuale antidiscriminatoria: il raccordo fra azione individuale ed azione collettiva. Nel momento in cui si raggiunge un giudicato circa il comportamento discriminatorio, senza simultaneità tra questi due aspetti e comunque ove l'azione individuale non sia stata esperita da tutti i soggetti lesi, come potrà il singolo avvantaggiarsi concretamente della tutela ottenuta in sede collettiva? Per quanto la dimensione plurioffensiva dell'illecito sia ormai un elemento trasversale in ogni aspetto del diritto antidiscriminatorio, il nodo è tutt'ora irrisolto ed il nostro sistema processuale esclude l'utilizzo del giudicato ottenuto con l'azione collettiva nel giudizio promosso individualmente. In buona sostanza, in un'ottica di tutela preventiva, perseguita attraverso l'esperimento di un'azione inibitoria (in caso di pregiudizio imminente ed irreparabile, prima che l'illecito si verifichi) non vi è dubbio che il provvedimento cautelare ottenuto, se portato ad esecuzione, gioverà a tutti i soggetti che ne hanno interesse. Ma ove la tutela richiesta sia di tipo restitutorio-ripristinatorio o risarcitorio, come può il singolo far sì che il giudicato "*in bonam partem*" ottenuto a conclusione dell'azione collettiva gli sia vantaggioso? Ma andiamo per ordine. E' già stato più volte ricordato che il Codice del 2006, così come originariamente la l. n. 125/1991, ha confermato il regime di tutela a "doppio binario" affiancando l'azione pubblica contro le discriminazioni sessuali collettive all'azione individuale. La collocazione sistematica delle due azioni ne ribadisce la non interscambiabilità e sovrapponibilità, sia a

474 Infatti in assenza di un comportamento nettamente tipizzato cui attenersi, non sarebbe possibile individuare la sussistenza del reato. Così GUARISO, *op. ult. cit.*, 591.

causa della loro diversa struttura tecnica, sia per il diverso bene tutelato. Infatti il soggetto discriminato o la Consigliera di parità che agisce in forza di delega con l'azione individuale non potranno chiedere al giudice la definizione da parte del datore di lavoro di un piano di rimozione delle discriminazioni accertate. La legge non disciplina le modalità di coordinamento tra le due azioni, che pure possono interferire qualora la discriminazione sessuale collettiva dedotta nell'azione pubblica abbia leso altresì lavoratori che a loro volta abbiano proposto l'azione individuale. In questo caso, tutt'altro che infrequente, l'interesse generale alla parità, tutelato dall'azione pubblica, differisce dal diritto soggettivo fatto valere dal lavoratore con l'azione individuale. Gli elementi di identificazione delle due azioni divergeranno sotto molteplici punti di vista. Le parti coincideranno solo nel soggetto passivo del rapporto, mentre saranno differenti per quello attivo (la Consigliera nell'azione pubblica, il lavoratore discriminato in quella individuale). La *causa petendi* consisterà, per l'azione pubblica, nell'interesse generale alla parità di trattamento, mentre in quella individuale nel diritto soggettivo del singolo a non subire un trattamento pregiudizievole in ragione del suo sesso. Il *petitum* nell'azione collettiva è individuabile (generalmente, ma non sempre) in un provvedimento a carattere inibitorio/sanzionatorio, mentre nell'azione individuale avrà preminente carattere reintegratorio, fatto salvo in entrambi i casi, se richiesto, il risarcimento del danno. Se però tra l'azione pubblica e l'azione individuale non sembrerebbe agevole ipotizzare rapporti di pregiudizialità, continenza o connessione propria⁴⁷⁵, non pare doversi escludere un concorso fra le due azioni, cui potrebbe applicarsi l'istituto della connessione impropria, che si realizza qualora la decisione di due azioni pur diverse fra loro dipende in tutto od in parte dalla soluzione di identiche questioni: infatti sia la lesione dell'interesse generale alla parità, sia quella del diritto soggettivo del lavoratore discriminato, sono prodotte dallo stesso comportamento discriminatorio a carattere collettivo⁴⁷⁶. Peraltro, l'azione individuale, in pendenza di quella pubblica, non potrà essere sospesa ex art. 295 c.p.c. né il giudicato conseguente all'azione pubblica potrà

475 Vedi sul punto CICHETTI, *Profili processuali della tutela della parità tra uomini e donne in materia di lavoro*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, 1199 ed Eadem, *La tutela processuale della parità dopo il d.lgs. del 23 maggio 2000 n. 196*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 199. L'A. ricorda l'ipotesi del licenziamento per motivi antisindacali, nella quale il sindacato può esperire l'azione di cui all'art. 28 st. lav. anche se il lavoratore ha proposto ricorso per l'impugnazione del licenziamento e per la reintegra ex art. 18, l. n. 300/1970, poiché in questo caso il comportamento del datore di lavoro deve ritenersi "plurioffensivo" e può determinare un concorso fra queste due azioni, non facendo venire meno la loro autonomia.

476 Nel senso del testo CANDIDI TOMMASI, *La Consigliera di Parità ed il giudizio antidiscriminatorio*, Milano, 2005, 185 ss., con note di richiami. L'istituto della connessione impropria è previsto dall'art. 103, 1° comma, del c.p.c. ed ammette il cumulo di domande in un unico processo, anche se non vi sia comunanza di *causa petendi* e di *petitum*. Le identiche questioni dalle quali dipende, totalmente o parzialmente, la decisione della causa, possano essere sia di fatto che di diritto.

impedire la proposizione dell'azione individuale, dato che l'autorità di cosa giudicata *ex art.* 2909 c.c. è limitata alle parti del processo (nonché agli eredi ed aventi causa), che nei due ricorsi, come abbiamo visto, sono diverse⁴⁷⁷. Tuttavia, al fine di valorizzare al massimo grado gli effetti dell'azione collettiva e del piano di rimozione ottenuto con il giudizio, da più parti si ritiene che il provvedimento di accertamento della discriminazione a seguito di tale azione possa avere forza di giudicato nelle distinte ed eventuali azioni individuali, con ciò ammettendo un'estensione *in bonam partem* di tale accertamento a favore del/della lavoratore/trice⁴⁷⁸.

Venendo all'aspetto risarcitorio, per quanto teoricamente la preferenza andrebbe accordata alle forme di reintegrazione in forma specifica, ove siano in gioco i diritti fondamentali della persona, esso è di particolare interesse, per essere stato oggetto di recente introduzione nel nostro ordinamento mediante il d.lgs. n. 145/2005, che ha recepito la Direttiva 2002/73/CE, modificando alcune norme della l. n. 125/1991, già novellate nel 2000 dal d.lgs. n. 196. L'art. 37, 1° comma, del Codice di Pari Opportunità dispone che il giudice preveda “*se richiesto*” al risarcimento del danno anche non patrimoniale e l'art. 38 precisa che ciò dovrà avvenire “*nei limiti della prova fornita*”. Quest'ultima locuzione appare presente nei soli casi di procedimento sommario d'urgenza per la repressione delle discriminazioni indi-

477 Così CANDIDI TOMMASI, *op. cit.*, 186.

478 Concordano con tale interpretazione DE ANGELIS, *Profili di tutela processuale contro le discriminazioni tra lavoratori e lavoratrici*, in RIDL, 1992, I, 479, IZZI, *Discriminazioni di sesso nel rapporto di lavoro: il nuovo regime processuale*, cit., 576, RAPISARDA, *La tutela dei soggetti discriminati. Azione individuale, azione pubblica, tentativo di conciliazione*, cit., 82; AMATO, *L'azione individuale e l'azione collettiva*, cit., 769. in giurisprudenza, possiamo ricordare alcuni esempi di cumulo fra azione collettiva ed azione individuale: in Trib. Prato, 21.11.2007, in RCDL, 2008, 4, 6 ss., con nota di AMATO, ROMOLI, *Assenza per maternità e anzianità di servizio: profili individuali e collettivi della discriminazione di genere; una concreta ipotesi di definizione di un piano di rimozione delle discriminazioni*, la Consigliera Regionale della Toscana aveva proposto in via ordinaria l'azione pubblica, con la quale si lamentava la natura discriminatoria di una clausola contrattuale negatoria del computo dei congedi parentali ai fini delle progressioni automatiche contrattuali, unitamente ad alcune lavoratrici lese dal comportamento discriminatorio della banca datrice di lavoro, le quali avanzavano nello stesso giudizio la loro pretesa individuale. Nel caso di specie, il Giudice ha statuito in ordine alle pretese delle singole ricorrenti ed ha altresì stabilito che il piano di rimozione dovesse implicare la ricostituzione della carriera di tutte le lavoratrici, anche se cessate, e non solo di coloro che avevano partecipato al giudizio. Mentre Trib. Siena, 16.6.2006, (pubblicata in RCDL, 2007, 136 ss. con nota di AMATO, ROMOLI, *Composizione delle commissioni di concorso nella selezione pubblica e tutela contro le discriminazioni di genere: la riserva di un terzo dei posti alle donne quale “azione positiva”. L'azione pubblica della Consigliera di Parità e le “aporie” della giurisprudenza*), ha deciso con decreto la fase sommaria (e successivamente con sentenza il giudizio di opposizione) proposti congiuntamente dalla Consigliera Regionale della Toscana (con azione pubblica sommaria urgente) e da tre lavoratori, accogliendo la sola domanda di rimozione della discriminazione collettiva, consistente nella violazione della regola che nei concorsi e nelle selezioni pubbliche impone la composizione duale delle relative commissioni giudicatrici.

viduali (previsto dall' art. 38 Codice P.O.), mentre è assente nella norma dedicata all'azione ordinaria avverso le discriminazioni collettive di cui all'art. 37. Tale mancata precisazione potrebbe porsi non tanto come limitazione, quanto come una sorta di *favor* per il/la ricorrente, implicando l'esame necessario della prova del danno anche nell'ambito del procedimento a cognizione sommaria, naturalmente per quanto è consentito dal peculiare, stringato procedimento⁴⁷⁹. Venendo all'onere della prova in punto di danno, se l'art. 40 del Codice ne prevede una parziale inversione in favore del soggetto che assume di essere discriminato circa l'atto, fatto, patto o comportamento che determina l'illegittima disparità di trattamento (argomento che sarà trattato più diffusamente nei prossimi paragrafi), l'onere probatorio continuerà ad incombere integralmente sul/la ricorrente circa la sussistenza del concreto pregiudizio. L'art. 18 della Direttiva 2006/54/CE invece prevede una inversione assoluta a favore del lavoratore/trice nel caso in cui il diritto interno preveda un massimale per l'indennizzo: sarà a totale carico del datore di lavoro la prova che il soggetto discriminato non abbia subito alcun altro danno che quello derivante dal mancato accoglimento della domanda di assunzione per ragioni discriminatorie. Un approfondimento merita inoltre il tema del "danno non patrimoniale" cui gli artt. 37 e 38 del Codice fanno riferimento. Già la più recente giurisprudenza del terzo millennio aveva elaborato un'ipotesi di danno non patrimoniale disconnesso dall'ipotesi di reato (art. 2059 c.c.), scaturente dalla violazione di beni della persona che siano costituzionalmente protetti⁴⁸⁰. Ma la esplicita previsione in materia antidiscriminatoria è tutt'altro che superflua: essa sancisce la sussistenza di una nozione di danno (patrimoniale e non) cagionato dal comportamento discriminatorio, che in questo modo viene posta al riparo dal rischio di *révirement* della giurisprudenza. I parametri cui riferirsi per la determinazione del danno possono così esemplificarsi: 1) la natura del bene della vita negato a causa del comportamento discriminatorio; 2) il grado di possibilità di conseguirlo di cui è titolare il soggetto escluso. Nel caso del danno patrimoniale, esso dovrà compensare una privazione irrimediabile sotto il profilo restitutorio/ripristinatore (ad esempio, nel caso di una mancata progressione di carriera per motivi discriminatori, consisterà nell'ammontare delle differenze retributive non conseguite nel periodo di esclusione o nel caso di licenziamento, nell'importo dell'intero trattamento economico perduto). Nel caso del danno non patrimoniale, in assenza di altra indicazione normativa, secondo alcuni dovrebbe essere verificato caso per caso se il bene della vita leso dalla discriminazione fa parte dei diritti a rango costituzionale, ai quali soli, secondo l'attuale diritto vivente, si

479 L'acuta osservazione è di GUARISO, *op. ult. cit.*, 593.

480 Le prime sentenze della Cassazione che hanno impresso un nuovo corso alla materia introducendo la nozione, accanto al danno morale, di danno biologico ed esistenziale sono la n. 8827 e 8828 del 31.5.2003 (in *FI*, 2003,2270), orientamento confermato da Corte Cost. 11.7.2003, n. 233.

connette la possibilità di richiedere il risarcimento di tale danno in assenza di reato. Sotto questo profilo, si condivide la tesi di chi ritiene doveroso considerare la *ratio* delle norme antidiscriminatorie a tutelare non tanto il diritto ad un bene in sé (il lavoro, la qualifica, il trattamento retributivo), ma il più generale diritto alla parità di trattamento o alla pari opportunità di accedere ad un determinato bene di chi appartiene ad un gruppo portatore di uno specifico "fattore di rischio". Secondo questa prospettiva, indipendentemente dallo specifico bene negato, è il *vulnus* al principio d'eguaglianza fra i generi, costituzionalmente garantito, alla cui lesione si dovrebbe ricondurre *de plano* un risarcimento del danno non patrimoniale⁴⁸¹. È comunque indispensabile distinguere tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale: proprio su quest'ultimo terreno infatti spesso si radica l'illecito discriminatorio (basta ricordare la gamma dei comportamenti volti a precludere l'accesso al lavoro, quando un rapporto contrattuale non è ancora sorto), mentre nel primo possiamo collocare gli atti, patti e comportamenti meno favorevoli in ragione dell'appartenenza di genere realizzatisi all'interno del rapporto di lavoro⁴⁸². Anche la natura di sanzione civile punitiva che potrebbe venire attribuita all'indennizzo per danno esistenziale, funzione finora esclusa dalla Cassazione⁴⁸³, ben si presta invece al tema del diritto antidiscriminatorio. Sono innanzi tutto le stesse direttive che collocano il risarcimento del danno tra le san-

481 Il tema è delicato, stante il limite posto dalle Sezioni Unite ad un generalizzato riconoscimento del danno esistenziale nell'ipotesi, ad esempio, del demansionamento. Vedi Cass., SS.UU., 24.3.2006, n. 6572, secondo la quale il danno esistenziale "*si fonda sulla natura non meramente emotiva ed interiore (propria del danno morale) ma oggettivamente accertabile del pregiudizio, attraverso la prova di scelte di vita diverse da quelle che si sarebbero adottate se non si fosse verificato l'evento dannoso*" e per quanto concerne l'onere probatorio, a carico del dipendente che deduce di averlo subito, ritiene che possa essere assolto attraverso tutti i mezzi che l'ordinamento processuale pone a disposizione, e trattandosi di un pregiudizio a beni immateriali, anche attraverso le presunzioni "*cui il giudice può fare ricorso anche in via esclusiva*". Vedi però *contra* il nuovo orientamento delle SS.UU., che con la sentenza 24.6-11.11.2008, n. 26972 ha negato l'autonomia del danno esistenziale, ritenendolo incluso nella omnicomprendensiva categoria del danno biologico.

482 Secondo GUARISO, nel pregiudizio "esistenziale" cagionato da un comportamento discriminatorio, la privazione di un beneficio in ragione dell'appartenenza ad un gruppo prima di tutto prescinde dalla sussistenza o meno di un *sinallagma* contrattuale: il soggetto cui è negato l'accesso a tale beneficio è sempre in ogni caso "*creditore di un bene o di una possibilità che gli vengono negati*" per ragioni connesse ad una sua caratteristica soggettiva (ad esempio il sesso), ergo "*un restringimento pratico e visibile delle potenzialità vitali del soggetto*" (pertanto un danno esistenziale n.d.r.) *non può mai mancare*", con la conseguente necessità, in materia antidiscriminatoria, di un ripensamento e di un recupero del concetto di danno *in re ipsa*.

483 Cass., 19.1.2007, n. 1183, in *GC*, 2007, 497, secondo la quale nel vigente ordinamento l'idea della punizione e della sanzione è estranea al risarcimento del danno, così come è indifferente la condotta del danneggiante. Alla responsabilità civile è assegnato il compito precipuo di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, mediante il pagamento di una somma di denaro che tenda ad eliminare le conseguenze del danno arrecato. E ciò vale per qualsiasi danno, non patrimoniale o morale.

zioni, attribuendogli una finalità dissuasiva (non realizzabile ove l'intervento risarcitorio consista nel mero ripristino in termini monetari della situazione anteriore alla lesione). Il tema è delicato, sia per le discriminazioni dirette ma soprattutto con particolare riguardo alle discriminazioni indirette, generate da un atto, patto o comportamento apparentemente neutri che incidono più sfavorevolmente nei confronti di un gruppo. Ma è ormai pacifica l'irrelevanza delle motivazioni sottese all'atto discriminatorio e pertanto della prova dell'intento di discriminare, dal momento che si attribuisce esclusivo rilievo all'"effetto pregiudizievole" a prescindere dalla scopo. In tal senso la giurisprudenza comunitaria non potrebbe essere più chiara⁴⁸⁴. Quindi in materia antidiscriminatoria risulta difficile utilizzare i criteri tradizionali dell'imputazione della responsabilità, visto che tradizionalmente l'intero sistema giuridico della responsabilità civile ruota attorno ai cardini dei principi di dolo e colpa, riservando ad ipotesi residuali i casi di cd. "responsabilità oggettiva". In particolare la discriminazione indiretta esclude in sé la negligenza, poiché lo stesso autore della discriminazione realizzatasi attraverso disposizioni, criteri, prassi, atti, patti o compartimenti apparentemente neutri, anche applicando l'ordinaria diligenza, potrebbe non prevedere l'incidenza sfavorevole degli effetti sul gruppo svantaggiato, verificabili solo *ex post* o mediante sofisticate indagini statistiche, non certo alla portata di tutti e comunque esulanti dall'ordinaria diligenza. In coerenza con la giurisprudenza comunitaria sopra citata, pertanto, si intravede un progressivo sganciamento del danno non patrimoniale dall'accertamento della colpa⁴⁸⁵. Qualche dubbio può sorgere, semmai, in relazione alla quantificazione del danno: se da una parte infatti la sussistenza di un pregiudizio non patrimoniale nella vicenda discriminatoria può essere ritenuta *in re ipsa* (in quanto legata alla lesione di valori fondamentali della persona, la cui titolarità è propria di ogni individuo, a prescindere dal reddito e dalla condizione sociale) e rende più agevole la quantificazione del danno, dall'altra la liquidabilità del danno anche in assenza di colpa potrebbe indurre il giudice ad un atteggiamento eccessivamente benevolente, che fermi il risarcimento al di sotto dei requisiti di proporzionalità e dissuasività richiesti dalle direttive comunitarie e lo trasformi in

484 Vedi la notissima sentenza *Dekker*, 8.11.1990, causa C-177/88 secondo la quale "*allorché uno Stato membro opti per una sanzione che rientra in un regime di responsabilità civile, qualsiasi infrazione al divieto di discriminazione è sufficiente per coinvolgere da sola la responsabilità totale dell'autore dell'atto senza che possano essere prese in considerazione le cause esimenti previste dal diritto nazionale*".

485 La stessa Cassazione, che ha previsto la risarcibilità del danno non patrimoniale anche in caso di presunzione di colpa (richiedendo pur tuttavia la prova presuntiva dell'elemento soggettivo), nel caso di lesione di valori costituzionalmente garantiti ha ritenuto che il danno non patrimoniale sia dovuto anche in caso di responsabilità oggettiva. Così Cass., 27.11.2004, n. 20814, la quale ribadisce che "*non potrebbe giustificarsi che la responsabilità per il danno patrimoniale da lesione di detti valori abbia carattere oggettivo mentre quella per il danno non patrimoniale necessiti dell'elemento soggettivo*".

una sanzione puramente simbolica⁴⁸⁶.

Per ulteriori approfondimenti, con particolare riguardo al tema delle molestie sessuali, si rinvia al contributo di Bruni (capitolo terzo).

9. Le sanzioni amministrative

La riforma attuata con il d.lgs. n. 196 del 2000 ha determinato un avvicinamento del sistema sanzionatorio ivi contenuto al modello francese delle *astreintes*⁴⁸⁷: a fianco delle sanzioni penali originariamente previste dall'art. 650 c.p.⁴⁸⁸ ed ora sostituite da un'autonoma previsione di reato, viene comminato dall'art. 37 Codice P.O. in caso di discriminazione collettiva l'obbligo di pagamento della somma di 51 Euro per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione del provvedimento, da versarsi in favore del Fondo per l'attività delle Consigliere di cui all'art. 18, nonchè la revoca dei benefici finanziari e creditizi, ovvero la decadenza da appalti attinenti all'esecuzione di opere pubbliche, di servizio o forniture come disposto dal 1° comma dell'art. 41⁴⁸⁹. Si segnala come la disciplina appaia riservata esclusivamente all'inottemperanza al provvedimento giudiziale in materia di discriminazione collettiva, essendo contenuta nel solo art. 37 ult. comma e non nell'art. 38 de-

486 Così GUARISO, *op. ult. cit.*, 609.

487 Dal francese *astreindre* (*costringere, imporre qualcosa a qualcuno*) l'*astreinte* consiste in una misura di coazione a carattere patrimoniale, che il legislatore francese ha introdotto con la riforma del 1983 in caso di violazione del divieto di discriminazione, che viene punito con sanzioni penali detentive e/o pecuniarie. In particolare, nella normativa francese l'imposizione giudiziale dell'azione positiva è prevista per il caso di recidiva nella violazione del divieto, come possibile causa di esenzione dalla pena. In tale caso il giudice può imporre al datore di lavoro di definire in un determinato lasso di tempo le misure idonee ad assicurare una maggiore eguaglianza di opportunità tra uomini e donne, e dall'ottemperanza a tale ordine e dalla concreta applicazione delle misure del piano può far dipendere l'esecuzione della pena. Vedi sul punto DE CRISTOFARO, *La disciplina del lavoro femminile in Francia*, in *RGLav*, 1985, 459 ss., BARBERA, *Eguaglianza di opportunità e azioni positive nel diritto comunitario e nelle legislazioni dei paesi membri della Cee*, in *RIDL*, 1986, 857 ss.

488 L'art. 650 c.p. tratta dell'inosservanza dei provvedimenti dell'Autorità e recita: "*Chiunque non osserva un provvedimento legalmente dato dall'Autorità per ragioni di giustizia o di sicurezza pubblica, o di ordine pubblico o d'igiene, è punito, se il fatto non costituisce un più grave reato (337,338,389,509) con l'arresto fino a tre mesi o con l'ammenda fino a Euro 206,58*". Ora il d.lgs. n. 5/2010 prevede che la discriminazione venga punita con l'ammenda fino a 50.000 euro o l'arresto fino a sei mesi.

489 La misura coercitiva ricalca quella prevista dall'ultimo comma dell'art. 18 St. Lav. secondo il quale nel caso di licenziamento di dirigenti delle RSU il datore di lavoro che non ottemperi alla sentenza o all'ordinanza di reintegra è tenuto anche per un giorno di ritardo al pagamento in favore del fondo di adeguamento pensioni di una somma pari alla retribuzione dovuta al lavoratore. In entrambe le ipotesi il beneficiario della penalità di mora non è il creditore bensì un terzo, il Fondo per l'attività delle Consigliere ed il Fondo adeguamento pensioni.

dicato all'azione individuale⁴⁹⁰. Mentre ha portata generale l'art. 41, che prevede la comunicazione da parte delle Direzioni Provinciali del Lavoro territorialmente competenti ai Ministeri di "ogni accertamento di atti, patti o comportamenti discriminatori ai sensi degli articoli 25 e 26.

In ordine alla norma sanzionatoria generale "di chiusura" di cui all'art. 41 del Codice P.O., precedentemente contenuta nell'art. 4, 12° comma, della l. n. 125/1991, essa era già stata novellata dal d.lgs. n. 196/2000, che aveva allargato l'area dei soggetti sanzionabili. Nell'attuale formulazione infatti, ogni accertamento (sia esso amministrativo che giudiziario) di atti, patti, o comportamenti direttamente od indirettamente discriminatori, siano esse individuali o collettivi, posti in essere da soggetti (e non più, come in passato, solo imprenditori), ai quali siano stati accordati benefici previsti da leggi dello Stato, ovvero che abbiano stipulato contratti di appalto per l'esecuzione di opere pubbliche o per pubblici servizi o forniture, viene comunicato immediatamente dalla Direzione Provinciale del Lavoro territorialmente competente ai Ministeri nelle cui amministrazioni sia disposta la concessione del beneficio o dell'appalto. Sicuramente si tratta di un meccanismo sanzionatorio inteso come *extrema ratio*, come è dimostrato dalla sua esclusione in caso di intervenuta conciliazione della controversia antidiscriminatoria ai sensi degli artt. 36, 1° comma, e 37, 1° comma, Codice (rispettivamente secondo le previsioni degli artt. 410 c.p.c. e 66 d.lgs. n. 165/2001 e secondo la particolare ipotesi di conciliazione delle vertenze a carattere collettivo riservata alla Consigliera Regionale di Parità). Ma anche in tale prospettiva residuale può apparire a prima vista singolare che ad oggi non consti alcuna applicazione pratica di tale disposizione. Ci si è più volte interrogati sulle ragioni di questa totale disapplicazione, già rilevata anche anteriormente alla riforma del 2000, che veniva riconnessa ad alcuni difetti tecnici del meccanismo, poi emendati dal d.lgs. n. 196/2000⁴⁹¹. Ma anche l'intervento correttivo non ha sortito alcun effetto, nonostante l'accresciuta attività accertativa in materia antidiscriminatoria della magistratura, grazie al notevole dinamismo dimostrato negli ultimi anni dalle Consigliere di Parità. Del resto in nessuno dei casi trattati e conclusi con un provvedimento giudiziale (decreto o sentenza), pur in presenza di altri meccanismi sanzionatori quali la nullità dell'atto o la predisposizione del piano di rimozione delle discriminazioni accertate, è stata attivata la procedura prevista dall'art. 41 in questione. Evidentemente ci troviamo di fronte ad uno scollamento tra il com-

490 Per una ricostruzione interpretativa che ipotizzi l'estensione delle sanzioni anche ai trattamenti sperequati di cui siano vittime singoli lavoratori/trici vedi le riflessioni di IZZI, *ult. op. cit.*, 206 e SCARPONI, *Tecniche di sostegno indiretto delle azioni positive e misure sanzionatorie*, in *Commentario alla legge 10 aprile 1991, n. 125*, a cura di TREU e BALLESTRERO, 1994, 99 ss.

491 Vedi CALAFÀ, *La riforma delle istituzioni e degli strumenti delle politiche di pari opportunità*, a cura di Barbera, in *NLCC*, 3, 2003, 777.

plessivo sistema sanzionatorio Codice e questa particolare tipologia di intervento. Vale la pena pertanto di analizzarne il meccanismo, per individuare quale sia l'ostacolo che ne determina la paralisi. Ci troviamo di fronte ad una procedura sostanzialmente bifasica, il cui primo *step* è dedicato all'accertamento della discriminazione, ed il secondo all'applicazione della sanzione. Titolare della prima fase è la Direzione Provinciale del lavoro, che dovrebbe procedere direttamente all'accertamento della discriminazione (ma non sempre tale ufficio è in grado di affrontare adeguatamente una casistica così peculiare e delicata)⁴⁹² o riceverne la notizia da parte di un altro soggetto non meglio definito dalla norma (forse dal giudice, ma non vi è alcuna disposizione che preveda obblighi od oneri di segnalazione a carico dell'autorità giudiziaria)⁴⁹³. La norma sostanzialmente ignora il meccanismo antecedente alla prima fase, risultando così manchevole nell'identificazione de/dei soggetti cui spetti la comunicazione della discriminazione accertata. È vero che teoricamente ogni soggetto individuale o collettivo, istituzionale o non, potrebbe svolgere tale ruolo attivo, ma evidentemente il più significativo momento accertativo in materia antidiscriminatoria appare sicuramente quello giudiziale ed il dialogo tra il magistrato e la Direzione Provinciale del Lavoro (titolare del momento della comunicazione dell'illecito al soggetto committente o erogatore dei benefici), oggi lascia a desiderare, in mancanza di una procedura codificata che trovi le forme di tale contatto. *De iure condendo* si auspica l'introduzione di una norma che preveda esplicitamente un canale di comunicazione tra Magistratura e Direzione del Lavoro, nonché percorsi formativi specifici per gli Ispettori in materia antidiscriminatoria. Risulta tecnicamente migliore la soluzione adottata dall'art. 55 *quinquies*, 8° comma, del Codice Pari Opportunità, aggiunto dal d.lgs. 6 novembre 2007, n. 196, che attua la Direttiva 2004/113/CE sulla parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura, di cui si tratterà diffusamente nel paragrafo dedicato a tale disposizione⁴⁹⁴.

492 Il Ministero del Lavoro negli ultimi anni ha dimostrato di essere consapevole dell'opportunità che vengano implementati sia il percorso formativo degli Ispettori del Lavoro che la loro relazione sinergica con le Consigliere di Parità: vedi la circolare 31 del 2001 della Direzione Generale dei servizi Ispettivi avente ad oggetto "Attività di vigilanza in materia di divieto di discriminazione e pari opportunità. Profili sanzionatori e indicazioni operative".

493 Vedi le osservazioni critiche di GUARISO, *op. ult. cit.*, 625. in tema vedi altresì CAPPONI, *I divieti di discriminazione*, in DE MARZO (a cura di), *Il codice delle pari opportunità*, Milano, 2007, 228 ss.

494 L'8° comma dell'art. 55 *quinquies* Codice P.O. stabilisce che in caso di accertata violazione del divieto di cui all'art. 55 *ter* da parte di soggetti pubblici e privati ai quali siano stati accordati benefici ai sensi delle leggi vigenti dello Stato o delle regioni, ovvero che abbiano stipulato contratti di appalto attinenti l'esecuzione di opere pubbliche, di servizi o di forniture, il giudice dà immediata comunicazione alle amministrazioni pubbliche o enti pubblici che abbiano disposto la concessione di benefici, incluse le agevolazioni finanziarie o creditizie, o dell'appalto. Tali amministrazioni o enti revocano i benefici e, nei casi più gravi, dispongono

Alcuni commentatori inoltre suggeriscono di rovesciare l'approccio, mediante l'introduzione di clausole (di parità o di equo trattamento) direttamente nei capitolati d'appalto, consentendo così alle Amministrazioni committenti una verifica *a priori*, fin dal momento della predisposizione delle offerte da parte delle potenziali aggiudicatrici, del rispetto dei principi di non discriminazione e pari opportunità (così come già oggi accade per gli obblighi relativi alla sicurezza ed alle condizioni di lavoro)⁴⁹⁵. Tale proposta si inserisce all'interno del vivo dibattito in tema di imposizione autoritativa di clausole contrattuali al fine di garantire condizioni sociali che esulano dalle reciproche convenienze dei contraenti (pubblici o privati), per perseguire interessi pubblici più generali. Tali soluzioni vengono proposte dall'Unione Europea nella *Comunicazione Interpretativa della Commissione sul diritto comunitario degli appalti pubblici e la possibilità di integrare aspetti sociali negli appalti pubblici*⁴⁹⁶ e già in due recenti norme contenute nelle Direttive in materia di servizi postali e fornitura di servizi (artt. 26 Dir. n. 2004/18/CE e 38 Dir. n. 2004/17/CE) è stato esplicitamente previsto che tra le condizioni per l'esecuzione dell'appalto possano essere incluse anche condizioni sociali ed ambientali⁴⁹⁷.

10. Il reato di discriminazione sessuale: la sanzione penale

Prima della riforma introdotta con il D.Lgs. n. 5/2010 le discriminazioni in ragione del sesso erano sanzionate con una contravvenzione (art. 41 secondo comma del Codice P.O.) ed era prevista altresì una sanzione penale rafforzativa dell'ordine del giudice, attraverso il richiamo all'art. 650 c.p. operato dagli artt. 37 e 38, a tutela dell'adempimento a quanto prescritto nel provvedimento che accerta la discriminazione e dispone la sua rimozione.

Oggi la novella elimina il rinvio all'art. 650 c.p. sia per la discriminazione collettiva che per quella individuale, sostituendolo con una autonoma sanzione penale (l'ammenda fino a € 50.000 o l'arresto fino a sei mesi) in caso di inottemperanza al provvedimento giudiziale. Abbiamo pertanto un significativo inasprimento

l'esclusione del responsabile per due anni da qualsiasi ulteriore concessione di agevolazioni finanziarie o creditizie ovvero da qualsiasi appalto.

495 Vedi CALAFÀ, *op. ult. cit.*, 782 e SCARPONI, *Tecniche di sostegno indiretto alle azioni positive e misure sanzionatorie*, in *Commentario alla legge n. 125/1991* a cura di Treu, in *NLCC*, 1994, 89 ss.

496 Com. 2001-566 del 28 novembre 2001 in G.U.C.E. n. C333 in pari data.

497 Allo stato il panorama delle esperienze in materia è piuttosto limitato: hanno adottato clausole antidiscriminatorie l'Italia, la Francia, il Portogallo e più limitatamente l'Austria, e tale scelta è stata ritenuta coerente con l'obbligo di leale cooperazione degli Stati membri al rispetto ed all'attuazione dell'ordinamento comunitario. Ne fa cenno GUARISO, *op. ult. cit.*, 625.

della pena, che mette in rilievo il disvalore sociale che viene attribuito al comportamento illecito.

Spiace però il mancato allineamento dei regimi sanzionatori previsti dagli artt. 37 e 38, dal momento che non è stata introdotta anche per la pronuncia che accerta la discriminazione individuale una forma di “*astreinte*” simile a quella disciplinata in caso di discriminazione collettiva. La scelta asimmetrica del legislatore appare tanto più singolare se si pone mente alle nuove (per quanto timide) aperture alle sanzioni automatiche da ritardo operate nel codice di procedura civile con l’art. 614 bis⁴⁹⁸. Per quanto concerne le sanzioni penali, l’art. 41 comma 2 del Codice introduce un ulteriore ed autonomo sistema di tutela delle stesse situazioni sostanziali contemplate nel sistema sanzionatorio, predisposto dalle altre norme del capo III, punendo con l’ammenda da 250 euro a 1500 euro l’inosservanza delle disposizioni contenute negli articoli 27 commi 1, 2 e 3 (discriminazione nell’accesso al lavoro, nella formazione, orientamento e nella promozione professionale) 28 (discriminazione retributiva), 29 (nella prestazione e progressione della carriera), 30 commi 1, 2, 3 e 4 (accesso alle prestazioni previdenziali). L’esito è la sovrapposizione fra i vari strumenti di tutela di rilievo civilistico e giuslavoristico da un parte ed il canale parallelo del Magistero penale dall’altra. Inoltre secondo quanto previsto dall’art. 15 St. Lav. un atto nullo per motivi discriminatori rientra nella fattispecie penale contravvenzionale prevista e punita dall’art. 38 della legge n. 300/70⁴⁹⁹. In tale prospettiva il ruolo processuale della Consiglieria di Parità acquisisce una rinnovata importanza, ove si consideri l’ipotesi della sua costituzione di parte civile nel procedimento penale, in coerenza con l’indirizzo evolutivo formatosi in giurisprudenza rispetto agli enti ed organismi esponenziali di interessi diffusi. Tale indirizzo appare rafforzato dalla creazione dei soggetti processuali di cui all’art. 91 c.p.p., in specie quando l’Ente abbia natura pubblicistica e non rivesta solo funzioni di tutela, ma altresì di promozione e controllo in un’area di comportamenti giuridicamente rilevanti. Vi è a dire che il legislatore del 2010 avrebbe potuto cogliere l’occasione per superare il diverso trattamento sanzionatorio riservato a discriminazioni significative come quelle inerenti l’accesso al pubblico impiego (art. 31) alle forze armate (art. 32) o alla violazione

498 La norma è stata introdotta dall’art. 49 comma 1° della legge 18 giugno 2009 n. 69 e così recita: “Attuazione degli obblighi di fare infungibili o di non fare. Con il provvedimento di condanna il giudice, salvo che ciò sia manifestamente iniquo, fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dall’obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell’esecuzione del provvedimento (omissis)”.

499 L’art. 38 dello Statuto dei Lavoratori prevede che la violazione delle norme contenute negli artt. 2, 4, 5, 6, 8 e 15, 1° comma, lett. A) siano punite, salvo che il fatto non costituisca più grave reato, con l’ammenda da € 154,95 a € 1.549,37 o con l’arresto da 15 giorni ad un anno. Nei casi più gravi, le pene dell’arresto e dell’ammenda sono applicate congiuntamente. Trattandosi di contravvenzioni punite con pene alternative, è consentita l’oblazione di cui all’art. 167 bis c.p., beneficio non ammesso invece nelle ipotesi di maggiore gravità.

del divieto di licenziamento per matrimonio (art. 35), che non sono richiamate dall'art. 41 comma 2 e rimangono tutt'ora prive di sanzione penale.

Una trattazione analitica merita l'esame della fattispecie prevista dall'art. 30, commi 1°, 2°, 3° e 4° (divieto di discriminazione nell'accesso alle prestazioni previdenziali), compresa dall'art. 41 comma 2 fra le fattispecie sanzionabili. La norma, al 1° e 2° comma, garantisce alla lavoratrice (che per il momento gode nel nostro ordinamento di un'età pensionabile minima meno elevata di quella del lavoratore uomo), il diritto potestativo di proseguire l'attività lavorativa fino agli stessi limiti di età previsti per i colleghi di genere maschile, beneficiando così in maniera paritaria delle tutele previste in caso di licenziamento individuale⁵⁰⁰. Ciò detto, trattandosi di fattispecie di rilievo penale, l'elemento materiale dell'illecito sarà individuabile nella condotta che ponga ostacoli all'esercizio del diritto di prosecuzione: ad esempio il comportamento del datore di lavoro che intimi il recesso *ex art.* 2118 c.c. avverso la lavoratrice la quale ha scelto di proseguire nell'attività lavorativa oltre l'età pensionabile, in violazione delle norme di tutela in materia di licenziamenti individuali (l. n. 604/1966, l. n. 108/1990, l. n. 300/1970). Proprio queste due ultime disposizioni creano seri dubbi di legittimità, in quanto l'abrogato art. 16 della l. n. 903/1977 puniva come reati le sole violazioni dell'art. 4 (diritto della lavoratrice alla prosecuzione oltre l'età pensionabile, ora trasfuso nei commi 1° e 2° dell'art. 30 del Codice P.O.), mentre ora è divenuto illecito penale altresì il comportamento che contrasti con le prescrizioni di cui ai commi 3° e 4° dell'art. 30 (parità di trattamento nelle aggiunte di famiglia e nella reversibilità). La perplessità che sorge pertanto inerisce ad un possibile eccesso dalla delega conferita al Governo dall'art. 6, l. 28 novembre 2005, n. 246⁵⁰¹, che assegnava al Codice un mero compito di riordino e di coordinamento: in questa prospettiva, un'operazione creativa di nuove fattispecie di rilievo penale nel decreto legislativo

500 Già si è trattato *supra* in ordine ai dubbi di legittimità che suscitava la reintroduzione nella norma del Codice dell'onere di comunicare l'opzione di proseguire l'attività, posto a suo tempo a carico della sola lavoratrice dall'art. 4 della l. n. 903/1977 e già in più occasioni dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla Corte Costituzionale. Ora finalmente il D.lgs. n. 5/2010 ha posto rimedio all'errore materiale ed ha abrogato definitivamente il comma 2.

501 L'art. 6 della l. n. 246/2005 delegava il Governo ad emanare uno o più decreti legislativi "*per i, riassetto delle disposizioni in materia di pari opportunità, secondo i principi i criteri diretti e le procedure di cui all'art. 20 della legge 15 marzo 1997 n. 59 e successive modificazioni, nonché nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi: a) individuazione degli strumenti di prevenzione e rimozione di ogni forma di discriminazione, in particolare per cause di rettemente od indirettamente fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione e le convinzioni personali, gli handicap, l'età o l'orientamento sessuale, anche al fine di realizzare uno strumento coordinato per il raggiungimento degli obiettivi di pari opportunità previsti in sede di Unione Europea e nel rispetto dell'art. 117 della Costituzione; b) adeguamento e semplificazione del linguaggio normativo anche attraverso la rimozione delle sovrapposizioni e duplicazioni*". Come è noto, il Governo ha esercitato la delega solo per quanto concerne la discriminazione fondata sul sesso.

attuativo della delega sarebbe sicuramente inammissibile⁵⁰². Ciò pone non pochi problemi applicativi, con il rischio di inficiare l'efficacia deterrente della norma anche per gli aspetti correttamente trasfusi. È possibile che in tale operazione di "travaso" del testo dell'art. 16, l. n. 903/1977, ove si prevedeva come reato la violazione degli artt. 1, 2, 3 e 4 della stessa legge, per un errore nella trasposizione delle norme si sia pedissequamente richiamata la stessa numerazione, questa volta riferita ai commi 1°, 2°, 3° e 4° dell'art. 30 del Codice. Se così fosse, avremmo un'ulteriore conferma della modesta qualità del lavoro compilativo del Codice, che invece di coordinare le norme fra loro ne ha moltiplicato i problemi interpretativi⁵⁰³.

Una considerazione finale si impone circa entità della sanzione pecuniaria prevista, che consisteva precedentemente in una ammenda da un minimo di € 103,00 ad un massimo edittale di € 516,00, che oggi è stata elevata da 250,00 euro a 1500,00 euro. Vi è a dire che la sistematizzazione dei vari aspetti sanzionatori dei divieti di discriminazione operata con l'art. 41 secondo comma del Codice P.O. risulta altresì carente per il mancato coordinamento della disposizione con la prescrizione a suo tempo contenuta nell'art. 16, 2° comma, l. n. 903/1977 che sanzionava penalmente la violazione al divieto di lavoro notturno di cui al precedente art. 5. La norma è stata radicalmente modificata dall'art. 15 della l. n. 25/1999, oggi trasfuso nell'art. 53 del Testo Unico sulla paternità e maternità nel lavoro (d.lgs. n. 151/2001) e nei confronti di tale disciplina il Codice si limita con l'art. 51 ad un rinvio a carattere generale⁵⁰⁴.

Per completare il quadro della repressione penale dei comportamenti discriminatori per ragioni diverse dal genere, si ricorda come oggi le discriminazioni per razza restino le uniche a godere di una sanzione penale connessa alla discriminazione in quanto tale, qualificata come delitto dalla cd. "Legge Mancino"⁵⁰⁵, senza però

502 Sui rapporti tra legge di delegazione e decreto delegato di cui all'art. 76 della Costituzione, è d'uopo richiamare l'orientamento della Consulta, in forza del quale la disciplina costituzionale non è di ostacolo all'emanazione di norme che rappresentino "*coerente sviluppo*" ed eventuale "completamento delle scelte espresse dal legislatore delegante", dovendosi escludere che "*le funzioni del legislatore delegato siano limitate ad una mera scansione linguistica delle previsioni dettate dal delegante*" e permanendo in capo al delegato la valutazione delle situazioni giuridiche da regolamentare e le scelte conseguenti "nella fisiologica attività di riempimento che lega i due livelli normativi" (sentenze della C. Cost. n. 174/2005; 199/2003; 308/2002). Nel caso di specie, sembra non si tratti di una mera operazione di riempimento, bensì della creazione di nuove ipotesi di rilievo penale precedentemente non previste.

503 Vedi sul punto CAPPONI, op. cit. 236.

504 L'art. 51, al Capo V del Codice, intitolato *Tutela e sostegno della maternità e paternità*, stabilisce succintamente che "la tutela ed il sostegno della maternità e paternità è disciplinata dal decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151".

505 L'art. 3 legge n. 654/75 modificato dalla legge n. 205/93 punisce con la reclusione sino a tre anni chi diffonde in qualsiasi modo idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico,

disporre di una specifica sanzione penale rafforzativa dell'ordine del giudice, non prevista dal D.Lgs. n. 215/2003.

Mentre le discriminazioni per altri fattori restano prive di qualsiasi sanzione penale⁵⁰⁶. Si rinvia inoltre ai contributi di Fiorita (capitolo quarto) e Mughini (capitolo quinto del nel presente volume) per , una più completa panoramica della tutela penale in caso di discriminazione razziale e religiosa.

11. L'onere della prova

La disposizione che regola il carico probatorio delle condotte discriminatorie fra le parti rappresenta una delle norme processuali di maggiore rilievo ed appare sicuramente tra le più dibattute. È un dato esperienziale ormai acquisito che la vittima di un comportamento discriminatorio o molesto incontra estrema difficoltà a provare in giudizio il proprio assunto, sia poiché non sempre il *factum probandum* è di immediata evidenza e pertanto suscettibile di prova diretta, sia per il tendenziale squilibrio di risorse tra le parti, delle quali una generalmente dispone più dell'altra di mezzi dimostrativi. Proprio per superare tale *impasse*, il legislatore comunitario e nel caso del nostro Paese, con lodevole anticipo, anche il legislatore nazionale si sono cimentati ad individuare meccanismi processuali volti a rendere meno gravoso tale onere alla parte attrice⁵⁰⁷. Tale alleggerimento probatorio in Italia è stato attuato dal legislatore interno fin dal 1991, con la l. 10 aprile, n. 125, e successivamente è stato oggetto di una apposita direttiva comunitaria, la 97/80/CE, che ha disciplinato la diversa ripartizione dell'onere della prova nelle discriminazioni basate sul sesso. Tali principi, curiosamente "dimenticati" nella Direttiva 2002/73/CE che modificava la 76/207/CEE, sono

ovvero incita a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, inoltre introduce una circostanza aggravante speciale, che si applica a tutti i reati puniti con pena diversa da quella dell'ergastolo commessi per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso ovvero al fine di agevolare l'attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che hanno tra i loro scopi la medesima finalità: in tali casi la pena è aumentata fino alla metà. Per ulteriori approfondimenti vedi SALVADORI "Stranieri e minoranze tra divieti di discriminazione e inclusione sociale. La tutela penale" in "Il diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa" a cura di CALAFA' e GOTTARDI, Roma 2009, 234 ss.

506 vedi le riflessioni di PICOTTI "La politica penale contro la discriminazione razziale in Italia tra diritti fondamentali e contraddizioni della società globalizzata" in "Il diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa" cit, 333, sul valore di massima stigmatizzazione sociale che il diritto penale moderno vuole comunicare mediante la sanzione penale e sui "goffi" e fallimentari tentativi di estendere nel nostro Paese la disciplina penale delle discriminazioni razziali, etniche e religiose ad ogni altra forma di discriminazione.

507 Le Direttive 2006/54/CE, 2000/78, 2000/43 precisano che "non osta a che gli Stati membri impongano un regime probatorio più favorevole alla parte attrice".

stati richiamati e trasfusi, senza modifiche, nella recente Direttiva 2006/54/CE, che compendia in sé tutte le precedenti norme comunitarie in materia di parità di trattamento tra uomini e donne in materia di impiego ed occupazione e richiama aspetti salienti della giurisprudenza della Corte di Giustizia di Lussemburgo. Ed è fondamentale, ai fini della nostra trattazione, partire dal disposto letterale della norma comunitaria. Recita l'art. 19, 1° comma, di tale ultima Direttiva: “*Gli Stati Membri, secondo i loro sistemi giudiziari, adottano i provvedimenti necessari affinché spetti alla parte convenuta provare l'insussistenza della violazione del principio della parità di trattamento ove chi si ritiene leso dalla mancata osservanza nei propri confronti di tale principio abbia prodotto dinanzi ad un organo giurisdizionale, ovvero dinanzi ad un altro organo competente, elementi di fatto in base ai quali si possa presumere che ci sia stata discriminazione diretta o indiretta*”.

Per la direttiva pertanto prevede ogni stato membro deve apprestare un dispositivo probatorio che oneri parte attrice solo della deduzione di fatti (*to establish facts*) o della produzione di elementi di fatto, dai quali si possa presumere una discriminazione e non invece della prova diretta della condotta illecita.

Viene per contro scaricata sul convenuto in giudizio la prova della insussistenza del carattere discriminatorio della sua azione⁵⁰⁸. Tale inversione dell'onere probatorio deve essere obbligatoriamente attuata negli ordinamenti giudiziari comunitari in tutti i casi in cui non vengano adottate procedure ancora più incisive in ordine ai poteri inquisitori del giudice, ovvero quando “*l'istruzione dei fatti spetti all'organo giurisdizionale o all'organo competente*”, e pertanto parte attrice sia dispensata del tutto dal provare i fatti per i quali la raccolta delle prove spetti all'organo inquirente o giudicante. Quindi, fermo restando il regime probatorio che ogni paese membro ritenga di scegliere, esso non potrà diminuire lo standard minimo garantito dalla direttiva, in termini di alleggerimento dell'onere probatorio che grava sulla parte istante. Non vi è alcun ostacolo, ovviamente, all'adozione da parte dei singoli Stati di una disciplina nazionale ancora più favorevole. Come in precedenza anticipato, il nostro paese, ispirandosi alla tradizione nordamericana, aveva già fin dal 1991 istituito un sistema probatorio “facilitato” per coloro che allegassero di aver subito una discriminazione in ragione del sesso.

Introdotta originariamente dall'art. 4, 6° comma, della l. n. 125/1991, la norma non ha subito sostanzialmente modificazioni sotto il profilo del meccanismo processuale ad opera della riforma del 2000, che ha sostituito integralmente la norma sopra citata con l'art. 8 del d.lgs. n. 196/2000. L'unica modifica introdotta da quest'ultima disposizione alla disciplina dei carichi probatori consiste nell'ampliamento della presunzione di discriminazione non solo agli atti e comportamenti ma altresì ai “patti”, pertanto agli atti negoziali bilaterali o plurilaterali, in coerenza con la modifica della nozione di discriminazione a seguito del recepimento

508 Così CURCIO, *op. ult. cit.*, 551.

mento della Direttiva 2002/73/CE (art. 4, commi 1° e 2°, della l. n. 125/1991, oggi trasfusi nell'art. 25 del codice). Tale allargamento della tipologia di condotte discriminatorie anche agli accordi pattizi ed altresì all'area della contrattazione collettiva rispondeva all'esigenza di non limitare il controllo antidiscriminatorio e le relative facilitazioni processuali alle attività di tipo unilaterale, come era avvenuto in passato, senza tenere conto che frequentemente le lavoratrici ed i lavoratori, quale parte economicamente più debole del rapporto, sono costretti ad accettare, sottoscrivendo accordi negoziali, condizioni discriminatorie imposte dai datori di lavoro ed altresì che la contrattazione collettiva produce frequentemente e per così dire "inconsapevolmente" effetti di disparità di trattamento ben ascrivibili alla categoria delle discriminazioni indirette.

Quindi la scelta legislativa risulta coerente con la nozione oggettiva della discriminazione, che prescinde dall'elemento intenzionale dell'agente e si concentra sugli effetti della condotta, assumendo il punto di vista della "vittima". Sotto il profilo dell'onere della prova una simile chiave di lettura degli elementi processuali è assolutamente determinante: il giudice sarà tenuto pertanto ad indagare solo circa l'esistenza e consistenza dell'atto, comportamento o patto posto in essere ed in relazione all'effetto che essi producono nella sfera giuridica del singolo (se trattasi di discriminazione individuale) o del gruppo (se collettiva). L'elemento soggettivo, la condizione psicologica del soggetto agente (dolo, colpa, buona o mala fede) per contro restano totalmente estranei al sindacato giurisdizionale⁵⁰⁹, così come lo sono gli intenti antisindacali di cui all'art. 28 St. Lav., secondo la consolidata giurisprudenza⁵¹⁰ che si è formata nel tempo in materia. Oggi la disciplina è contenuta in un singolo, autonomo articolo del Codice P.O. (l'art. 40) che dispone (come già disponevano le norme citate in precedenza) che "*quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico relativi alle assunzioni, ai regimi retributivi, all'assegnazione di mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera ed ai licenziamenti, idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso, spetta a convenuto l'onere della prova sull'insussistenza della discriminazione*".

La norma anche in occasione del recepimento della Direttiva 2006/54 di "rifusione" non ha subito alcuna modifica.

Se l'irrelevanza di ogni indagine circa l'*animus nocendi* appare ormai assodata, resta ancora oggetto di dibattito l'effettiva natura, nell'economia del nostro sistema processuale, del sistema probatorio proposto per le discriminazioni di genere

509 Vedi sul punto SASSANI, *L'onere della prova*, in *La riforma delle istituzioni e degli strumenti delle politiche di pari opportunità*, a cura di Barbera in *NLCC*, 2003, 735 e CURCIO, *Azioni in giudizio e onere della prova*, in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, cit., 553.

510 Per l'irrelevanza di un'indagine sull'intento antisindacale, fra le molte, si richiama Cass., Sez. lav., 26.2.2004, n. 3917, in *RCDL*, 2004, 557, con nota di D'AGATA.

dall'art. 40 del Codice P.O. L'esegesi della norma sul piano lessicale ci indirizzerebbe all'area tematica delle presunzioni: appartengono infatti a tale categoria i concetti di "precisione", "concordanza" e ovviamente "presunzione" che la terminologia utilizzata richiama alla mente in maniera diretta. Manca però il riferimento alla "gravità" di cui all'art. 2728 c.c. e su questa assenza i commentatori (specie i processualisti, ma non solo)⁵¹¹ hanno cercato faticosamente di costruire una teoria generale dell'onere della prova in materia di contrasto alle disparità di trattamento uomo/donna, nell'intento di raccordare ed armonizzare tale peculiare regola con il complessivo sistema del processo del lavoro. La produzione dottrinale di tale impegno interpretativo, iniziato con grande entusiasmo non appena entrata in vigore la l. n. 125/1991, è invero singolarmente abbondante ed articolata e ci limiteremo a qualche cenno: in estrema sintesi, praticamente tutti i commentatori tendono ad escludere che la norma instauri un rigido regime di prova presuntiva, così come disciplinato dagli artt. 2727 e ss. c.c., in quanto ciò che assume rilevanza circa l'onere che incombe all'attore è la "verosimiglianza" dei fatti dedotti a dimostrazione della discriminazione lamentata⁵¹². In sostanza, la

511 Vedi le acute osservazioni di BARBERA, *La nozione di discriminazione in Legge 10 aprile 1991 n. 125, Commentario sistematico* a cura di Treu e Ballestrero, 60, circa la suddivisione tematica avvenuta tra i commentatori, tra i giuslavoristi, che hanno concentrato la loro attenzione sulla definizione della fattispecie sostanziale, ed i processualisti che si sono dedicati al tema dell'onere della prova, rilevandone fin dall'inizio la carica innovativa e problematica insieme. Ma, afferma l'A., "mai come in questo caso, (...) l'analisi delle disposizioni sostanziali non può prescindere da quella della disciplina probatoria".

512 Tra i molti autori che si sono cimentati nell'analisi del regime probatorio in materia di discriminazione di genere, ricordiamo le osservazioni critiche di TARUFFO (*Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, in *RTDPC*, 1992, 734 ss.) il quale ritiene che sotto il profilo processuale si sia in presenza di una diversa ripartizione dell'onere della prova, con esonero della parte ricorrente della prova del fatto positivo e correlato onere di parte convenuta del fatto negativo, nel senso che il fatto ignoto discriminatorio non deve essere dimostrato attraverso la prova di elementi precisi gravi e concordanti ma in base alla mera verosimiglianza della relativa allegazione, con l'effetto di non instaurare tanto un "meccanismo di prova", quanto un "meccanismo di predeterminazione della soccombenza". Ad analoghe conclusioni perviene VALLEBONA in *L'inversione dell'onere della prova nel diritto del lavoro*, *ivi*, 1992, 809 ss. per il quale l'inversione viene condizionata da un'attività del soggetto agevolato, consistente però non nella prova piena di un elemento alternativo predeterminato dal legislatore come nella presunzione relativa, bensì nella prova semipiena del fatto presumendo. Si assegna così alla verosimiglianza, in generale idonea soltanto a consentire l'ammissione del giuramento suppletorio, l'effetto di invertire l'onere della prova della discriminazione per sesso, con l'introduzione nel nostro ordinamento di un modello simile a quello della prova *prima facie*, di creazione giurisprudenziale e propria dell'esperienza giuridica tedesca. DE ANGELIS (*Profili della tutela processuale contro le discriminazioni tra lavoratori e lavoratrici*, in *RIDL*, 1992, 471 ss.) ritiene invece che non si possa parlare tecnicamente di inversione dell'onere della prova, ma solo di una *relevatio ab onere probandi*, tale da ricondurre *ex se* taluni comportamenti alla fattispecie discriminatoria, mediante il sistema delle presunzioni semplici attenuate, stante la mancanza del requisito della "gravità" rispetto alla disciplina generale. Per una esaustiva ed accurata disamina delle varie tesi dottrinali sull'argomento ed una rassegna giurisprudenziale cfr. SASSANI, *op. ult. cit.*, 738. Per un approfondimento in chiave comparativistica vedi BONINI BARALDI *L'onere*

disciplina dell'art. 40 attribuisce indiretta capacità probatoria ad elementi di fatto secondari ed esterni alla fattispecie discriminatoria (gli elementi di fatto desunti anche da dati di carattere statistico) e consente di ritenere tali fatti provati attraverso un congegno che ricorda quello delle presunzioni, anche se non lo richiama del tutto. Appare in definitiva molto convincente quanto sostenuto da autorevole voce, che ritiene trattarsi di *“meccanismo ibrido, che mutua dalla presunzione semplice tanto l'atipicità del fatto indiziante quanto il necessario apprezzamento da parte dell'interprete dei nessi logici inferenziali che legano il fatto noto a quello presunto; dalla presunzione relativa la semplificazione del carico probatorio e l'effetto di invertire l'onere della prova (nel senso del rischio della mancata prova) a carico del soggetto contro cui opera la presunzione”*⁵¹³.

Pertanto non ci troviamo di fronte ad un'inversione dell'onere probatorio intesa in senso sostanziale, che in deroga a quanto previsto dall'art. 2967 c.c. (chi rivendica un diritto deve provare i fatti che ne sono a fondamento) pone a carico del convenuto l'intero onere di provare i fatti estintivi, impeditivi, modificativi rispetto a quanto semplicemente dedotto dall'attore (come ad esempio nella disciplina dei licenziamenti individuali). Nel caso della discriminazione, il comportamento illecito integrante il fatto costitutivo della fattispecie è atipico, così come è atipico il fatto indiziante. Il legislatore non ha indicato a priori cosa deve essere provato e come: ha semplicemente stabilito che il giudice, mediante un meccanismo presuntivo semplificato e facendo uso del prudente apprezzamento, può trarre il convincimento della esistenza del comportamento lesivo denunciato da alcuni fatti indizianti (esemplificati non esaustivamente, richiamando scansioni tipiche del rapporto di lavoro che nella loro ripetitività e serialità, anche statistica, lette in ottica di genere, possono essere indizi di comportamenti discriminatori) che l'attore deve allegare e provare. Quindi il ricorrente, nel sistema processuale antidiscriminatorio interno, qualcosa deve comunque provare e non può limitarsi ad enunciare di aver subito una discriminazione: conseguentemente il carico probatorio del convenuto si determina solo se l'attore abbia a sua volta fornito elementi, sia pure relativi a fatti secondari, che il giudice ha l'obbligo di esaminare secondo un serio giudizio di verosimiglianza⁵¹⁴. Pertanto tecnicamente non si deve parlare di piena inversione della prova, ma di una parziale modifica della ripartizione classica dei carichi probatori a favore della parte attrice che assume di essere stata discriminata,. Apparentemente il carico probatorio del convenuto sembra rimanere immutato: in realtà ad un (parziale) vantaggio per il/la ricor-

della prova nei casi di discriminazione: elementi per una concettualizzazione nella prospettiva del diritto privato, in *Il diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa*, a cura di CALAFA' e GOTTARDI, 263 ss.

513 Così BARBERA, *op. ult. cit.*, 63.

514 Così CURCIO, *op. ult. cit.*, 552 ss.

rente, corrisponde simmetricamente uno svantaggio per il chiamato in giudizio, in quanto diminuisce, per la presunta vittima, il rischio della mancata prova e pertanto della reiezione del ricorso, mentre corrispondentemente aumenta il rischio della soccombenza per il convenuto, presunto autore del comportamento discriminatorio contestato.

È sicuramente singolare che alla ricchezza di contributi dottrinali sul punto, stimolata dalla novità degli strumenti adottati dagli inquisiti, si contrapponga una giurisprudenza quanto mai rarefatta ed in pratica quasi esclusivamente di merito. Se gli Autori temevano una deflagrazione espansiva del nuovo regime della prova, ciò non è affatto avvenuto ⁵¹⁵. Solo negli ultimi anni è riscontrabile una crescita del numero delle pronunce e della loro qualità argomentativa, grazie anche all'impegno delle Consigliere di Parità che hanno portato in giudizio una casistica più varia, avvalendosi di una maggiore perizia tecnico-processuale rispetto al passato. Ma si tratta pur sempre di un pugno di sentenze, di una giurisprudenza *spot*, troppo scarsa per tracciare orientamenti di una certa consistenza o nette linee di tendenza.

Eppure proprio in sede giurisdizionale sarebbe stato necessario testare la tenuta della previsione legislativa e soprattutto la sua efficacia in relazione alle due diverse fattispecie sostanziali oggetto della prova, ovvero la discriminazione diretta e quella indiretta.

Prima di esaminare analiticamente i pochi precedenti giurisprudenziali in materia, proviamo comunque a tratteggiare, prendendo le mosse dalla definizione sostanziale di discriminazione diretta (art. 25, 1° comma, del Codice), il contenuto dell'onere della prova imposto ai contendenti in un giudizio avente ad oggetto una disparità di trattamento tra uomo e donna nell'ambito di lavoro, orientamento e formazione.

Nell'ipotesi della discriminazione diretta, oggetto della prova dovrà essere il trattamento comparativamente meno favorevole in ragione del sesso riservato ad una lavoratrice (o lavoratore) rispetto a quello di un'altra/altro in situazione analoga. Ove l'atto, patto o comportamento neghi o impedisca un diritto in maniera esplicita, per ragioni connesse all'appartenenza di genere ed al di fuori delle cause giustificative (l'essenzialità del requisito allo svolgimento dell'attività lavorativa), la prova della discriminazione coinciderà con la prova dell'azione od omissione, pertanto risulterà *in re ipsa*. Esempi tipici sono la ricerca del personale attraverso requisiti che escludano apertamente gli appartenenti ad un determinato genere o il rifiuto dell'assunzione di una lavoratrice con motivazioni che facciano direttamente riferimento al suo sesso o al suo stato familiare, matrimoniale o di gravidanza: in questi casi la produzione in giudizio dell'annuncio o la dimostra-

⁵¹⁵ di sul punto BARBERA, in *La nozione di discriminazione*, op. ult. cit., 61, che segnala come la giurisprudenza sul punto sia stata ancora più scarsa di quella scaturita dall'applicazione della l. n. 903/1977, già poco memorabile per quantità e qualità.

zione, documentale o per testi, del provvedimento di rifiuto esaurirà pienamente l'attività probatoria dell'attore⁵¹⁶ e non vi sarà necessità di alcun ragionamento comparativo. Se invece un diritto garantito indistintamente a tutti i lavoratori viene negato agli appartenenti ad un determinato sesso, sarà la prova del mancato riconoscimento a certi soggetti, in rapporto alla fruizione da parte dell'altro gruppo diversamente connotato, a coincidere con la prova della discriminazione: dimostrare la sussistenza del diritto leso consentirà automaticamente la dimostrazione della condotta lesiva.

Le cose si complicano e la comparazione diviene necessaria quando gli atti non sono così espliciti o quando si controverte circa l'esercizio del potere discrezionale da parte del datore di lavoro mediante, ad esempio, una promozione o un altro beneficio riservato ad alcuni lavoratori e non ad altri: in questo caso l'evidenza della discriminazione è il risultato comparativamente più sfavorevole che si produce a danno di lavoratori/trici che possiedono tutti le medesime caratteristiche, tranne l'appartenenza di genere. In tale ipotesi può non bastare illa prova della disparità di trattamento, per ritenere dimostrato anche il fattore discriminatorio. In altre parole, non sempre un trattamento differenziale è anche una discriminazione, pertanto un illecito.

C'è chi sostiene che in questi casi al ricorrente spetterebbe l'onere di dimostrare la sussistenza di tutti gli elementi costitutivi della discriminazione: l'identità della situazione, la disparità di trattamento, il fattore discriminatorio, la sua efficienza causale: solo a questo punto sorgerebbe per il datore di lavoro l'onere di giustificare la differenza⁵¹⁷. Ma il pretendere dall'attore la prova diretta dell'effettivo criterio discriminatorio e del nesso eziologico esistente tra questo ed il pregiudizio lamentato, finisce per tradursi in una surrettizia reintroduzione della richiesta di prova del motivo illecito, ormai definitivamente superata dalla nozione oggettiva della discriminazione. Viene in aiuto di chi agisce in giudizio per lamentare un trattamento sfavorevole in ragione del sesso, la prova "quantitativa" o statistica, che chiarisce l'origine collettiva della lesione subita dall'individuo per le caratteristiche che condivide con un gruppo. Il dato statistico pertanto può fornire importanti elementi di prova sia, come è ovvio, nei casi di discriminazione diretta di natura collettiva, sia nelle controversie individuali, contribuendo a far comprendere le ragioni delle disparità di trattamento di cui è vittima il singolo. In sostanza, l'implicazione fondamentale di questo ragionamento è la sostituzione della ricerca del criterio discriminatorio e del nesso di causalità con la definizione di standard giudiziali di attendibilità dei dati quantitativi prodotti in giudizio, da valutare da parte del giudicante sotto il profilo, come si esprime la norma, della

516 Così BARBERA, *op. ult. cit.*, 67.

517 In questo senso vedi VALLEBONA, *op. ult. cit.*, 832.

precisione e concordanza (e non della gravità) dei fatti indizianti⁵¹⁸. Il valore da attribuire al dato statistico poi è assolutamente decisivo ove si affronti il tema della prova della discriminazione indiretta. La norma codifica tale fattispecie riferendosi alle ipotesi in cui una regola, una disposizione, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri, quindi rivolti ad una platea indifferenziata di destinatari, abbiano in realtà un impatto “di particolare svantaggio” nei confronti dei lavoratori di un determinato sesso. Merita ricordare che il d.lgs. n. 145/2005, in attuazione della Direttiva Comunitaria 2002/73/Ce, ha sostituito l'espressione “*svantaggio proporzionalmente maggiore*” con l'attuale “*particolare svantaggio*”, proprio nell'intento di rendere meno necessaria la prova statistica. Ci si è chiesti se la modifica terminologica abbia implicato un sensibile mutamento della portata della norma: nei più recenti commenti si sostiene che l'introduzione della nuova terminologia, alla quale non è estranea né l'evoluzione della giurisprudenza comunitaria, né la valutazione concreta della complessità dell'uso della prova statistica, “*sembra potenzialmente in linea con la tradizione precedente*”⁵¹⁹. Infatti la direttiva oggetto di recepimento, nel *Considerando* n. 10, riferendosi ai mezzi di prova utilizzabili per l'accertamento della discriminazione indiretta, prevede che essa “*sia accertata con qualsiasi mezzo, compresa l'evidenza statistica*”. La successiva direttiva quadro 2006/54/CEi, dimostra come la rilevanza dei dati statistici sia ancora attuale, visto che nel *Considerando* n. 37 si ritiene che “*al fine di una migliore comprensione della disparità di trattamento tra uomini e donne in materia di occupazione e di impiego, occorrerebbe mettere a punto, analizzare e predisporre ai livelli opportuni dati e statistiche comparabili, differenziati in base al sesso*”. Quindi sembrerebbe confermata la tesi che la dimostrazione del *disparate impact* possa essere fornita sia attraverso l'utilizzo di elementi ed indagini di natura qualitativa che di dati quantitativi⁵²⁰.

Quindi il/la ricorrente dovrà provare sia i criteri adottati sia l'incidenza sfavorevole sulla sfera del gruppo svantaggiato: e tale onere può essere alleggerito mediante il meccanismo presuntivo predisposto dalla norma. Ove infatti, anche mediante la prova statistica, si dimostri l'esistenza di un trattamento pregiudizievole (un

518 BARBERA, *op. ult. cit.*, 68.

519 In tal senso si esprime GUAGLIANONE, in *Le discriminazioni basate sul genere*, in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, a cura di Barbera, cit., 270.

520 A questo proposito è doveroso il richiamo alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, a partire dalla nota sentenza *Danfoss* del 17 ottobre 1989 C-109/88 in materia di parità di trattamento retributivo tra lavoratori di sesso femminile e maschile, secondo la quale la Direttiva 75/117/CEE relativa alla parità delle retribuzioni tra lavoratori e lavoratrici, va interpretata nel senso che qualora un'impresa applichi un sistema di retribuzione caratterizzato da una mancanza totale di trasparenza, il datore di lavoro ha l'onere di provare che la sua prassi salariale non è discriminatoria, ove il lavoratore di sesso femminile dimostri, su un numero relativamente elevato di lavoratori, che la retribuzione media delle lavoratrici è inferiore a quella dei lavoratori di sesso maschile.

impatto particolarmente sfavorevole), sarà necessario dimostrare che esso è l'effetto dell'applicazione di criteri che svantaggiano in misura significativamente (e non più proporzionalmente) maggiore un gruppo connotato dall'appartenenza sessuale.

In altre parole, entra in campo una valutazione presuntiva che lega, con un nesso di consequenzialità logica, l'evidenza statistica (il trattamento difforme) con l'identità collettiva del gruppo svantaggiato. Se infatti dalla applicazione generalizzata della regola o del criterio neutri ci si può attendere un determinato risultato omogeneo per uomini e per donne, la particolare anomalia di tale risultato nei confronti di soggetti appartenenti a gruppi distinti per genere (tutte le donne o tutti gli uomini) può indurre il giudicante a non ritenerla casuale, bensì legata da nesso eziologico alla efficacia discriminatoria del trattamento posto in essere.

Naturalmente la prova statistica è uno strumento delicato, che deve essere utilizzato *cum grano salis*: tanto più utile a fini probatori sarà la risultanza quantitativa, quanto più ci si avvicinerà al contesto nel quale la discriminazione si assume maturata (l'azienda, quella particolare qualifica o profilo professionale), quindi l'ambito di comparazione fra gruppi dovrà essere ben delimitato. Vi è il rischio infatti di attribuire soverchia rilevanza ad aspetti eccessivamente generici (ad esempio i dati relativi alla complessiva partecipazione al mercato del lavoro di uomini e donne), i quali sono senz'altro utili quali indizi all'interno di un complessivo quadro probatorio o per minare la credibilità delle giustificazioni del convenuto, ma non sono sufficienti per fondare la presunzione di discriminazione.

Inoltre l'effetto diversificato deve essere privo di giustificazione: pertanto il convenuto, chiamato in giudizio a rispondere di un atto, criterio, prassi ecc. con conseguenze applicative svantaggiose per un gruppo omogeneo per "fattore di rischio", sarà tenuto a provare che tale criterio riguarda requisiti essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa, che l'obiettivo è legittimo ed i mezzi impiegati per il suo conseguimento sono appropriati e necessari. In caso contrario, ne verrà decretata la soccombenza.

Per ulteriori approfondimenti relativi alle discriminazioni perpetrate mediante molestie e molestie sessuali *ex art. 26, 1° e 2° comma, del Codice Pari Opportunità* ed al relativo regime probatorio, nonché agli aspetti risarcitori, si rinvia al contributo di Marica Bruni.

12. Le deroghe alla parità di trattamento: le eccezioni e le giustificazioni

Come più sopra si è ricordato, la definizione di discriminazione diretta ed il correlato divieto di disparità di trattamento in ragione del sesso si presentano, nel nostro ordinamento, quali fattispecie assolute, non suscettibili di deroghe motivate da cause di giustificazione, ma solo di eccezioni alla regola in casi rigidamen-

te tipizzati.

La discriminazione indiretta invece prevede un meccanismo in cui il particolare svantaggio, derivante dall'impatto di criteri, prassi, atti, comportamenti, patti, avverso un gruppo sessualmente connotato, ha una sua valenza presuntivamente discriminatoria se suffragato da dati di fatto anche statistici, valenza che può però venire meno in presenza di cause di giustificazione.

Secondo la Direttiva 2002/73/CE, al principio del divieto di disparità di trattamento si affianca un sistema di giustificazioni e di eccezioni: tale presunzione di discriminazione verrà meno ove *“detta disposizione, criterio o prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari”*. Inoltre gli Stati membri potranno stabilire eccezioni al principio di parità di trattamento che non costituiscano discriminazione ove *“per la particolare natura delle attività lavorative di cui trattasi o per il contesto in cui esse vengono espletate, tale caratteristica costituisca un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, purché l'obiettivo sia legittimo e il requisito proporzionato”*.

Nel nostro ordinamento era già prevista una disciplina derogatoria, pertanto il recepimento della direttiva ne ha dovuto tenere conto, per non incorrere nella clausola di non regresso. Il tema delle eccezioni quindi riguarda le discriminazioni dirette ed è ancora vigente quanto prescritto dalla l. n. 903/1977, oggi trasfuso nell'art. 27, 6° comma, del Codice Pari Opportunità: non costituirà discriminazione condizionare l'assunzione in attività della moda, dell'arte o dello spettacolo all'appartenenza ad un determinato sesso, quando ciò sia essenziale alla natura del lavoro o della prestazione. La medesima clausola di “essenzialità” è prevista nel 5° comma dell'art. 27, che impone nei concorsi pubblici e nelle forme di selezione la richiesta bidirezionale della prestazione, rivolta nei confronti dell'uno e dell'altro sesso. Per sintetizzare, già per la disciplina comunitaria (secondo la Direttiva 2002/73 e le sentenze della Corte di Giustizia), la possibilità di trasgredire il divieto di trattamenti difforni basati sul sesso è confinata all'area dell'accesso all'occupazione (compresa la formazione) e le deroghe sono limitate a quelle derivanti dalla necessità di possedere requisiti realmente collegati al lavoro⁵²¹.

Per le discriminazioni indirette, invece, la trasposizione nazionale delle direttive si incardina su una definizione di diritto interno preesistente: ne è risultato un testo più rigoroso di quello comunitario, proprio in relazione alle cause di giustificazione. Infatti perché la disparità di trattamento derivante da una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri sia lecita, non solo tali disposizioni, criteri o prassi devono essere *“oggettivamente giustificati da una finalità legittima ed i mezzi impiegati per il suo con-*

521 Così la sentenza Johnston, Causa C-222/84 in CGCE 15.5.1986.

*seguimento siano appropriati e necessari*⁵²², ma altresì devono riguardare requisiti essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa.

Tutto ciò doverosamente premesso in relazione alle disposizioni sostanziali, sotto il profilo probatorio lo *standard* delle giustificazioni e delle eccezioni cambia, a seconda che si tratti di una discriminazione diretta o indiretta.

Nel primo caso, infatti, una volta che sia stata accertata anche induttivamente una differenza di trattamento e che essa risulti basata sul sesso, al soggetto agente (che sia datore di lavoro o altra figura) non è concesso giustificare l'utilizzo del fattore vietato, al di fuori delle eccezioni previste dalla legge, poiché la norma non consente che il sesso venga assunto a base di un trattamento pregiudizievole. In particolare, saranno escluse le giustificazioni che richiama l'interesse o le esigenze dell'impresa, che nel nostro ordinamento non hanno alcuna rilevanza.

Diversamente accade per le discriminazioni indirette, ove l'ampliamento della sfera di illiceità della condotta viene controbilanciata dalla possibilità, riconosciuta al datore di lavoro, o comunque al soggetto agente, di dimostrare che il criterio apparentemente neutro ma di impatto diseguale sui due sessi sia motivato da oggettive necessità dell'impresa, che l'obiettivo sia legittimo ed i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari. Il convenuto, nel primo caso (discriminazione diretta), dovrà negare la differenza di trattamento dedotta come discriminatoria o negare che la disparità, pur esistente, sia dovuta al criterio vietato, provando la sua connessione, invece, con altre ragioni diverse dal sesso.

La prova contraria di cui è onerato consisterà ad esempio nell'articolazione di capitoli circa le circostanze obiettive o le caratteristiche soggettive diverse dal sesso cui è dovuto il difforme trattamento. In sostanza il convenuto dovrà provare che i soggetti di cui viene comparato il trattamento in realtà non sono *similarly situated*.

Nel secondo caso (discriminazione indiretta), entra in campo un giudizio di ponderazione tra il particolare svantaggio e la legittimità dell'obiettivo, nonché l'appropriatezza e necessità dei mezzi impiegati per il suo conseguimento, previa l'esecuzione di un esame di essenzialità all'attività lavorativa dei requisiti cui il criterio è inerente⁵²³.

522 Così l'art. 2, 1° comma, lett. b) della Direttiva 2006/54/CE, in relazione all'art. 25, 2° comma, del d.lgs. n. 198/2006.

523 Secondo le indicazioni fornite dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, in specifico dalla già ricordata sentenza *Danfoss*, sembra esclusa la possibilità di addurre generiche difese in termini di costi d'impresa ed esigenze di mercato, poiché viene richiesta l'esistenza di necessità obiettive, legate allo svolgimento concreto dell'attività lavorativa. Nel caso di specie trattato dal Giudice comunitario, ad esempio, la differenza salariale ritenuta discriminatoria poteva essere giustificata dal datore di lavoro con criteri apparentemente "neutri" di aumento degli emolumenti, quali la flessibilità, la formazione professionale o l'anzianità di servizio, che sistematicamente sfavoriscono il sesso femminile solo a determinate condizioni: il ricorso al criterio della flessibilità, ad esempio, solo se attinente all'adattabilità ad orari e luoghi di la-

13. L'intervento in giudizio della consigliera di parità

Il 2° comma dell'art. 36 del Codice delle Pari Opportunità prevede la facoltà di intervento delle Consigliere Provinciali o Regionali nel giudizio individuale promosso dalla persona discriminata. Tale intervento, non realizzabile su istanza di una delle due parti o *iussu iudicis*, ai sensi degli artt. 106 e 107 c.p.c., deve intendersi di natura volontaria, secondo il disposto dell'art. 419 del codice di rito. A questo proposito, è utile passare rapidamente in rassegna il dibattito sorto con l'entrata in vigore della prima legge sulle azioni positive nel lavoro, dal quale emergevano quattro diversi orientamenti: 1) per alcuni autori l'intervento della Consigliera aveva natura litisconsortile, dal momento che essa si fa portatrice dell'interesse generale alla parità di trattamento, pertanto la sua partecipazione al giudizio appariva ammissibile solo nei casi in cui la lesione dedotta in sede di azione individuale avesse rilevanza superindividuale⁵²⁴; 2) per altri commentatori si trattava di un intervento "adesivo dipendente", *ex*

voro variabili, dimostrando che tale adattabilità riveste essenziale importanza per l'esecuzione dei compiti specifici che sono affidati al lavoratore, ma non se tale criterio viene riferito alla qualità del lavoro svolto dal dipendente. Per la Corte, nella sentenza *Danfoss* il criterio della flessibilità "può anche operare a danno dei lavoratori di sesso femminile, i quali causa di impegni casalinghi e familiari di cui hanno sovente la responsabilità, possono meno facilmente dei lavoratori di sesso maschile organizzare il loro orario di lavoro in modo flessibile". A tale proposito viene richiamata la sentenza 13 maggio 1986 (*Bilka*, causa 170/84, racc. 1607), secondo la quale la politica di un'impresa che retribuisce globalmente in misura maggiore i lavoratori a tempo pieno rispetto a quelli a part-time, esclusi dal regime pensionistico aziendale, poteva colpire un numero molto più elevato di donne che di uomini, in considerazione delle difficoltà che incontrano le lavoratrici a lavorare a tempo pieno, ma l'impresa può provare che la prassi salariale è determinata da fattori obiettivamente giustificati ed estranei a qualsiasi discriminazione sessuale. Quanto al criterio della formazione professionale, per la Corte non è escluso che esso possa svolgere un ruolo a danno delle lavoratrici, ove esse abbiano avuto minori possibilità di acquisire una formazione altrettanto avanzata rispetto ai dipendenti di sesso maschile o abbiano utilizzato tale possibilità in misura minore, ma il datore può giustificare la remunerazione di una formazione professionale particolare dimostrando che tale formazione riveste importanza per l'esecuzione di compiti specifici che sono affidati al lavoratore. In ordine infine al criterio dell'anzianità, non si esclude che anch'esso sia sfavorevole alle lavoratrici, in quanto le donne sono entrate più recentemente nel mercato del lavoro rispetto agli uomini o subiscono più frequentemente interruzioni di carriera, ma poiché l'anzianità va di pari passo con l'esperienza, e quest'ultima pone generalmente il lavoratore in grado di meglio svolgere le sue prestazioni, il datore di lavoro è libero di remunerarla senza dover dimostrare l'importanza che essa riveste per l'esecuzione di compiti specifici che sono affidati al lavoratore.

524 Così RAPISARDA, *La tutela dei soggetti discriminati. Azione individuale, azione pubblica, tentativo di conciliazione*, in TREU e BALLESTRERO (a cura di), *Commento alla legge n. 125/1991*, cit., 1994, 53, la quale rileva la criticità della situazione della Consigliera, per un possibile conflitto tra l'interesse individuale e quello generale di cui tale organismo istituzionale potrebbe essere portatore. L'ipotesi di litisconsorzio prospettata da questa tesi pare quello scaturente da un intervento litisconsortile adesivo autonomo, che si realizza quando un terzo fa valere il suo diritto nei confronti di una o alcuna delle parti, assumendo una posizione autonoma. Cfr. sulla teoria dell'istituto processuale MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2000, 341.

art. 105, 2° comma, c.p.c., dal momento che la Consigliera entra a far parte del processo al limitato fine di sostenere le ragioni del lavoratore/trice discriminato/a, rimanendo confinato l'oggetto del contendere nei limiti della domanda proposta da quest'ultimo/a⁵²⁵;

3) vi è chi si attestava su una tesi mediatrice, secondo la quale l'intervento della Consigliera poteva essere qualificato sia come litisconsortile che adesivo dipendente, a seconda che il contenuto delle pretese fatte valere in giudizio da tale organismo fossero in via autonoma la violazione del diritto alla parità di trattamento oppure le ragioni del/della ricorrente⁵²⁶;

4) secondo un'ipotesi minoritaria, tale intervento non era assimilabile a nessuna delle categorie sopra enunciate e rimaneva *sui generis*, alla stregua di quello previsto per il Pubblico Ministero nella cause in cui difetta del potere di azione *ex art.* 72, 2° comma, c.p.c.⁵²⁷.

Successivi approfondimenti e soprattutto l'esperienza applicativa hanno condotto ad articolare la definizione della natura dell'intervento della Consigliera in maniera più duttile e meno drastica che in passato. Appare oggi più corretto qualificarlo come "adesivo dipendente"⁵²⁸ nel caso in cui la discriminazione denunciata abbia rilievo esclusivamente individuale, come "litisconsortile" invece ove il comportamento lesivo abbia anche rilevanza collettiva e il *vulnus* al principio di parità di trattamento, di cui la Consigliera è presidio, sia diretto ed immediato⁵²⁹. In questo secondo caso, la legittimazione attiva sarà esclusivamente delle Consigliere regionali di Parità, sole titolari dell'azione collettiva-pubblica (salvo i casi di rilevanza nazionale, per i quali è prevista la legittimazione anche della Consigliera Nazionale). Mediante l'intervento litisconsortile, pertanto, viene introdotta nel giudizio individuale una distinta ed autonoma domanda che tenderà alla realizzazione del piano di rimozione (collettiva), secondo quanto previsto dai commi 1° e 2° dell'art. 37 del Codice, nelle ipotesi in cui la causa individuale denunci l'esistenza di una situazione di discriminazione a valenza plurisoggettiva e quin-

525 In questo senso TRIMBOLI, *I consiglieri di parità ed il giudizio antidiscriminatorio*, nota a Trib. Roma, 25.1.2001, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 2001, 669.

526 Così CHIAVASSA, HOESCH, *Le azioni positive in giudizio*, in *RCDL*, 1992, 23, IZZI, *Discriminazioni di sesso nel rapporto di lavoro: il nuovo regime processuale*, in *RTDPC*, 1994, 575.

527 In tal senso BALENA, *Gli aspetti processuali della tutela contro le discriminazioni per ragione di sesso*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 1995, 435. I casi di intervento in causa del P.M. sono disciplinati dagli artt. dal 69 al 74 del c.p.c. In particolare l'art. 70, ultimo comma, prevede un intervento volontario in ogni causa in cui ravvisi un pubblico interesse. In tali casi (art. 72) ha gli stessi poteri che competono alle parti e li esercita nelle forme che la legge stabilisce per queste ultime, può produrre documenti, dedurre prove, prendere conclusioni nei limiti delle domande proposte dalle parti.

528 Così AMATO, *L'azione individuale e l'azione collettiva*, cit., 2003, 768.

529 Così CICCHITTI, *La tutela processuale della parità dopo il d.lgs. del 23 maggio 2000 n. 196*, in *RDPr*, 2002, 194.

di sollevi aspetti riferibili all'interesse generale alla parità. È possibile pertanto ipotizzare l'esistenza contestuale dei due procedimenti (a seguito dell'intervento litisconsortile dell'organismo istituzionale), le cui rispettive conclusioni saranno diversamente articolate, stante la non sovrapponibilità delle domande svolte in via individuale e collettiva⁵³⁰. Ciò può comportare conseguenze di tutto rilievo anche relativamente al regime delle impugnazioni: sotto questo profilo, sarà postulabile l'ammissibilità dell'appello, anche incidentale, della Consiglieria avverso la sentenza che nega la sussistenza nel merito della discriminazione lamentata, pur in assenza di gravame proposto dalla singola persona interessata dal comportamento lesivo⁵³¹.

14. La rassegna della giurisprudenza

Abbiamo già premesso come sia difficile organizzare le non abbondanti pronunce in aree omogenee, al fine di trarne considerazioni generali o individuare orientamenti consolidati. Possiamo però provare, a vent'anni esatti dall'entrata in vigore della l. n. 125/1991, a tirare le somme, senza nessuna pretesa di esaustività, rispetto ai due temi cruciali: la definizione e l'accertamento della discriminazione (diretta e indiretta) e la natura dell'onere probatorio previsto dall'art. 40, con particolare riguardo al problema delle presunzioni e della c.d. prova statistica. È

530 Si richiamano alcuni precedenti in materia. Pret. Bologna, 27.6.1998, che decideva una causa introdotta da un ricorso proposto congiuntamente sia dalla Consiglieria Regionale dell'Emilia Romagna, che spiegava l'azione pubblica, che dalla singola lavoratrice discriminata che agiva ex art. 15, l. n. 903/1977 per la tutela del suo diritto soggettivo. La pronuncia è pubblicata in *RIDL*, 1999, II, 284 ed annotata da CALAFÀ, *Le aporie processuali e l'assestamento sostanziale delle leggi sulla parità in una recente controversia in tema di discriminazione indiretta. Il caso Gloria Bassi*, in *FI*, 1999, I, 3424. L'A. afferma che, chiarita la portata plurioffensiva della discriminazione, occorre ragionare in ordine alla qualificazione di *simultaneus processus* della doppia domanda in esso incardinato. Trib. Prato, 21.11.2007, (in *RCDL*, 2008, 6, con nota di AMATO, ROMOLI, *Assenza per maternità e anzianità di servizio: profili individuali e collettivi della discriminazione di genere; una concreta ipotesi di definizione di un piano di rimozione delle discriminazioni*) analogamente accoglieva il ricorso proposto dalla Consiglieria Regionale della Toscana, che proponeva sia un'azione *ad adiuvandum* delle lavoratrici ricorrenti sia *iure proprio* l'azione pubblica contro la discriminazione collettiva, (perpetrata attraverso l'interpretazione di una clausola di contratto collettivo applicabile ad una platea indefinita di soggetti), azione introdotta congiuntamente al ricorso di varie lavoratrici che agivano per la tutela della propria posizione individuale. *Contra*, Trib. Roma, 25.1.2001, in *RGLav*, 2001, II, 660, che riteneva inammissibile un intervento ex art. 8, 10° comma, d.lgs. n. 196/2000 della Consiglieria Regionale di parità del Lazio, la quale introduceva l'azione collettiva urgente nell'alveo di un giudizio cautelare promosso da una lavoratrice ex art. 700 c.p.c.

531 In tale senso la decisione di App. Torino, 14.5.2008, (in *RGLav*, 2008, 799, nota di ZITTI) che riformava la sentenza di primo grado del Trib. Pinerolo, accogliendo l'appello incidentale della Consiglieria di Parità anche in assenza dell'impugnazione da parte della lavoratrice e riconoscendo la valenza di intervento adesivo autonomo e non dipendente dell'organo istituzionale.

inoltre interessante, ai fini della presente trattazione, una rassegna delle pronunce in relazione ai vari riti speciali adottati ed alle reciproche interferenze. Riti dei quali in verità non sempre viene fatto buon governo, né dalle parti né dai giudici, con soluzioni a volte assai poco lineari sotto il profilo processuale e non sempre in perfetta coerenza con il dettato normativo. Negli anni novanta la prima giurisprudenza in materia si caratterizzava per frammentarietà e contraddittorietà degli esiti, scontando evidentemente la assoluta novità del tema per il nostro ordinamento. L'esame delle sentenze evidenzia da parte di alcuni giudici una forte resistenza ad adattarsi ai nuovi strumenti inibitori e ripristinatori, da parte di altri invece un approccio coraggioso ma non sempre pienamente rigoroso⁵³². ha

532 Ricordiamo rapidamente, per scrupolo di cronaca, le sentenze più risalenti, quali Pret. di Pomigliano D'Arco, 20.3.1990 che sosteneva la teoria c.d. "soggettiva" della discriminazione, secondo la quale ai fini dell'applicabilità della l. n. 903/1977 occorre provare in modo inequivocabile che il comportamento dell'impresa è ispirato da un intento discriminatorio. La sentenza, emessa in sede di opposizione a decreto pretorile ex art. 15, l. n. 903/1977 è pubblicata in GC, 1991, 1065, annotata da MARSILI, *Assunzione di soli uomini e comportamento discriminatorio*. Conf. Pret. Roma, 7.8.1990, per la quale "il comportamento discriminatorio nei confronti di una dipendente di sesso femminile presuppone che l'elemento del sesso abbia avuto, nell'animo del datore di lavoro, un ruolo decisivo nella determinazione della sua volontà per quanto concerne tutti gli aspetti del rapporto di lavoro con la dipendente. Conseguentemente, ove tale descritta incidenza non risulti accertata e la legge o la disciplina collettiva non obblighino il datore di lavoro a conferire certe mansioni, questi, in virtù del principio della libertà di organizzazione imprenditoriale, ha ampia facoltà decisionale nella scelta dei dipendenti da adibire a certe mansioni". Contra, circa l'irrelevanza dell'elemento intenzionale vedi Pret. Lecce, 13.12.1997, per la quale esso "deve riferirsi ad elementi essenzialmente oggettivi, prescindendo per quanto possibile dalle intenzioni o dalle opinioni (...) di chi l'abbia commessa. Il giudice deve chiedersi non per quale motivo soggettivo il datore di lavoro abbia tenuto un certo comportamento nei confronti della lavoratrice, bensì se nella situazione data esso avrebbe agito nello stesso modo nei confronti di un lavoratore di sesso maschile: se la risposta è negativa sussiste discriminazione". Per Pret. Torino 4.12.1991 doveva considerarsi (direttamente) discriminatorio un accordo aziendale che garantiva alle sole lavoratrici e non anche ai lavoratori un contributo per le spese di asilo nido, con ciò confermando la bidirezionalità della tutela delle norme antidiscriminatorie. La sentenza, pubblicata in RGLav, 1993, II, 101, con nota di RAFFI, *Note in tema di parità di trattamento fra lavoratrici madri e lavoratori padri*, dichiarando la nullità dell'accordo, sottolinea che la soluzione egualitaria, estensiva del beneficio anche al personale maschile con figli "è del resto conforme ai principi cui si ispira la stessa legge n. 125/1991, di consentire cioè alla donna di pervenire ad un'effettiva parità nel mondo del lavoro. Viceversa, quella contraria, auspicata dall'azienda, verrebbe a sancire e ribadire l'esistenza per lei sola, non invece per l'uomo, di un ineliminabile legame alle funzioni familiari, destinato in buona sostanza a segnalare una insuperabile e insuperata disparità". In ordine alla prova statistica, si sono pronunciate a suo tempo Pret. Roma 24.11.1992 che non ha riconosciuto valenza di dato statistico, ai sensi dell'art. 4, 5° comma, l. n. 125/1991, ad "una pubblicazione frutto di una ricerca sulle impiegate di banca in tutte le province italiane che fornisca solo dati riferiti all'intero settore e non dati disaggregati riferiti all'organico della banca datrice di lavoro" (in RIDL, 1993, II, 262, con nota di MANASSERO, *Una prima pronuncia in tema di "prova statistica" della discriminazione*. Il Giudicante afferma che "l'art. 4 della legge n. 125/1991 non prevede una vera e propria inversione dell'onere della prova, bensì, a fronte di elementi di fatto idonei a fondare in termini precisi e concordanti la presunzione di atti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso, l'onere a carico del convenuto della prova liberatoria dell'insussistenza della discriminazione. Sul tema vedi Pret. Milano, 22.11.1993, che ha accolto il ricorso di una lavoratrice, la quale aveva dedotto la

accolto

Tra le pronunce meno recenti ricordiamo la notissima Pret. Bologna, 27.6.1998, particolarmente interessante sotto molteplici punti di vista. Per quanto concerne il rito, il Magistrato ha ritenuto ammissibile il ricorso individuale in via d'urgenza della lavoratrice congiunto all'azione di natura collettiva, con rito ordinario di merito, della Consigliera Regionale (rispettivamente *ex art.* 15 della l. n. 903/1977 ed *ex art.* 4, 7° comma, l. n. 125/1991). Inoltre è stata valorizzata la prova statistica, quale elemento presuntivo idoneo ad individuare fattispecie di discriminazioni indirette e collettive in ragione del sesso⁵³³. Nel merito, il Giudicante ha ritenuto indirettamente discriminatorio nei confronti delle donne il comportamento dell'azienda di trasporti convenuta, che nei bandi di selezione richiedeva agli aspiranti autisti di autobus il possesso della patente speciale cat. D fin dalla domanda di ammissione e non solo al momento dell'assunzione, ponendo le lavoratrici in una condizione proporzionalmente più sfavorevole dei colleghi uomini. Sempre in relazione al rito, si segnala Trib. di Roma, 30.10.1998⁵³⁴ che rigettava, ritenendole inammissibili, le domande *ex art.* 700 c.p.c. avanzate da più lavoratrici, le quali, lamentando una discriminazione di carattere collettivo, chiedevano con ricorso individuale plurimo un piano di rimozione delle discriminazioni, in quanto tale *petitum* tipico dell'azione collettiva o pubblica, veniva

natura discriminatoria del proprio mancato inquadramento dirigenziale, rilevando sulla base di precisi dati statistici la presenza quasi totalizzante di dirigenti uomini nello specifico settore in cui ella operava. Da tale evidenza il Giudicante traeva indizi gravi, precisi e concordanti che la ricorrente fosse stata sottoqualificata soltanto perché donna. La sentenza è pubblicata in *RIDL*, 1994, II, 703, con nota di POSO, *Discriminazione della lavoratrice nell'inquadramento dirigenziale*. In tema di discriminazione indiretta, si sono pronunciate in maniera uniforme Pret. Milano, 19.5.1994, nonché Pret. Milano, 10.7.1994. Per quest'ultima i dati statistici relativi alle circostanze di cui all'art. 4, 5° comma, l. n. 125/1991 “*non assumono autonomia rilevanza quale presunzione dell'esistenza della asserita discriminazione, ma in presenza della presunzione dell'esistenza della discriminazione consentono l'inversione del onere della prova*”. Vedi inoltre la coeva Pret. Milano, 16.7.1994, secondo la quale, affinché ricorra l'ipotesi della discriminazione indiretta *ex art.* 4, 2° comma, l. n. 125/1991, occorrono due decisivi elementi: da un lato, la sussistenza di criteri che pregiudichino i lavoratori di uno dei due sessi e dall'altro che i criteri medesimi riguardino requisiti “*non essenziali*” allo svolgimento della prestazione lavorativa (In *OGI*, 1994, 743, annotata da MORONE).

Sempre in punto di prova Pret. Milano, 27.5.1996, decidendo un caso di licenziamento discriminatorio, ha affermato che il regime della prova presuntiva, (che è prova piena quando ricorrono i presupposti di cui all'art. 2729 c.c.), è stato adottato dal legislatore in tema di discriminazione sessuale, imponendo al datore di lavoro un'inversione dell'onere della prova, dato che la prova diretta della discriminazione sessuale posta in essere con comportamenti molesti difficilmente può raggiungersi se non con presunzioni (in *LG*, 1996, 946).

533 Il provvedimento è stato pubblicato in *RIDL*, 1999, II, 294 con nota di CATTANI, *Un decreto del pretore bolognese in tema di discriminazione indiretta*; nonché in *FI*, 1999, I, 3424 e in *RGLav*, 1999, II, 217 con nota di CALAFÀ, “*Le aporie processuali e l'assetamento sostanziale delle leggi sulla parità in una recente controversia in tema di discriminazione collettiva indiretta: il caso Gloria Bassi*”, nonché in *FI*, 1999, I, 3424.

534 Pubblicata in *FI*, 1999, I, 335.

ritenuto dal Giudicante di esclusiva competenza della consigliera regionale di parità.

La giurisprudenza del terzo millennio appare sicuramente più ricca ed articolata, anche grazie alle innovazioni introdotte dal d.lgs. n. 196/2000, finalizzate al miglioramento degli strumenti processuali ed alla soluzione di alcuni problemi applicativi evidenziatisi nella pratica, nonché al potenziamento della figura della Consigliera quale organismo di assistenza e sostegno alle vittime di discriminazioni, che si è dimostrato un organismo particolarmente attivo anche in giudizio. Singolare è la decisione di Trib. Catania, 22.11.2000⁵³⁵, adito da una lavoratrice che richiedeva un inquadramento professionale superiore, riconosciuto, a parità di requisiti, ai soli colleghi maschi. Il Giudicante, pur rigettando nel merito la domanda di riconoscimento del beneficio avanzata dalla ricorrente, riscontrava comunque una discriminazione indiretta nella richiesta aziendale del conseguimento di un titolo di studio di scuola tecnica per il riconoscimento della superiore qualifica, ritenuto un requisito, formalmente neutro, ma sostanzialmente riferibile, per ammissione della stessa datrice di lavoro convenuta, al solo personale di sesso maschile e del quale non risultava provata l'essenzialità. La decisione è anodina, poiché definisce una controversia individuale sia sotto il profilo dell'accertamento della discriminazione indiretta collettiva, sia sotto il profilo sanzionatorio-ripristinatorio, mediante l'ordine al datore di lavoro di predisporre un piano della rimozione della discriminazione ex art. 4, 2° comma, l. n. 125/1991. Il giudicato pertanto è stato allargato officiosamente ad un *petitum* tipico della Consigliera Regionale di Parità, che nel caso di specie non era neppure parte del giudizio.

Il tema dell'intervento della Consigliera nell'ambito di un'azione individuale promosso dalla singola lavoratrice è stato affrontato da Trib. Roma, 25.1.2001, che ha dichiarato inammissibile il ricorso d'urgenza ex art. 8, 10° comma, d.lgs. n. 196/2000 (azione contro le discriminazioni collettive) promosso in sede di intervento *ad adiuvandum* dalla Consigliera Regionale, nell'alveo di un giudizio cautelare promosso da una lavoratrice secondo il rito di cui all'art. 700 c.p.c.⁵³⁶.

535 Pubblicata in *FI*, 2001, I, 1778 e in appendice alla monografia "La consigliera di parità e il giudizio antidiscriminatorio" a cura di CALVANELLI e CANDIDI TOMMASI, Milano, 2005, XL.

536 In *RGLav*, 2001, II, 660, annotata da TRIMBOLI, *I consiglieri di parità e il giudizio antidiscriminatorio*. Secondo il Giudice, l'azione pubblica sarebbe stata ammissibile solo in via autonoma, in quanto la sua proposizione in forma di intervento nell'ambito di una procedura cautelare già pendente di natura diversa avrebbe portato ad insanabili impasse di rito ad esempio in caso di impugnazione del provvedimento favorevole.

Un diverso filone giurisprudenziale ha invece ritenuto ammissibile un intervento del terzo in seno ad un procedimento a cognizione sommaria quale è quello cautelare (così Cass. civ., Sez. I, 13.3.1995, n. 2903, in *MGC*). In assenza di una disciplina specifica dell'intervento in causa della consigliera, si deve fare riferimento alla normativa generale. Secondo quanto previsto dall'art. 105, 2° comma, c.p.c. è attraverso l'intervento volontario adesivo dipendente che un terzo estraneo entra in un processo in corso per sostenere le ragioni di una delle parti, quando

Mentre Trib. Roma, 15 gennaio 2004 ha ritenuto tardivo, pertanto inammissibile, l'intervento della Consigliera provinciale di parità che si è costituita oltre il termine di cui all'art. 419 c.p.c.⁵³⁷.

In sentenze più recenti si riscontra maggiore scioltezza nell'impiego degli strumenti processuali antidiscriminatori e soprattutto nella valutazione della ripartizione dei carichi probatori: Trib. Milano, 1.4.2005, (inedita) in un giudizio proposto da una lavoratrice madre che lamentava l'illegittimità e la natura discriminatoria di un trasferimento in violazione dell'art. 56 T.U. n. 151/2011, nel quale era intervenuta la Consigliera provinciale di Parità, rilevava una parziale inversione dell'onere della prova, poichè la ricorrente aveva dedotto (e provato) fatti precisi e concordanti (due lavoratrici su tre trasferiti erano in maternità, il reparto non era stato chiuso bensì riorganizzato, il lavoratore a termine era stato confermato anticipatamente, le mansioni equivalenti *ex art. 56, d.lgs. n. 151/2001* non erano state offerte), mentre il convenuto non aveva dedotto la prova contraria⁵³⁸. Trib. Milano, 18.9.2006 (inedita) ha accertato la discriminazione di una venditrice, demansionata in *"sospetta contestualità temporale con i due stati di gravidanza della ricorrente"*, desumibile *"attraverso una serie di indizi, gravi precisi e concordanti"*⁵³⁹ mentre la società non è stata in grado di fornire prova contraria. Per Trib. Milano, 27 aprile 2007 ha natura discriminatoria un licenziamento connesso alla condizione di lavoratrice madre ed all'assenza per gravidanza della ricorrente, in

vi ha un proprio interesse giuridico. L'interveniente, pur non facendo valere un proprio diritto in giudizio, chiede di favorire l'accoglimento della domanda, senza ampliarne il tema. La condizione richiesta per l'ammissibilità dell'intervento è che il terzo sia portatore di un proprio interesse che, nel caso della consigliera di parità, consiste nella tutela e promozione del rispetto del principio di non discriminazione e di pari opportunità, purché non sia in contrasto con la rapidità del processo e nei limiti entro i quali il convenuto possa utilmente difendersi.

537 Pubblicata in appendice a *"La consigliera di parità ed il giudizio antidiscriminatorio"*, cit., XLVIII.

538 Vedi altresì Trib. Milano, 24.3.2003, a quanto consta inedita, per la quale *"l'ampiezza e la varietà dei profili di fatto contemplati nell'art. 8 comma 6 del d.lgs. n. 196 del 2000 come suscettibili di esse presi in esame per fondare la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso suggeriscono la necessità di una valutazione complessiva e "dinamica" della realtà aziendale, in coerenza con la sostanziale indivisibilità dell'attitudine discriminatoria in ragione del sesso e con l'improbabilità di un suo comparire (ovvero di una sua latenza) per separati comportamenti organizzativi e momenti decisionali"*.

539 Per il giudicante gli indizi nel caso di specie sono consistiti nell'improvviso ed immotivato plurimo venire meno agli impegni assunti con riferimento alla assegnazione all'attività di venditrice e ciò sempre in una sospetta contestualità temporale con i due stati di gravidanza della ricorrente, addirittura in violazione dell'obbligo di assegnare la lavoratrice madre che rientra nelle pregresse mansioni, il numero grandemente maggiore di uomini tra i venditori, la possibilità, non sfruttata, in tempi più recenti di assegnarla ancora a mansioni di venditrice, il mancato ed immotivato riconoscimento del superiore livello. La soccombente è stata condannata al danno patrimoniale ed alla professionalità.

assenza di prova contraria da parte del convenuto⁵⁴⁰. Per contro Trib. Milano, 6.7.2007 ha rigettato sia il ricorso *ex art. 700 c.p.c.* che il susseguente reclamo di una lavoratrice (sostenuta *ad adiuvandum* dalla Consigliera provinciale di parità interveniente) che lamentava la mancata assegnazione temporanea *ex art. 42 bis*, d.lgs. n. 151/2001 presso una pubblica amministrazione ubicata nello stesso territorio ove esercitava l'attività lavorativa l'altro genitore, negando la sussistenza di una discriminazione di genere nella risposta negativa (i cui destinatari potevano essere, per il Giudicante, sia uomini che donne)⁵⁴¹. In relazione al rito, Trib. Milano, 1.12.2007 ha ritenuto con decreto inammissibile il ricorso *ex art. 38*, d.lgs. n. 198/2006 di una lavoratrice avverso l'Agenzia delle Entrate, relativamente ad una disparità di trattamento nella tassazione dell'incentivo all'esodo (in relazione alla diversa età di uomini e donne), trattandosi di questione inerente al licenziamento e pertanto non assimilabile ai casi previsti dall'art. 27 (discriminazione nell'accesso al lavoro e lavoro notturno). Molto articolata ed interessante è la pronuncia del Trib. di Prato, 21.11.2007⁵⁴² in un caso di discriminazione indiretta

540 La sentenza estende ai licenziamenti discriminatori ai sensi dell'art. 3 della l. n. 108/1990 la tutela reale di cui all'art. 18, l. n. 300/1970 a prescindere dal numero dei dipendenti, con conseguente reintegra della lavoratrice e risarcimento del danno previsto dalla medesima norma. Nel caso di specie il giudice non ha riconosciuto il danno non patrimoniale, in mancanza di allegazioni circa il concreto pregiudizio incidente sulla propria personalità, sulle abitudini personali e familiari o sulla modalità di relazionarsi con l'ambiente esterno.

541 Il Giudicante non ha riscontrato la discriminazione anche in presenza di dati statistici prodotti da parte convenuta, dai quali si evidenziava una sostanziale disapplicazione della normativa in materia di trasferimenti temporanei per motivi connessi alla genitorialità. Anche dall'assenza del Piano triennale di azioni positive, pur essendo considerato dal Giudicante "un atteggiamento quantomeno non ispirato alla normativa europea in materia di pari opportunità", non è stata tratta la conseguenza di considerare discriminatoria la condotta dell'amministrazione nei confronti della ricorrente e di ravvisare per converso un suo diritto perfetto al trasferimento temporaneo richiesto. Vedi altresì Corte di Appello Milano, 27.4.2004, (inedita) in un caso di mancato riconoscimento di qualifica superiore richiesta da una lavoratrice, ne rigettava la domanda, in particolare non ritenendo che i dati statistici di cui all'art. 8, 1° comma, d.lgs. n. 196/2000 (oggi art. 40 Codice P.O.) assumano "un'autonoma rilevanza quale presunzione dell'esistenza della asserita discriminazione, ma consentono l'inversione dell'onere della prova, se la loro valutazione complessiva porta al convincimento di un intento discriminatorio nella gestione del personale". Nella specie il Giudice del gravame aveva ritenuto che i dati offerti dalla lavoratrice appellante fornissero un quadro statico della realtà aziendale "non essendo stati illustrati opportunamente con indicazioni precise ed idonee a provare un disegno organizzativo chiaramente ed univocamente caratterizzato da scelte di politica aziendale discriminatorie; in particolare i dati relativi alle assunzioni e promozioni dei dirigenti ed impiegati nulla dicono se non sono accompagnati dall'essenziale indicazione delle esperienze e del titolo di studio dei lavoratori maschi e femmine".

542 Pubblicata in *RCDL*, 2008, 4, 6 ss. con nota di AMATO, ROMOLI *Assenze per maternità e anzianità di servizio: profili individuali e collettivi della discriminazione di genere; una concreta ipotesi di definizione di un piano di rimozione delle discriminazioni*. Nonché in *RGLav*, 2008, 799 con nota di ZITTI, *Donne, accesso al lavoro, progressioni di carriera*. L'A. nel commento rileva come la prassi ermeneutica della banca convenuta sia stata riconosciuta quale discriminazione indiretta basata sul sesso giacché le donne risultavano all'epoca le sole titolari del

determinatasi a seguito dell'applicazione da parte di una banca di una clausola di contratto collettivo, interpretata nel senso di escludere dal computo dei periodi utili ai fini della progressione di carriera i periodi di astensione facoltativa di maternità, il cui effetto pregiudizievole incideva in maniera particolare nei confronti delle lavoratrici, maggiori fruitici di tali assenze. Il Giudice ha ribadito l'irrilevanza dell'accertamento dell'intento discriminatorio per la sussistenza dell'illecito e l'ammissibilità dell'azione collettiva della Consigliera Regionale di Parità, (che ha come presupposto non i singoli comportamenti discriminatori in ragione del sesso ai danni di soggetti individuati, bensì atti, patti o comportamenti discriminatori idonei a svantaggiare, per ragioni connesse all'appartenenza di genere, una collettività di persone, anche non individuabili in modo immediato), contestualmente all'azione ordinaria delle singole lavoratrici ai sensi dell'art. 4, 5° comma, l. n. 125/1991, (ora art. 36, 2° comma, Codice P.O.). Sotto il profilo processuale il giudice, in accoglimento dell'azione c.d. "pubblica", ha fissato i criteri anche temporali da osservarsi ai fini della definizione del piano di rimozione delle discriminazioni accertate, definito efficacemente *"l'esito originalissimo con cui si risolve l'azione collettiva della Consigliera Nazionale o Regionale di parità ed è espressione di una tutela del tutto particolare, certamente dotata di forza e natura ripristinatoria, ma anche di rilevante impatto modificativo - in senso euristico - del diritto alla parità di trattamento, ossia all'eguaglianza (sostanziale) di genere sul lavoro"*⁵⁴³. Nel caso di specie, il Giudice, che secondo la norma potrebbe avere uno spazio molto ampio nell'imporre linee-guida e misure idonee alla realizzazione nel concreto della situazione esaminata delle pari opportunità donna-uomo, ha interpretato con pienezza e correttezza il suo compito, evitando il rischio di soggettivismi e *"fughe incontrollate verso soluzioni demiurgiche"*. La sentenza infatti si pone come una sorta di "modello" per altre pronunce giudiziarie in materia: da una parte il giudice sancisce la nullità e discriminatorietà dell'interpretazione della norma contrattuale, inibendone la prosecuzione ed accreditandone la corretta lettura anche *de futuro*, dall'altra interviene sotto il profilo ripristinatorio, sia verso le posizioni individuali delle ricorrenti (le cui carriere vengono ricostruite ed il danno patrimoniale patito viene risarcito), che rispetto alle altre lavoratrici non individuate, ordinando alla datrice di lavoro la loro identificazione nominativa e la comunicazione nei loro confronti dell'azione della Consigliera. Pertanto

diritto all'astensione facoltativa e successivamente all'entrata in vigore della l. n. 53/2000 che ne estendeva il diritto anche ai lavoratori, secondo le risultanze dei rapporti sulla situazione del personale inviati dall'azienda ex art. 46 Codice P.O., restavano i soggetti che maggiormente facevano ricorso a tale tipologia di assenza. Per approfondimenti della fattispecie in riferimento all'art. 29 del Codice P.O., si rinvia al contributo di Romoli nel presente volume (*Le discriminazioni di genere*).

543 Così AMATO, ROMOLI, *op. ult. cit.*, 5. Per una complessiva disamina delle sentenze toscane vedi CAPPONI *La giurisprudenza toscana in materia di lavoro femminile e divieti di discriminazione di genere*, in *Il diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa*, cit. 301 ss.

di fatto anche le lavoratrici che non hanno partecipato al giudizio, pur avendo subito il pregiudizio cagionato dall'interpretazione contrattuale discriminatoria, hanno goduto dell'ordine di ricostruzione della carriera mediante il computo nell'anzianità di servizio e sono state messe nelle condizioni di proporre a loro volta un'azione individuale per ottenere le eventuali differenze retributive generate dagli automatismi contrattuali. L'effetto del piano di rimozione rispetto a soggetti estranei al giudizio non consiste pertanto nella tutela diretta delle singole e peculiari posizioni dei soggetti collettivamente interessati dalla condotta discriminatoria, (in specifico sotto il profilo dei crediti, sui quali la convenuta non aveva avuto modo di prendere posizione), ma nel complessivo ripristino della parità sostanziale uomo-donna nell'avanzamento di carriera dipendente da meri automatismi. E detto effetto implicava inevitabilmente la ricostituzione di tutte le carriere, quale necessario contenuto del piano di rimozione medesimo.

Ricordiamo una interessante fattispecie di discriminazione accertata da Trib. Padova, sentenza del 26.10.2007, che ha accolto l'azione collettiva proposta dalla Consiglieria Regionale del Veneto unitamente alla Consiglieria provinciale di Padova, avverso il Ministero dell'Economia e delle Finanze, con la quale veniva richiesta la declaratoria di nullità per violazione delle norme antidiscriminatorie di una disposizione della contrattazione decentrata, che escludeva dal calcolo delle presenze al lavoro i periodi di astensione obbligatoria per maternità⁵⁴⁴ ai fini della ripartizione di un emolumento retributivo aggiuntivo legato alla c.d. "produttività".

Analogo tema è stato oggetto del giudizio deciso dalla sentenza 15 febbraio 2011 n. 179 del Tribunale di Firenze, che ha accolto il ricorso ex art. 37 proposto dalla Consiglieria Regionale di Parità per la Toscana avverso il Comune di Firenze, dichiarando discriminatorio il comportamento dell'Amministrazione che negava, per un'errata interpretazione di un contratto integrativo, il premio di produttività alle lavoratrici madri assenti dal servizio⁵⁴⁵.

⁵⁴⁴ In questo caso la pattuizione è stata ritenuta lesiva dei principi di parità poiché l'emolumento non era ancorato allo svolgimento di particolari mansioni comportamenti un maggior impegno professionale o specifici disagi, ma al mero dato della presenza al lavoro. L'assenza per maternità obbligatoria per contratto non veniva considerata una vera e propria assenza ai fini retributivi, poiché essa non può comportare alcuna decurtazione neppure dei compensi incentivanti. Nello stesso senso, il decreto ex art. 38 d.lgs. n. 198/2006 di Trib. di Padova, 6.4.2007, in accoglimento del ricorso della Consiglieria Provinciale di Parità di Padova, avverso il Ministero dell'Economia e delle Finanze in un caso analogo di discriminazione individuale.

⁵⁴⁵ L'accordo prevedeva un limite minimo annuale di presenza (70 giorni) per poter fruire del premio. Il giudice ha richiesto nel caso di specie informative sindacali in merito all'interpretazione dell'accordo, dalle quali è emerso come l'intenzione delle parti non fosse la decurtazione in danno delle lavoratrici madri e che tale effetto fosse frutto di una non corretta interpretazione da parte del Comune. Il piano di rimozione disposto dal Giudice da attuarsi entro sei mesi contempla 1) l'individuazione di tutte le posizioni delle lavoratrici che possono essere

Una peculiare azione pubblica con rito sommario urgente è stata proposta avanti il Tribunale del Lavoro di Siena dalla Consigliera Regionale della Toscana, congiuntamente a tre azioni individuali di singoli lavoratori, lamentando il mancato rispetto da parte di un'Azienda Sanitaria, nell'ambito di una selezione pubblica, del disposto dell'art. 57, 1° comma, lett. a) d.lgs. n. 165/2001, che impone alle pubbliche amministrazioni, al fine di garantire pari opportunità tra uomini e donne per l'accesso al lavoro, di riservare a queste ultime, salvo motivata impossibilità, almeno un terzo dei posti di componente delle commissioni di concorso. Il decreto, emesso il 16 giugno 2006 dal Tribunale di Siena adito, accogliendo il ricorso nella fase sommaria del procedimento⁵⁴⁶, ha classificato come discriminazione indiretta la scelta dell'amministrazione di comporre esclusivamente "al maschile" la commissione esaminatrice, così riconoscendo il valore della norma strumentale, finalizzata alla prevenzione delle discriminazioni attraverso un meccanismo di trasparenza nelle procedure, in quanto la mancata rappresentanza di entrambi i generi nei selezionatori/valutatori costituisce di per sé un fattore di rischio di discriminazione.⁵⁴⁷

Il tema delle giustificazioni nelle disparità di trattamento indirette e dell'onere della prova è trattato molto esaurientemente dal decreto *ex art.* 37 Codice P.O.

discriminate dalla clausola contrattuale come interpretata dal Comune e dalla comunicazione alle interessate della sentenza, 2) nell'adoperarsi nella ricerca di intese con le OO.SS. per riprecisare i contenuti del contratto. La sentenza, a quanto consta inedita, è stata appellata dal Comune avanti la Corte di Appello di Firenze, che ha respinto la richiesta di sospensiva. Il piano di rimozione è stato completato nel luglio 2011 ed il Comune ha abbandonato il gravame.

546 Trib. Siena, 16.6.2006, (decr.), in *RCDL*, 2007, 136 ss. con nota di AMATO, ROMOLI, *Composizione delle commissioni di concorso nella selezione pubblica e tutela contro le discriminazioni di genere: la riserva di un terzo dei posti alle donne quale "azione positiva". L'azione pubblica della Consigliera di Parità e le "aporie" della giurisprudenza*. Il Giudice ha interpretato estensivamente la nozione di concorso pubblico raccomandando altresì le selezioni pubbliche, con conseguente applicazione della norma antidiscriminatoria relativa alla composizione delle commissioni giudicatrici ed accertamento della discriminazione indiretta. Lo stesso Giudice ha deciso con sentenza del 20.11.2006 (inedita, a quanto consta) il giudizio di opposizione proposto dalla Consigliera e dai lavoratori ricorrenti, riconfermando sostanzialmente il contenuto del decreto.

547 Più debole ai commentatori è apparsa la pronuncia del Tribunale relativamente al contenuto del piano di rimozione: infatti il Giudicante, in ordine all'"adozione di ogni altro provvedimento idoneo alla rimozione degli effetti della discriminazione accertata", ha dettato la definizione ed attuazione del piano di rimozione, di "simili discriminazioni a mezzo di un'interpretazione estensiva dell'art. 57 d.lgs. 165/2001", ordinando all'azienda sanitaria di cessare il comportamento pregiudizievole non con riguardo alla fattispecie concreta, ma solo *pro futuro*, senza pertanto dichiarare la nullità della delibera di nomina della commissione di esperti priva della componente femminile. Tale tutela per così dire dimezzata viene giustificata dal Giudicante con l'intempestività che ha ritenuto caratterizzare nella fattispecie l'azione della Consigliera, incompatibile, a suo dire, con la natura urgente del rimedio invocato e pertanto insuscettibile di produrre un effetto demolitorio rispetto alla selezione già effettuata dalla commissione non regolarmente composta.

del TAR Sardegna Sez. II 29.11.2007, che ha accolto l'azione collettiva con rito sommario proposta in via d'urgenza dalla Consigliera Regionale di Parità della Sardegna avverso la determinazione dirigenziale del Comune di Cagliari ed il conseguente bando di concorso pubblico per il reclutamento di agenti di polizia municipale, nei quali si escludeva a priori l'articolazione del servizio secondo le modalità del part-time. Il Tribunale Amministrativo adito, a fronte della produzione in giudizio dal parte della Consigliera di dati di carattere statistico relativi alle assunzioni, ha rilevato la sussistenza di una discriminazione indiretta basata sul sesso a carattere collettivo nelle disposizioni impugnate, per la loro ricaduta pregiudizievole nei confronti delle lavoratrici *"in quanto è dimostrato che la forma del part-time è richiesta in misura significativa dalle donne"*. Mentre il Comune convenuto non ha provato elementi che possano *"a contrario"*, far considerare *"essenziale"* una prestazione lavorativa a tempo pieno per la polizia municipale *"da collegare a problemi di turnazione nei giorni notturni e festivi, quindi di carattere organizzativo, superabili con mezzi diversi dall'esclusione della tipologia di svolgimento del lavoro a tempo parziale. Il mezzo impiegato (esclusione del part-time) per il conseguimento dell'obiettivo pure legittimo (organizzazione dei turni) non risulta né appropriato né necessario"*⁵⁴⁸. Per concludere, ricordiamo rapidamente il decreto del Trib. Firenze 22.4.2008 che ha accolto il ricorso ex art. 38 Codice P.O. proposto congiuntamente dalla Consigliera Provinciale di Parità di Firenze e da una lavoratrice licenziata per il compimento dell'età pensionabile, la quale pur non avendo esercitato esplicitamente l'opzione per la prosecuzione del rapporto fino all'età prevista per gli uomini, aveva manifestato tale volontà proseguendo di fatto il lavoro. Nel caso di specie il Giudice ha accertato la sussistenza della discriminazione e, secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata, ha disapplicato l'art. 30 del d.lgs. n. 198/2006 che, non ancora emendato dal d.lgs. n. 5/2010, imponeva all'epoca alla lavoratrice di manifestare esplicitamente la volontà di proseguire nella prestazione lavorativa nel termine di tre mesi dal compimento di suddetta età conseguentemente ha condannato l'azienda alla reintegra della dipendente ed al pagamento in suo favore delle retribuzioni maturate dal licenziamento alla effettiva reimmissione in azienda.

Merita infine particolare attenzione la tematica del danno non patrimoniale, che si inserisce in un filone di rilevante attualità⁵⁴⁹. In generale le pronunce che hanno

548 Il decreto, che accoglieva un ricorso proposto ex art. 37 Codice P.O. è pubblicato in *Il Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni* 2007,1130 con nota di MASTINU, *L'azione pubblica contro le discriminazioni di genere al vaglio del giudice amministrativo*. Si ricorda per completezza la pronuncia del Tar Sardegna sez. II 25 novembre 2008, ivi, 2008, 823 (annotata da MASTINU, *Abilitazione alla guida, pubblico concorso e discriminazioni collettive di genere*) che decideva un ricorso ordinario ex art. 37 proposto dalla Consigliera Regionale di Parità.

549 Si richiama per comodità del lettore l'elaborazione giurisprudenziale del danno non patrimo-

riconosciuto tale peculiare risarcimento sono scarse e le somme liquidate assai contenute. Solo in tempi recenti alcune interessanti sentenze, in decisa controtendenza, hanno accertato e determinato il danno ed il relativo risarcimento in misura più significativa che in passato, tenendo in debito conto la rilevanza costituzionale dei beni protetti.

Si ricorda Tribunale Pistoia 19 dicembre 2008, che accoglieva il ricorso della Consigliera di Parità della Provincia di Pistoia confermandone la legittimazione attiva anche per la domanda risarcitoria e richiamando i caratteri della proporzionalità e dissuasività richiesti dall'art. 18 della direttiva 2006/54/CE al fine della quantificazione del danno.⁵⁵⁰

Il Tribunale Pisa, con la sentenza n.140 del 3 marzo 2009, ha accertato la sussistenza del danno non patrimoniale nel caso deciso, pur rilevando come esso non discenda in modo automatico dalla discriminazione, richiedendosi comunque specifiche allegazioni su natura e caratteri del pregiudizio di cui si richiede il risarcimento, la cui prova può discendere da presunzioni. Anche in tale caso, come nel precedente più sopra ricordato, la Consigliera Provinciale di Parità agiva in forza di delega conferita da una lavoratrice madre colpita da licenziamento discriminatorio, lamentando la lesione all'integrità fisica ed alla personalità morale di quest'ultima, beni protetti da norme di rango costituzionale⁵⁵¹.

Un altro filone giurisprudenziale di particolare interesse ha come protagonista la Consigliera di parità parte civile nell'ambito del processo penale per reati di discriminazione o connessi a comportamenti discriminatori. Questa è un'ulteriore area di intervento assai appropriata e coerente alle funzioni della Consigliera Regionale, titolare di autonoma legittimazione attiva in caso di

niale effettuata da Cass. SS.UU. n. 26972 del 2008.

550 Il Giudice Estensore (De Marzo) a fronte della reiterazione delle condotte discriminatorie perpetrate nei confronti di una lavoratrice madre, la loro gravità e pretestuosità e la loro incidenza in una sfera personalissima in un momento estremamente delicato dell'esistenza di individuo, ha liquidato equitativamente il danno nella misura di euro 30.000,00. La sentenza è stata confermata da Corte Appello di Firenze (Est. Pieri) sentenza 12 novembre 2010 che ha confermato la giustezza per percorso argomentativo del Giudice di prime cure anche in punto di determinazione equitativa del danno.

551 nella sentenza il giudice estensore (Santoni Rugiu) ritiene assolto l'onere probatorio del danno i cui fatti costitutivi consistono nella condizione di intenso e protratto disagio fisico e psichico provocato dalla condotta datoriale, *"dando luogo non solo ad un pregiudizio interiore di tipo emotivo, ma anche ad alterazioni della vita di relazione derivanti dall'aver indotto scelte personali e familiari diverse e deteriori rispetto a quelle che sarebbero state espressive della personalità della lavoratrice qualora avesse potuto godere liberamente e senza ritorsioni dei suoi diritti quale madre"* e stima equo quantificar il danno in euro 10.000,00. Anche questa pronuncia è stata confermata dalla Corte di Appello di Firenze (sent. 2 luglio 2010 n. 975, est. Schiavone), anche in relazione al danno non patrimoniale, non inteso con danno in re ipsa ma come seria ed apprezzabile offesa ai valori costituzionali della persona, e nel caso di specie un danno alla personalità morale della lavoratrice ex art. 2087 c.c., consistente in sofferenze personali, umiliazioni sociali, mortificazioni professionali.

discriminazioni a carattere collettivo. Il Tribunale di Firenze, Prima Sezione Penale, ha ammesso la costituzione di parte civile della Consigliera Regionale di Parità della Toscana, nonché quella della lavoratrice parte offesa, discriminata perché donna nell'accesso al lavoro, nel procedimento penale instaurato nei confronti delle responsabili di una società di selezione del personale. Il Giudice Monocratico, con sentenza del 21.9.2007, ha condannato le imputate a risarcire il danno morale sia nei confronti del soggetto direttamente leso che dell'organismo di parità⁵⁵². Recentemente la Suprema. Corte. (VI Sez. Penale sentenza n. 16031/09 del 5 febbraio-16 aprile 2009, con la quale veniva respinto ha rigettato il ricorso dell'imputato avverso la sentenza 16 giugno 2007 del GIP del Tribunale di Torino), ha confermato la *legittimatio ad causam* e la costituzione "*iure proprio*" quale parte civile della Consigliera Regionale di Parità nei procedimenti per fatti delittuosi commessi a danno di lavoratrici, dai quali emergano comportamenti diretti o indiretti di carattere discriminatorio "collettivo" (in una fattispecie di maltrattamenti e molestie a sfondo sessuale perpetrate in azienda). La Cassazione ha confermato la legittimità della pretesa di ottenere il risarcimento del danno non patrimoniale ex art. 37 del Codice azionato dall'organismo pubblico nell'alveo del procedimento penale, secondo il combinato disposto degli artt. 74 c.p.p. e 185 c.p.⁵⁵³

552 Trib. Firenze, Sez. I pen., Est. Boscherini, 21.9.2007, n. 07/2926, pubblicata in *RGLav*, 2008, 799 con nota di ZITTI, *Donne, accesso al lavoro e progressione di carriera*. È interessante rilevare che trattasi del primo ed a quanto ci consta finora unico caso nel quale la Consigliera di parità abbia partecipato in qualità di parte civile ad un giudizio penale instauratosi relativamente ai reati di cui all'art. 16, l. n. 903/1977 (oggi art. 41, d.lgs. n. 198/2006) e art. 10, commi 1° e 18°, d.lgs. n. 276/2003. La fattispecie riguardava una società di selezione del personale le cui socie è risultato accertato che avessero respinto varie candidate, tra le quali la denunciante, per ragioni connesse al genere di appartenenza, senza che ciò fosse giustificato dalla natura dell'attività lavorativa che gli aspiranti al posto (di programmatore informatico) avrebbero dovuto svolgere, violando così sia la norma generale che vieta e sanziona penalmente la discriminazione per sesso nell'accesso al lavoro, sia la disciplina speciale prevista per le agenzie per il lavoro ed altri intermediari fra domanda ed offerta di manodopera. Il Giudice ha ritenuto che la lavoratrice discriminata avesse subito un danno morale suscettibile di essere risarcito "*consistente nella sofferenza psichica consistente nell'essersi vista rifiutare l'esame della propria candidatura per un lavoro, che astrattamente poteva corrispondere alla sua preparazione professionale, fondata sul mero fatto di essere donna*", e lo ha liquidato in via equitativa in € 1.500,00. La Consigliera di Parità è stata riconosciuta quale soggetto titolare della funzione istituzionale di promuovere e controllare l'applicazione dei principi di parità fra donna e uomo in materia di lavoro e nell'esercizio di tale funzione è anche pubblico ufficiale, pertanto "*un fatto discriminatorio che costituisce reato, quale quello accertato, frustra lo scopo istituzionale perseguito dalla consigliera e si risolve in un danno morale*", la cui liquidazione viene demandata alla sede civile.

553 Vedi sul punto MANNACIO, *La costituzione in giudizio in qualità di parte civile della consigliera regionale di parità*, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza* n. 7/2009, 687.

15. Procedimenti contro le discriminazioni per gli altri fattori di rischio

15.1. Questioni di rito e di competenza.

Come già ampiamente ricordato all'inizio della nostra trattazione, le due direttive "gemelle" del 2000 tratteggiano un sistema pressoché omogeneo di tutele per i fattori di rischio diversi dal genere (razza ed origine etnica, religione, età, handicap, convinzioni personali, orientamento sessuale), sia in relazione alla disposizione di adeguati mezzi di protezione legale, estrinsecati anche attraverso l'assistenza di associazioni e persone giuridiche che svolgono attività di supporto alle vittime di discriminazioni, sia alla disciplina della ripartizione dell'onere della prova che alle sanzioni da applicare. Richiamiamo in sintesi i tre principali capisaldi comunitari delle azioni giudiziali antidiscriminatorie: secondo le due direttive deve essere garantito un accesso alla giustizia secondo percorsi giurisdizionali/amministrativi strutturati, nonché la fruizione di procedure di conciliazione a carattere facoltativo; è necessario stabilire una forma di inversione dell'onere della prova incombente sull'autore della condotta, in tutti i casi in cui lo Stato membro non preveda procedure più favorevoli o spetti all'organo competente indagare sui fatti; le sanzioni devono rivestire carattere di efficacia, proporzionalità e dissuasione. Fermo restando il rispetto di tali principi, spetterà poi ai singoli Stati di codificare le regole processuali per la difesa in giudizio dei soggetti lesi.

Come abbiamo già visto più sopra, il legislatore per le discriminazioni di genere ha ritenuto di articolare una compiuta disciplina contenente tutti gli aspetti previsti dalle Direttive e che si presenta, quantomeno formalmente, come un codice o testo unico. Nei decreti legislativi n. 215 e 216 del 2003 attuativi delle Direttive n. 43 e 78 del 2000, si è ritenuto invece di modellare il procedimento giudiziale sulla falsariga dell'art. 44 del d.lgs. n. 286/1998 (Testo Unico sull'Immigrazione), discostandosene peraltro in maniera sensibile. L'opzione per tale procedura, invece dell'adozione di strumenti processuali analoghi a quelli molto più articolati e peculiari previsti per le discriminazioni in ragione del sesso, si spiega con la volontà di adottare un processo il più possibile semplificato e celere, accessibile con immediatezza a soggetti ritenuti in maggiore carenza di mezzi economici e culturali. L'obiettivo è stato però mancato: infatti non si può dire che il processo che è venuto a strutturarsi sia davvero chiaro e lineare come nelle intenzioni.

Il procedimento di cui all'art. 44 citato, prevede il radicamento della controversia mediante ricorso, che può essere presentato anche personalmente dal soggetto discriminato, dinanzi al Tribunale di residenza dell'istante. Viene previsto l'espletamento di una prima fase sommaria con rito camerale (richiamato mediante il rinvio agli artt. 737, 738 e 739 c.p.c. relativi ai procedimenti in materia familiare), seguita da una successiva fase di merito a cognizione piena.

Il rinvio ai procedimenti camerali peraltro è filtrato, nell'art. 44 citato, dalla clau-

sola di compatibilità, nonché dalla sostituzione degli artt. 737 e 738 con i commi 2°, 3° e 4° dello stesso articolo 44, che disciplinano le modalità di proposizione del ricorso e la procedura. Pertanto risulta applicabile sostanzialmente solo l'art. 739 c.p.c. riguardante le modalità di reclamo.

Nei due decreti delegati il modello processuale prescelto è apparentemente semplificato, in quanto viene prevista un'unica fase processuale sommaria, definita con l'ordinanza⁵⁵⁴ che chiude l'istruttoria, con la quale l'autore della discriminazione può essere condannato al risarcimento del danno anche non patrimoniale. Infatti di tale art. 44 vengono richiamati solo i commi dal 1° al 6°, nonché i commi 8° e 11° e vengono implicitamente esclusi invece i commi 7°, 9° e 10°. Vi è la previsione, pertanto, di un unico procedimento sommario, che si conclude con un provvedimento, con valore sostanziale di sentenza, suscettibile di passare in giudicato qualora non impugnato con reclamo. In caso di gravame invece, secondo autorevole opinione, il reclamo dovrà essere proposto in Corte d'Appello, divenendo un vero e proprio secondo grado di giudizio, pur soggetto alle stesse semplificazioni rituali ed istruttorie del primo⁵⁵⁵. Il richiamo all'art. 739 c.p.c. implica che il modello dell'udienza sia mutuato dal rito camerale, rispetto al procedimento ordinario di merito. Ma la contaminazione e l'interferenza tra diversi schemi procedurali non può non comportare sovrapposizioni ed ingenera soluzioni non sempre univoche. Vedasi ad esempio la questione della competenza territoriale del giudice, che i due decreti individuano nel magistrato del luogo ove l'istante ha il domicilio, con una decisa scelta di *favor* per il soggetto che ha subito la lesione. Tale soluzione discende *de plano*, ove le condotte discriminatorie connesse all'appartenenza razziale o etnica *ex* art. 3, d.lgs. n. 215/2003 non siano riconducibili ad un rapporto di lavoro già in atto o *in fieri*, e riguardino invece l'assistenza sanitaria, determinate prestazioni sociali, l'istruzione e l'accesso a beni e servizi compreso l'alloggio. Ma nel primo caso, che assorbe peraltro le fattispecie più numerose, ci si chiede se sia ipotizzabile una competenza concorrente del giudice individuato secondo i criteri dell'art. 413 c.p.c. (i tre fori concorrenti del contratto, dell'azienda o dell'esecuzione del rapporto). Oppure vada considerata

554 Nella prima stesura dell'art. 4 dei decreti 215 e 216 del 2003 (rispettivamente comma 6° e comma 7°) era riportata l'espressione "sentenza", sostituita dal termine "provvedimento" dal d.lgs. n. 256/2004.

555 Vedi così CURCIO, *Le azioni in giudizio e l'onere della prova*, in BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, op. cit., 536). La giurisprudenza di merito è divisa tra chi ritiene competente per il gravame la Corte di Appello (App. Firenze, 28 novembre 2008 in RCDL, 2009, 311) e chi invece afferma la competenza del Tribunale in composizione collegiale (App. Brescia, 4 maggio 2009, ivi, 308). La Cassazione si è pronunciata in un'unica occasione, ritenendo il processo di cui all'art. 44 T.U. modellato sul procedimento cautelare, definito con provvedimento soggetto a reclamo ed instaurazione solo eventuale del giudizio di merito, ma non ha deliberato, non richiesta sul punto, circa la competenza della Corte di Appello a pronunciarsi sul reclamo (Sez. Un. 7 marzo 2008 n. 6172, in RCDL 2008, 710, nota di GUARISO).

una competenza inderogabile, in quanto contenuta nella norma speciale⁵⁵⁶. È singolare inoltre il richiamo al domicilio per tratteggiare la competenza territoriale e non alla residenza dell'istante (come ad esempio nel Codice del Consumo, ove troviamo il Foro dell'attore), probabilmente poiché il legislatore ha pensato al contesto dell'immigrazione, nel quale il riferimento ad un domicilio inteso civilisticamente come "centro dei propri affari ed interessi" soprattutto in riferimento al lavoro ed all'alloggio di uno straniero, è apparso più appropriato. Criterio che tecnicamente può portare diverse difficoltà in contesti riferibili invece ad altri "fattori di rischio", quale ad esempio la disabilità, nel caso in cui il domicilio del ricorrente sia lontano dalla residenza anagrafica. Ancora più complesso appare il problema nel caso di discriminazione multipla, ad esempio per motivi inerenti al genere nonché per ragioni razziali o religiose (si ponga mente al caso tutt'altro che infrequente di una lavoratrice destinataria di un trattamento deteriore, ad esempio la negazione di una promozione nell'ambito del rapporto di lavoro, sia perché donna, sia perché di colore o islamica e "velata").

In tale ipotesi sarebbe impossibile far confluire le due questioni in un unico atto né davanti al medesimo giudice, sia perché il provvedimento che decide il giudizio è diverso (decreto, soggetto ad opposizione per il genere, ordinanza soggetta a reclamo per le discriminazioni "altre"), sia perché nel primo caso sarà competente il giudice del lavoro del luogo ove si è perpetrata la discriminazione, nel secondo, il Tribunale del luogo del domicilio della ricorrente⁵⁵⁷.

È coerente con l'ottica semplificatrice adottata dal legislatore la deroga alla difesa tecnica prevista dall'art. 82, 2° comma, del c.p.c., che sancisce la possibilità per il soggetto discriminato di difendersi personalmente (come nei procedimenti camerali di cui all'art. 37 c.p.c.). Ciò implica una libertà di forme che si estende altresì alla struttura della domanda, non soggetta alle prescrizioni previste a pena di nullità dagli artt. 163 e 414 c.p.c. Ma l'ipotesi che un soggetto vittima di discriminazione si avventuri in un giudizio di tal fatta senza il supporto di una difesa tecnica, altresì assai specializzata, vista la peculiarità delle questioni trattate, appare meramente teorica. Vi è a dire comunque che ove si controverta di diritti fondamentali o di *status* della persona, la presenza di un difensore è stata ritenuta indispensabile per ossequiare il disposto inderogabile dell'art. 24 della Costituzione anche nell'ambito dei procedimenti camerali. Specie quando si tratta di un giudizio di natura contenziosa, ove sia necessario instaurare un contraddittorio, come avviene in genere nelle controversie in materia antidiscriminatoria. Pertan-

556 Secondo la Cassazione (sent. 19 maggio 2004 n.9576, in Gius.Civ. Mass.2004) l'inderogabilità della competenza territoriale ex art. 44 co.2 d. lgs. 286/98 deriva dalla natura di procedimento cautelare da tenersi in camera di consiglio, e pertanto ai sensi dell'art. 28 c.p.c. non operano le modificazioni di competenza per ragioni di connessione.

557 Vedi sul punto GUARISO, in Il Codice delle pari opportunità dopo il recepimento della dir.2006/54/CE, cit. 581.

to la apparente atecnicità del procedimento si traduce in una semplificazione di termini e formalità, al fine di migliorare l'accesso al rimedio giudiziale, restando pur sempre ferma la necessità per l'attore di fornire elementi al fine di dimostrare la condotta discriminatoria, sebbene da una posizione processuale avvantaggiata. Come si è accennato, il provvedimento giudiziale può prevedere un piano di rimozione delle discriminazioni accertate.

Ma a differenza del Codice delle Pari Opportunità, che prevede (per quanto concerne le discriminazioni collettive) un ruolo centrale dell'autore della condotta nell'attuazione del piano, con la necessaria collaborazione della Consigliera Regionale e delle OO.SS, nel caso dei due decreti delegati è lo stesso giudice ad apparire come artefice unico del piano oggetto della sua statuizione. Infatti non sono stati previsti soggetti istituzionali con ruolo analogo a quello delle Consigliere, con funzione di garanti e sostegno nell'attuazione della normativa antidiscriminatoria non connessa al genere. Si è voluto invece demandare alla sola Autorità Giudiziaria il delicato compito di garantire sia la tutela individuale del soggetto discriminato sia la rimozione e prevenzione degli abusi, conferendole una notevole ampiezza di intervento.

L'effettività dell'esecuzione della decisione è supportata dal disposto dell'art. 388, 1° comma, c.p., in caso di elusione del disposto giudiziale e dall'11° comma dell'art. 44, il quale prevede, come sanzione amministrativa, la perdita dei benefici pubblici accordati alle imprese.

Sotto il profilo risarcitorio, il provvedimento giudiziale può riconoscere il danno patrimoniale e non patrimoniale, aumentando il *quantum* di quest'ultimo a scopi dissuasivi: ove infatti la condotta discriminatoria sia frutto di una ritorsione ad una precedente azione giudiziaria o sia una illegittima reazione ad una precedente attività della vittima finalizzata a rivendicare la parità di trattamento, il giudice può aumentare l'ammontare del risarcimento (con un imperfetto richiamo al modello delle *astreintes*).

Non si può dire pertanto che il legislatore nazionale sia stato perfettamente fedele alle direttive, che richiedono sanzioni "effettive, proporzionate, dissuasive" realizzabili anche, ma non solo, attraverso il risarcimento del danno. Manca inoltre qualsivoglia indicazione atta a parametrare la misura della sanzione, demandata integralmente alla discrezionalità del magistrato.

15.2. La legittimazione ad agire

Le direttive n. 2000/43 e 2000/78, rispettivamente agli artt. 7 e 9, prevedono, in maniera identica, che il diritto di promuovere in via giudiziaria od amministrativa un'azione finalizzata all'esecuzione degli obblighi derivanti dalla direttiva, sia "*concesso a tutte quelle associazioni, organizzazioni o altre persone giuridiche che*

conformemente ai criteri stabiliti dalle legislazioni nazionali, abbiano un legittimo interesse a garantire che le disposizioni della presente direttiva siano rispettate”.

Pertanto appare chiaro come il legislatore comunitario abbia inteso conferire una legittimazione attiva a tutti quei soggetti collettivi esponenziali che si prefiggano espressamente, nei loro obiettivi, la tutela degli interessi di soggetti di gruppi e minoranze che possano essere vittime di discriminazione e che pertanto abbiano un legittimo interesse al rispetto delle disposizioni comunitarie. Inoltre le direttive prevedono una rappresentanza attribuita con mandato, apparentemente senza richiedere particolari formalità per il suo conferimento.

Nei decreti attuativi, per contro (cfr. gli artt. 5 dei decreti 215 e 216 del 2003), la legittimazione ad agire dei soggetti demandati a rappresentare i soggetti discriminati risulta disciplinata in maniera sensibilmente diversa.

Prima di tutto, il legislatore nazionale, a differenza di quello comunitario, ha previsto esplicitamente la possibilità di azioni collettive, *“nei casi di discriminazione collettiva, qualora non siano individuabili in modo diretto ed immediato le persone lese dalla discriminazione”*, ipotesi già presente nel nostro ordinamento fin dal 1991 (con la l. n. 125) per le discriminazioni fondate sul sesso e dal 1998 (con il T.U. sull’immigrazione) per quelle inerenti la razza ed origine etnica, introducendo così una disposizione di maggiore favore rispetto ai requisiti minimi sanciti dagli artt. 6 ed 8, 1° comma, delle Direttive n. 2000/43 e 2000/78.

Una disposizione più restrittiva, invece, riguarda le modalità di conferimento del mandato ad agire nelle controversie *“individuali”*, *“in nome e per conto o a sostegno”* del soggetto passivo della discriminazione.

Infatti il mandato deve essere rilasciato mediante delega per atto pubblico o scrittura privata autenticata, a pena di nullità. La previsione appare particolarmente onerosa, se si pone mente alle esigenze di semplificazione ed accessibilità dei rimedi giurisdizionali insite nella disciplina e risulta particolarmente disincentivante, anche sotto il profilo simbolico, nei confronti della via giudiziaria alla tutela dei diritti⁵⁵⁸. Probabilmente tale esasperata cautela si spiega con l’esigenza di attribuire certezza al conferimento della rappresentanza, dal momento che è stata prevista l’instaurazione del giudizio per diretta iniziativa del soggetto che si assume discriminato, senza assistenza legale tecnica. e ciò

Nelle azioni *“a sostegno”* si prefigurerebbe, in apparenza, un intervento *ad adiuvandum* definibile come *“intervento volontario adesivo dipendente”* ex art. 105, 2° comma, c.p.c., finalizzato a sostenere le ragioni del/la ricorrente, ma non portatore di un proprio interesse. Se così fosse, la previsione di una delega per atto pubblico o scrittura privata autenticata apparirebbe eccessiva ed ancora meno comprensibile, trattandosi di un intervento spiegato esclusivamente per rafforzare la posizione processuale del soggetto discriminato. Mentre per le azioni collettive

⁵⁵⁸ Così CURCIO, *Azioni in giudizio e onere della prova*, cit., 545.

ci troviamo di fronte ad una vera e propria sostituzione processuale *ex art. 81 c.p.c.*, operata da un soggetto che assume la tutela giudiziale di un interesse collettivo o diffuso, facente capo ad un gruppo non distinto sotto il profilo individuale, così come previsto per la consigliera Regionale o Nazionale di Parità nel caso di discriminazioni collettive in base al genere.

Ma a differenza del Codice delle P.O., che prevede l'azione cd. pubblica "anche" (ma non solo) quando non siano individuabili i soggetti lesi, l'apparente tassatività della previsione del 3° comma dell'art. 5, d.lgs. n. 215 e del 2° comma dell'art. 5, d.lgs. n. 216, indurrebbe a ritenere ammissibile l'azione collettiva solo nelle ipotesi di discriminazioni attuate verso soggetti non individuabili e ad escluderla in presenza di più soggetti individuati. La questione potrebbe avere notevole rilevanza pratica nelle ipotesi in cui le condotte discriminatorie con valenza plurioffensiva abbiano colpito sia soggetti individuati che non, con la conseguente necessità, per il soggetto collettivo, di munirsi comunque della delega formale da parte di questi ultimi, a pena di inammissibilità dell'azione⁵⁵⁹.

In ogni caso, la formulazione dell'art. 44 T.U. sull'immigrazione in punto di azione collettiva riecheggia la disciplina dell'azione pubblica per le discriminazioni in ragione del sesso, prevedendo la legittimazione attiva delle Organizzazioni sindacali "anche" nei casi in cui (e non solo "qualora") non siano individuabili in modo immediato e diretto i lavoratori lesi dal comportamento discriminatorio.

Quanto alla individuazione dei soggetti legittimati a rappresentare in giudizio i soggetti discriminati, i due decreti disciplinano questo aspetto in maniera sensibilmente diversa.

L'art. 5 del d.lgs. n. 215/2003 infatti attribuisce la legittimazione ad agire ad "*associazioni e gli enti inseriti in un apposito elenco approvato con decreto del ministro del lavoro e delle Politiche Sociali, e del Ministro delle Pari Opportunità ed individuati sulla base delle finalità programmatiche e della continuità dell'azione*"⁵⁶⁰. Il 2° comma prevede che in tale elenco possano essere inserite anche le associazioni ed enti già iscritte nel registro previsto dal regolamento di attuazione del T.U. sull'immigrazione (art. 52, 1° comma, lett. a e art. 6 del d.p.r. n. 394/1999), norma che subordina tale iscrizione al possesso di una serie di requisiti. Tali cautele appaiono giustificate dalla garanzia che le associazioni legittimate ad agire in favore di soggetti particolarmente deboli ed esposti, quali gli immigrati extracomu-

559 Vedi sul punto il parere dissenziente di CURCIO, la quale trae argomento dalla previsione di un intervento giudiziale unico sia per le discriminazioni individuali che collettive, consistente nell'ordine di un piano di rimozione *op. ult. cit.*, 547. L'Autrice ritiene peraltro che la questione possa rimanere un esercizio teorico, dal momento che sono le discriminazioni di genere nei luoghi di lavoro ad essere più facilmente riscontrabili nella loro dimensione collettiva, mentre per gli altri fattori di rischio, data la loro dimensione particolare legata alla condizione soggettiva, se ne intravede una emersione più a carattere individuale.

560 L'elenco in questione è stato approvato una sola volta con D.M. 16 dicembre 2005 e non più aggiornato.

nitari, possedano realmente serietà di intenti e modalità di intervento trasparenti e controllabili.

Diverso è invece il regime di rappresentanza previsto dal d.lgs. n. 216/2003, che inizialmente ne conferiva la titolarità ai soli organismi locali delle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello nazionale. Per mera completezza, si ricorda che la originaria versione del decreto prevedeva la legittimazione alle rappresentanze locali delle “*organizzazioni nazionali*”, mutuando la dizione del T.U. sull’immigrazione, ma dimenticando l’aggettivo “sindacali” ivi presente. L’errore materiale è stato corretto dal d.lgs. n. 256/2004, che ha sostituito la parola “nazionali” con “sindacali”. Il differente regime della rappresentanza veniva spiegato con il diverso ambito di operatività della disciplina antidiscriminatoria dei due decreti. Per quanto concerne razza ed etnia, infatti, essa abbraccia non soltanto il tema del lavoro, ma altresì gli ambiti dell’assistenza sanitaria, dell’istruzione, dell’accesso ai beni e servizi, delle prestazioni sociali, aree dove non sempre la sfera sindacale è presente né ha fra i suoi obiettivi il superamento di disparità non lavorative. Nello stesso tempo è stato ritenuto utile istituire un filtro di natura amministrativa, una sorta di riconoscimento per “*temperare istanze troppo individualistiche e limitare eventuali azioni ‘a pioggia’ di associazioni ed organizzazioni le più varie possibili*”⁵⁶¹.

Mentre aveva sollevato giuste critiche la limitazione della rappresentanza sia collettiva che individuale soltanto alle organizzazioni sindacali per le discriminazioni poste in essere in ambito lavorativo, che era subito apparsa riduttiva e poco rispettosa del disposto della direttiva comunitaria 2000/78, la quale riconosce il diritto di azione e di rappresentanza in giudizio a quelle associazioni che abbiano un “*legittimo interesse a garantire che le disposizioni della direttiva siano rispettate*”. Ulteriori perplessità aveva suscitato l’ulteriore restrizione introdotta con la richiesta del requisito della maggiore rappresentatività, non più adeguato alla vigente interpretazione dell’art. 19 St. Lav. conseguente al referendum del 1995⁵⁶². Ora alcuni dei problemi sollevati dagli interpreti sono stati risolti con l’intervento legislativo finalizzato ad evitare le varie procedure d’infrazione e messa in mora cui era sottoposto il nostro Paese da parte della Comunità Europea, realizzato con il d.l. 8 aprile 2008, n. 59 “Disposizioni urgenti per l’attuazione di obblighi comunitari e l’esecuzione di sentenze della Corte di Giustizia delle Comunità europee” (detto “decreto salva-infrazioni”), convertito in legge con la l. n. 101 del 7 giugno

561 Così CURCIO, *op. ult. cit.*, 548.

562 Oggi il legislatore tende ad utilizzare il criterio della rappresentatività accertata comparativamente. Sul tema v. D’ANTONA, *Nel cratere del referendum sulla rappresentatività sindacale. Lavoro pubblico e lavoro privato alla ricerca di nuovi equilibri costituzionali nei rapporti collettivi*, in *FI*, 1996, I, 335.

2008⁵⁶³. A seguito di tali modifiche, l'art. 5, 1° comma, attribuisce la legittimazione ad agire anche a “*le organizzazioni sindacali, le associazioni e le organizzazioni rappresentative del diritto o dell'interesse lesa*”, in forza di delega rilasciata con le modalità cui più sopra si è accennato.

La norma ha utilizzato la stessa formulazione con la quale è stato simmetricamente modificato l'art. 38 del Codice della Pari Opportunità tra uomo e donna, in forza del quale la legittimazione attiva per delega del lavoratore/trice, già prevista nei confronti delle organizzazioni sindacali e della Consiglieria provinciale o regionale di parità, viene estesa alle associazioni ed organizzazioni rappresentative dell'interesse alla parità di genere. Secondo la dizione letterale della norma, non vi sono particolari prescrizioni circa la certificazione della rappresentatività dei soggetti collettivi, evidentemente sottoposta al libero apprezzamento giudiziale caso per caso, incentrato sulla valutazione delle finalità associative del soggetto collettivo e della loro coerenza con l'interesse o diritto dedotto in giudizio, a differenza di quanto è richiesto in caso di discriminazione per razza ed origine etnica, ove la legittimazione è condizionata all'inserzione in elenchi e registri ministeriali “*sulla base delle finalità programmatiche e della continuità di azione*”⁵⁶⁴. Ciò pone seri dubbi di legittimità, se si pone mente alla frequente sovrapponibilità o quantomeno contiguità tematica tra discriminazioni legate all'origine etnica e, ad esempio, discriminazioni religiose ed al diverso regime di rappresentanza che oggi si prospetta per tali analoghe fattispecie. Nel caso concreto, un'associazione od organizzazione valuterà la convenienza di impostare l'azione secondo l'una o l'altra prospettiva, per evitare un sindacato giudiziale circa l'avvenuto superamento del filtro amministrativo di riconoscimento, che potrebbe rivelarsi penalizzante.

15.3. L'onere della prova

Le due direttive comunitarie del 2000 impongono agli Stati membri di assicurare un meccanismo probatorio in base al quale, allorché la parte attrice deduca fatti o produca elementi di fatto dai quali si possa presumere che vi sia stata una discriminazione diretta o indiretta, incomba alla parte convenuta di provare che non vi sia stata violazione del principio della parità di trattamento. Quindi per la disciplina europea il ricorrente non dovrà provare in maniera piena la condotta discriminatoria, godendo sul piano processuale di un regime facilitato, che gli Stati membri hanno l'obbligo di attuare, qualora nei sistemi giudiziari nazionali

563 I due provvedimenti sono rispettivamente pubblicati nella Gazzetta Ufficiale n. 84 del 9.4.2008 e n. 132 del 7.6.2008.

564 Tale elenco è stato tardivamente istituito con il d.m. 16.12.2005 ed attualmente comprende 320 associazioni.

non siano adottate procedure nelle quali l'istruzione dei fatti spetti direttamente all'organo giurisdizionale o all'organo competente. Pertanto sembra evidente come gli Stati membri, nel delineare il proprio regime probatorio, non potranno scendere al di sotto dello *standard* minimo garantito dalla direttiva in termini di alleggerimento del carico probatorio della parte istante. Come si è visto *supra*, il legislatore si è attenuto con commendevole tempestività alla prescrizione della Direttiva 97/80/CE, per quanto concerne le discriminazioni di genere. Ma per gli altri "fattori di rischio" diversi dal sesso, la scelta operata nel dare attuazione agli obblighi comunitari è stata, quantomeno all'inizio, sensibilmente diversa. In entrambi decreti n. 215 e n. 216, (negli artt. 4, rispettivamente 3° comma e 4° comma) in maniera quasi identica, si è previsto che il ricorrente, al fine di dimostrare la sussistenza di un comportamento discriminatorio a proprio danno, possa dedurre in giudizio, "*elementi di fatto, in termini gravi, precisi e concordanti, che il giudice valuta ai sensi dell'art. 2729 primo comma del codice civile*". Nel solo decreto n. 216, l'attore si vedeva riconosciuta la possibilità di provare l'asserita discriminazione "*anche sulla base di dati statistici*".

La trasposizione del disposto comunitario da parte del nostro Paese è stata ritenuta carente, poiché la formula adottata, con il richiamo al regime delle presunzioni, non aggiunge nulla alla disciplina processuale previgente ed onera parte attrice della prova del fatto positivo (la condotta discriminatoria). Infatti la prova per presunzioni semplici è comunque una prova piena sul fatto costitutivo della domanda e non implica alcuna inversione del relativo onere. Anzi, è stato giustamente ritenuto come paradossalmente finisca per essere a volte una prova ancora più complessa, richiedendo al giudice un coinvolgimento persino più attento ed attivo nella sua formazione⁵⁶⁵, attraverso un apprezzamento sulla serietà, gravità e concordanza degli elementi di fatto forniti dal ricorrente. Secondo tale opinione, il legislatore nazionale avrebbe dovuto recepire più fedelmente il testo delle direttive, oppure tipizzare i fatti secondari dai quali presumere la discriminazione, salvo prova contraria, dal momento che nel dettato comunitario non vi è alcuna indicazione né imposizione circa il grado di probabilità da imprimere all'inferenza tra fatto secondario e fatto discriminatorio.

Già nella disciplina della discriminazione sessuale (art. 40 del Codice P.O.) era stato individuato un procedimento logico che muovesse da aspetti tipici e sintomatici del rapporto di lavoro, quali assunzioni, promozioni, trattamenti economici differenziati ecc. e conducesse al fatto costitutivo discriminatorio, attraverso una valutazione di probabilità più pesante di quella individuata nelle Direttive 97/80/CEE, ovvero secondo criteri di precisione e concordanza (anche se non di gravità). Ma nel caso delle discriminazioni per le condizioni personali diverse dal genere non si è ritenuto di seguire tale percorso già tracciato. La scelta

565 Così CURCIO, *op. ult. cit.*, 557.

si è invece orientata verso il regime delle presunzioni semplici, già disciplinate dall'ordinamento nazionale, ed è apparsa decisamente irrispettosa degli obblighi comunitari⁵⁶⁶, tanto è vero che il nostro Paese è stato messo in mora dalla Comunità Europea con la procedura di infrazione n. 2006/2441. Ora è sopravvenuto l'intervento correttivo del legislatore, che probabilmente aveva intenzione di estendere la formulazione prevista per le discriminazioni in ragione del sesso anche alle altre ipotesi. Così l'identica precedente disciplina dei decreti 215 e 216 è stata modificata, ma l'allineamento in realtà non si è pienamente realizzato e l'intervento, non è avvenuto in maniera uniforme. Pertanto, se oggi nel denunciare discriminazioni per razza ed origine etnica il ricorrente fornisca elementi di fatto desunti anche da dati di carattere statistico, idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori, spetterà al convenuto l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione. Mentre a fronte di discriminazioni legate alla religione, handicap, età, convinzioni personali ed orientamento sessuale, per beneficiare dell'alleggerimento probatorio, il ricorrente dovrà in questo caso fornire elementi di fatto idonei a fondare *"in termini gravi, precisi e concordanti"* la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori. Come è evidente, non viene richiamata la "prova statistica" e viene riproposto sostanzialmente il regime delle presunzioni semplici, già censurato dall'Unione Europea nella procedura d'infrazione n. 2006/2441. Ciò induce a dubitare fortemente sull'efficacia del decreto salva-infrazioni a rispondere adeguatamente alle censure che avevano dato luogo alla messa in mora comunitaria.

Per ulteriori approfondimenti e per una rassegna giurisprudenziale afferente specificamente ad ogni "fattore di rischio", si rinvia ai capitoli curati da Fiorita, (religione e convinzioni personali), Mughini (razza ed origine etnica), Monaco (handicap ed età), Calvanelli (orientamento sessuale).

16. Le discriminazioni di genere nei contratti di scambio di beni e servizi ed i rimedi processuali

L'impatto della nuova normativa antidiscriminatoria, tradizionalmente ascritta

⁵⁶⁶ La stessa Commissione Giustizia del Senato nel parere inviato alla Presidenza del Consiglio metteva in dubbio che i decreti fossero coerenti con il principio dell'inversione dell'onere della prova del modello comunitario. Nel passaggio parlamentare, l'On. Cota della Lega Nord chiese al ministro Alfano che dall'art. 8 septies del D.Lgs. n. 216/2003 scomparisse ogni riferimento alla prova statistica, ritenuta addirittura una discriminazione, preannunciando altrimenti il voto contrario ed ottenne tale estrapolazione. Sul punto si rinvia alle considerazioni di CALAFA' *"Il diritto antidiscriminatorio nazionale instabile"*. *Cronologia degli interventi legislativi recenti e procedure di infrazione in corso*, nel volume *"Il diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa"*, cit. 88.

in maniera prevalente all'area del diritto del lavoro, assume un carattere autenticamente innovativo nei confronti della dinamica delle relazioni negoziali e sulla stessa concezione civilistica dell'autonomia privata. Se infatti da un lato nessun manuale di diritto privato dimentica di ricordare il valore di principio fondativo del diritto d'eguaglianza, l'efficacia diretta di tale principio sull'autonomia privata e negoziale rimane ancora un problema largamente controverso. Ogni volta che il legislatore o l'interprete interviene per limitare la libertà di scelta del contraente, della libertà di contrarre, o di determinare il contenuto del contratto, si riaccende il dibattito sul difficile equilibrio tra eguaglianza ed autodeterminazione.

Nella nostra cultura giuridica partiamo da alcuni punti fermi sufficientemente assodati: infatti anche il più strenuo sostenitore della pienezza dell'autonomia contrattuale e dell'autodeterminazione del soggetto giuridico negli atti di disposizione dei propri diritti, ha sempre accettato di buon grado interventi limitativi o correttivi nel caso di evidente squilibrio di potere contrattuale⁵⁶⁷. Il ricorso alla figura polimorfa del "contraente più debole" (volta a volta identificata nel lavoratore, nel consumatore, nel risparmiatore fino a ricomprendere anche il "coniuge più debole" nel diritto di famiglia), ha consentito alla dottrina di comporre le contrapposizioni più rigide tra principi egualitari e libertà negoziale. Oggi il dibattito teorico in dottrina deve fare i conti anche con il diritto comunitario, che ha reso necessario un intervento normativo più sistematico in materia. Il terreno peraltro era già preparato, in quanto il tema degli squilibri nei rapporti fra contraenti e dell'intervento pubblico correttivo era stato trattato nel nostro ordinamento ben prima dell'unificazione europea. Basti pensare agli artt. 2597 e 1679 del codice civile del 1942, che impongono rispettivamente al monopolista il vincolo della parità di trattamento nella fornitura di beni e servizi ed al vettore di accettare le richieste di trasporto, oltre che le numerosissime ipotesi previste nei più svariati campi dalla legislazione speciale⁵⁶⁸. Nonché alla prima embrionale tutela del consumatore nei contratti "di massa" e per adesione prevista dagli artt. 1339, 1341, 1342, 1370, 1525, 1526 del c.c., tutti interventi che possono essere sostanzialmente ricondotti allo schema dell'intervento autoritativo di correzione delle asimmetrie di fatto nel potere negoziale tra soggetti che operano in mercati non pienamente concorrenziali. In questo contesto già pronto a recepire le novità, il diritto comunitario è intervenuto non tanto nell'indicazione degli obiettivi verso

567 Vedi LA ROCCA, *Le discriminazioni nei contratti di scambio di beni e servizi*, in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, cit., 289. L'autrice sottolinea nel suo saggio (pubblicato prima del recepimento della direttiva comunitaria 2004/113/Ce) come la costruzione di un processo di unificazione del diritto privato europeo debba tenere conto da una parte della tradizionale impostazione del paradigma egualitario e dall'altra dell'elaborazione normativa e giurisprudenziale dedicata alla tutela del cosiddetto "contraente più debole".

568 Vedi in via esemplificativa le disposizioni per i pubblici esercizi previste dagli artt. 86 ss. del T.U. 18.6.1931, n. 773 e dalle leggi di Pubblica Sicurezza.

i quali far convergere l'autonomia contrattuale, quanto in direzione proprio della identificazione della categoria del "contraente più debole". Allo stato attuale della legislazione, infatti, la strategia comunitaria è improntata al rispetto della libera concorrenza ed agisce soprattutto sulla costruzione di una figura di "contraente più debole" più organica, assimilata alla dimensione del "consumatore", quale protagonista degno di tutela in un mercato unico, in cui le barriere alla libera circolazione delle risorse, siano esse umane o patrimoniali, sono state sostanzialmente abbattute. Il dibattito assume un rilievo centrale nell'ottica di una unificazione del diritto privato europeo, nel quale si intrecciano proposte diverse, tra chi si polarizza sul solo diritto contrattuale delle relazioni mercantili e chi attribuisce nuovo protagonismo ai diritti non economici ed ai principi di "giustizia sociale" e di non discriminazione⁵⁶⁹. Mettendo al centro del complessivo processo di unificazione europea valori non esclusivamente economici, quali la dignità umana, la solidarietà, l'eguaglianza, il Trattato, la Carta di Nizza ed il progetto di Costituzione propongono un compromesso tra la logica del mercato unico e gli obiettivi di coesione economico-sociale, di sviluppo equo e sostenibile, di tutela dei diritti dei cittadini. In questa prospettiva, le istituzioni comunitarie e nazionali sicuramente si devono assumere il compito di trovare un equo bilanciamento tra diritti fondamentali e libera circolazione di merci e persone. Di fronte alle iniquità derivanti dal meccanismo mercantile deregolato, diventa persino doveroso operare altresì attraverso la limitazione dei poteri negoziali per prevenire e/o reprimere la lesione dei diritti fondamentali della persona⁵⁷⁰. In questa prospettiva, il contratto assume una nuova centralità, quale meccanismo tipico di composizione e soddisfazione degli interessi dei soggetti⁵⁷¹. Di fronte ad un appannamento della convinzione che l'intervento della Stato sociale sia sufficiente a soddisfare le esigenze di equità ed eguaglianza, viene potenziato un intervento verso i conflitti interprivati, introducendo meccanismi sanzionatori deterrenti verso comportamenti di abuso delle situazioni di forza/ debolezza contrattuale. Quindi la tutela minima

569 È emblematico di questi temi il Manifesto elaborato nel 2004 dal gruppo di studio sulla giustizia sociale nel diritto privato europeo, (pubblicato in italiano in *RCDP*, 2005, I, 99 ss.) che mette in rilievo la accresciuta rilevanza dei contratti come strumento politico, a fronte dell'incoraggiamento da parte dello Stato verso soluzioni legate al mercato ed alla libera concorrenza al problema di assicurare il benessere sociale e di aumentare l'efficienza dell'offerta di beni pubblici. Pertanto *"nella misura in cui la diretta pubblica fornitura di beni e servizi tramite gli enti dello stato sociale viene smantellata e rimpiazzata dalle relazioni contrattuali - per l'istruzione, la salute, i servizi pubblici, le pensioni, le comunicazioni - il diritto dei contratti fornisce le regole che disciplinano il modo in cui i cittadini ottengono la soddisfazione dei loro bisogni primari. Il contenuto di tali regole acquista una rilevanza politica ancora maggiore perché dette regole esprimono i principi centrali degli ideali contemporanei di giustizia sociale"*.

570 Così LA ROCCA, *op. ult. cit.*, 305.

571 Vedi sul tema la monografia di MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Milano, 2007, 28 ss. e dello stesso autore *Divieto di discriminazione e circolazione di partecipazioni sociali in Rivista di Diritto Bancario*, maggio 2007, 1.

verso queste situazioni di svantaggio andrà apprestata sia verticalmente nei confronti dei poteri pubblici (per il rispetto dell'autonomia), sia orizzontalmente (e questa è l'autentica novità) nei rapporti fra privati. Ci è pertanto parso opportuno sottolineare l'aspetto fortemente innovativo che ha avuto questa incursione del diritto antidiscriminatorio sul terreno inusuale del diritto civile.

Il dilemma semmai si pone sulla valenza solo settoriale oppure sistematica di questa innovazione. Ci si domanda se i nuovi divieti ed i nuovi diritti che alterano in chiave antidiscriminatoria la tradizionale dialettica dell'autonomia privata verranno fisiologicamente assorbiti dal sistema negoziale, in quanto funzionali al superamento di ogni barriera alla libera circolazione delle risorse economiche, oppure introdurranno una discontinuità effettiva tra le ragioni dell'eguaglianza e le ragioni dell'autonomia. In altre parole, ci troviamo di fronte ad un intervento segmentato, calibrato solo sulle esigenze di alcuni soggetti (definibili come "svantaggiati") e generatore di un'occasionale casistica, oppure ad un autentico e duraturo sovvertimento della classica disciplina generale dei contratti? È probabilmente ancora presto per misurare l'impatto che la nuova disciplina avrà sulla complessa sistematica dei rapporti regolati dal diritto privato. Certo è che la Direttiva comunitaria n. 2004/113/CE in materia di parità di trattamento fra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura sembra preoccuparsi di non apparire in eccessiva discontinuità e si accosta con grande cautela al tema della libertà contrattuale. Con questo carattere tutt'altro che dirompente si differenzia dalla precedente Direttiva 2000/43/CE, che più coraggiosamente ha introdotto il nuovo divieto di discriminare in base a razza ed origine etnica al di là dell'accesso al lavoro dipendente od autonomo fino a coprire ambiti come l'istruzione, la protezione sociale, compresa la sicurezza sociale e l'assistenza sanitaria, le prestazioni sociali, l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura, incluso l'alloggio.

Altrettanto prudente si è dimostrata peraltro la coeva Direttiva 2000/78/CE, a non estendere alcun divieto di discriminare al di fuori del mercato del lavoro per gli altri fattori di rischio (religione, convinzioni personali, età handicap ed orientamento sessuale). Come a voler segnalare che i problemi emergenti in materia di accesso diseguale a beni e servizi non riguardano tutte le tipologie di soggetti a rischio discriminazione, ma solo alcune di queste, per le quali vale la pena di mettere in dubbio la pienezza dell'autonomia contrattuale⁵⁷².

La Direttiva 2004/113/CE si preoccupa oltre ogni dubbio di esplicitare la salvaguardia del principio di libertà negoziale, sia nel Considerando 14, ove dichiara che *"ogni persona gode della libertà contrattuale, inclusa la libertà di scegliere un contraente per una transazione. La persona che fornisce beni o servizi può avere vari motivi soggettivi per la scelta del contraente. Nella misura in cui la scelta del contra-*

572 Vedi sul punto LA ROCCA, *op. ult. cit.*, 309.

ente non si basa sul sesso della persona, la presente direttiva non pregiudica la libertà di scelta del contraente”, sia nella correlata disposizione di cui all’art. 3, 2° comma: “la presente direttiva non pregiudica la libertà di scelta del contraente nella misura in cui la scelta del contraente non si basa sul sesso della persona”.

In sintesi, pertanto, si può dire che la disciplina comunitaria della lotta alle discriminazioni nel mercato dei consumi individua quali soggetti titolari della pretesa a non subire trattamenti sfavorevoli nell’acquisto di beni o servizi solo gli appartenenti ad una determinata razza od etnia e gli appartenenti ad un determinato genere, escludendo tutti gli altri soggetti portatori di ulteriori “differenze”. Inoltre la tutela non si attiva automaticamente per il mero fatto di appartenere a tali gruppi, ma solo quando il trattamento deteriore sia conseguenza immediata, diretta ed esclusiva di una determinata caratteristica della persona (razza, etnia, genere). Venendo alla trasposizione della disciplina comunitaria nel nostro Paese, vi è a dire che la legislazione italiana aveva già introdotto un divieto di discriminazione nell’accesso a beni e servizi nella disciplina dell’immigrazione, e più precisamente nell’art. 43 del d.lgs. n. 286/1998, (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero) modificato dalla l. n. 189/2002, il quale ritiene discriminatorio il comportamento di chiunque imponga condizioni più svantaggiose o si rifiuti di fornire beni o servizi offerti al pubblico, ed in specifico di fornire l’accesso all’occupazione, all’alloggio, all’istruzione, alla formazione e ai servizi sociali, ad uno straniero soltanto a causa della sua condizione di straniero o di appartenente ad una determinata razza, religione, etnia o nazionalità.

Successivamente la disciplina è stata integrata con il recepimento delle due Direttive 2000/43/CE e 2000/78/CE mediante i decreti legislativi n. 215 e 216 del 2003. Come già si è avuto modo di trattare nel paragrafo dedicato alla tutela processuale, cui integralmente si rimanda, il legislatore nazionale aveva in parte anticipato e poi trasposto la norma comunitaria anche in punto di azioni in giudizio, introducendo un procedimento sommario volto sia a determinare la cessazione del comportamento pregiudizievole, sia a rimuovere gli effetti della discriminazione, anche sotto il profilo risarcitorio. Per quanto riguarda i divieti di discriminazione tra uomini e donne nel mercato dei beni e servizi, la delega al Governo per l’adozione di norme attuative della Direttiva 2004/113/Ce⁵⁷³ è stata ottemperata con lodevole tempestività mediante il d.lgs. 6 novembre 2007, n. 196⁵⁷⁴, il quale all’art. 1 modifica il Codice delle Pari Opportunità, aggiungendo

573 La direttiva in questione è stata inserita nell’allegato B della legge comunitaria 25 gennaio 2006, n. 291, che all’art. 1 ha delegato il governo per 18 mesi al fine dell’adozione di appositi decreti legislativi per la sua trasposizione.

574 “Attuazione della direttiva 2000/113/CE che attua il principio della parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l’accesso a beni e servizi e la loro fornitura”, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 261 del 9.11.2007, Suppl. Ordinario n. 228.

al testo del d.lgs. n. 198/2006 il titolo II 2-*bis*, suddiviso in tre capi: nozioni di discriminazione e divieto di discriminazione, tutela giudiziaria dei diritti in materia di accesso a beni e servizi e loro fornitura, promozione della parità di trattamento (artt. 55 *bis*, *ter*, *quater*, *quinquies*, *sexies*, *septies*, *octies*, *novies*, *decies*). Come già nell'art. 25 del Codice e nell'art. 2 dei decreti legislativi n. 215 e 216 del 2003, la nozione di discriminazione è declinata sia con riguardo alla discriminazione diretta che a quella indiretta⁵⁷⁵. Inoltre il legislatore delegato disciplina il divieto di discriminazione stabilendo che esso trovi applicazione rispetto a tutti i soggetti pubblici e privati fornitori di beni e servizi che sono a disposizione del pubblico e che sono offerti al di fuori dell'area della vita privata e familiare. Tuttavia sia la disciplina della direttiva che del decreto portano ad escludere dall'ambito della tutela una serie di aree: il settore dell'impiego e dell'occupazione, anche nell'ambito del lavoro autonomo, nella misura in cui sia applicabile una diversa disciplina, il contenuto dei mezzi di comunicazione e della pubblicità, l'istruzione pubblica e privata. Tali deroghe sono controbilanciate dalla clausola di salvezza contenuta nel 5° comma dell'art. 55-*ter*, che stabilisce come restino impregiudicate le previsioni più favorevoli volte alla protezione della donna in relazione alla gravidanza ed alla maternità⁵⁷⁶. Come nella direttiva, anche il decreto si preoccupa di fare salva la libertà contrattuale nella misura in cui la scelta del contraente non si basi sul sesso della persona. In caso di violazione dei divieti di cui all'art. 55 *ter*, è prevista un'azione civile che viene configurata in maniera autonoma rispetto ai procedimenti antidiscriminatori previsti dagli artt. 36, 37 e 38 del Codice delle Pari Opportunità e si discosta altresì dalle modalità di tutela processuale previste dai

575 La nozione proposta dall'art. 55 *bis* (*sussiste discriminazione diretta, ai sensi del presente titolo, quando, a causa del suo sesso, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra persona in situazione analoga. Sussiste discriminazione indiretta ai sensi del presente titolo, quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere le persone di un determinato sesso in una posizione di particolare svantaggio rispetto a persone dell'altro sesso, a meno che tale disposizione, criterio o prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il conseguimento di tale finalità siano appropriati e necessari*) risulta più fedele alla direttiva comunitaria trasposta di quanto sia l'art. 25 rispetto alla Direttiva 2002/73/CE.

576 Per i servizi assicurativi e finanziari, l'art. 55-*quater* comma 2 in attuazione della temporanea deroga prevista dall'art. 5 della Direttiva 2004/113/CE, consente differenze proporzionate nei premi o nelle prestazioni individuali ove il fattore sesso sia determinante nella valutazione dei rischi, in base a dati attuariali e statistici pertinenti ed accurati. La sentenza della Corte di Giustizia del 1 marzo 2011, causa C-236/09 ha dichiarato invalida la norma di cui all'art. 5 n. 2 della direttiva, alla scadenza di un adeguato periodo transitorio (a far data dal 21 dicembre 2012), per incompatibilità con gli artt. 21 e 23 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea. Secondo le argomentazioni della Corte la deroga era finalizzata a consentire una progressiva transizione verso la regola delle prestazioni unisex ed una interpretazione che la mantenesse *sine die* contrasterebbe con lo scopo della parità di trattamento tra donne ed uomini perseguito dalla direttiva stessa. La sentenza non potrà che avere serie ripercussioni sulla disciplina nazionale dei premi assicurativi, finora sensibilmente più favorevoli per le donne, oltre che sul tenore dell'atto di recepimento.

decreti n. 215 e 216 del 2003. Vi è a dire a questo proposito che la qualità della tecnica adottata dal legislatore nel delineare le azioni in giudizio per la tutela antidiscriminatoria tra uomo e donna nei contratti di scambio di beni e servizi appare sensibilmente migliore rispetto a quella rilevata negli altri provvedimenti sopra citati (che tante criticità hanno presentato sotto il profilo applicativo proprio per le incertezze e la scarsa chiarezza con le quali sono state delineate le azioni). L'art. 55 *quinquies* (*Procedimento per la tutela contro le discriminazioni per ragioni di sesso nell'accesso a beni e servizi e loro fornitura*) infatti definisce analiticamente l'azione, proponibile dalla parte anche personalmente oppure, in nome e per conto nonché a sostegno del soggetto passivo della discriminazione, da associazioni ed enti rappresentati dell'interesse leso⁵⁷⁷, con ricorso avanti al Tribunale civile del luogo di domicilio dell'istante, anche qualora il rapporto dedotto come discriminatorio sia cessato, fatti salvi gli effetti della prescrizione. Il rito è disciplinato con minuziosa pignoleria: il Presidente del Tribunale designa il giudice cui è affidata la trattazione del caso ed il magistrato che ha in carico il ricorso, in ossequio alla sommarietà ed alla massima semplificazione del rito, sentite le parti ed omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, "*procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione indispensabili in relazione ai presupposti ed ai fini del provvedimento richiesto*".

Il Giudice adito decide in camera di consiglio in composizione monocratica, e con un provvedimento, qualificato quale ordinanza immediatamente esecutiva, può accogliere o rigettare la domanda, definendo il giudizio con efficacia di giudicato in assenza di reclamo.

Il procedimento, in caso di urgenza, può avere una fase definibile come cautelare, in quanto il giudice può provvedere *inaudita altera parte* con decreto motivato immediatamente esecutivo, assunte, ove occorre (ma non necessariamente) sommarie informazioni. Con il medesimo decreto, sempre all'insegna della celerità, vengono altresì stabiliti contestualmente i termini per l'instaurazione del contraddittorio e la *vocatio in ius*: la comparizione delle parti dovrà avvenire entro un termine non superiore a quindici giorni ed all'istante verrà assegnato un termine non superiore ad otto giorni per la notificazione del ricorso e del decreto a controparte.

In tale udienza il giudicante potrà, espletata eventuale idonea istruttoria, confermare, modificare o revocare con ordinanza i provvedimenti emanati nel decreto. In materia di onere probatorio, il decreto attua con l'art. 55 *sexies* il principio

⁵⁷⁷ Tali enti ed associazioni, inseriti in apposito elenco approvato con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri o per sua delega dal Ministro per le Pari Opportunità, di concerto con il Ministro per lo sviluppo economico, vengono individuati sulla base delle finalità programmatiche e della continuità d'azione e sono legittimati ad agire, secondo il disposto dell'art. 55 *septies*, in forza di delega rilasciata a pena di nullità, per atto pubblico o scrittura privata autenticata.

sancito dall'art. 9 della direttiva⁵⁷⁸, disponendo che quando il ricorrente, anche ove si tratti di associazione od ente che agisce in nome e per conto o a sostegno di singoli soggetti passivi della discriminazione oppure in proprio, a tutela dell'interesse leso, deduce in giudizio elementi di fatto idonei a (far) presumere la violazione del divieto, spetterà al convenuto l'onere di provare che non vi è stata la violazione del medesimo divieto.

L'ordinanza, sia che intervenga successivamente al decreto come in quest'ultima ipotesi, sia che definisca il giudizio accogliendo o respingendo il ricorso, è suscettibile di reclamo al Tribunale in composizione collegiale (del quale non farà parte il giudice che ha emanato il provvedimento) nel termine di quindici giorni dalla notifica dello stesso (si suppone a carico della cancelleria dell'autorità giudicante). Il 7° comma dell'art. 55 *quinquies* rinvia, in quanto compatibili, agli artt. 737, 738 e 739 c.p.c., che disciplinano il rito camerale. Il provvedimento del giudice, sia che si tratti di decreto in via anticipatoria oppure di ordinanza a carattere decisorio, può avere contenuto inibitorio (infatti può ordinare la cessazione del comportamento pregiudizievole), nonché restitutorio/ripristinatorio. Infatti può adottare ogni provvedimento idoneo, a seconda delle circostanze, a rimuovere gli effetti della discriminazione, ivi compreso un piano di rimozione delle discriminazioni accertate, sentite le associazioni e gli enti rappresentativi dell'interesse leso, qualora il soggetto pubblico o privato ponga in essere un comportamento discriminatorio di carattere collettivo e non siano individuabili in modo immediato e diretto i soggetti lesi, così come previsto per l'azione c.d. "pubblica" di cui all'art. 37 del Codice P.O. Inoltre, con la decisione che definisce il giudizio, il convenuto può altresì essere condannato al risarcimento del danno, anche non patrimoniale. Ai fini della sua liquidazione il giudice può tenere conto dei comportamenti ritorsivi posti in essere contro la vittima da colui che ha posto in essere il comportamento discriminatorio, quale reazione ad una qualsiasi attività diretta ad ottenere la parità di trattamento (art. 55 *ter*, 7° comma, che attua l'art. 10 della Direttiva 2004/113/CE in tema di protezione delle vittime).

Il legislatore nazionale anche *in subiecta materia* non raccoglie la sollecitazione comunitaria circa il conferimento al risarcimento del danno, che deve essere proporzionato rispetto al danno subito, di un valore effettivamente dissuasivo, ed ignora ancora una volta il tema del danno "punitivo". L'aspetto sanzionatorio viene garantito invece dall'8° comma dell'art. 55 *quinquies*, in forza del quale le accertate violazioni del divieto di discriminazione da parte di soggetti pubblici e

578 L'art. 9 della Direttiva 2004/113/CE stabilisce che gli Stati membri adottino le misure necessarie, conformemente ai loro sistemi giudiziari nazionali, per assicurare che, allorché le persone che si ritengono lese dalla mancata applicazione nei loro riguardi del principio della parità di trattamento, espongono, dinanzi a un tribunale o a un'altra autorità competente, fatti dai quali si possa presumere che vi sia stata una discriminazione diretta o indiretta, incomba alla parte convenuta provare che non vi è stata violazione del principio della parità di trattamento.

privati cui sono stati accordati benefici ai sensi delle leggi vigenti dello Stato o delle regioni, ovvero che hanno stipulato contratti d'appalto attinenti all'esecuzione di opere pubbliche, di servizi o di forniture, sono immediatamente comunicate dal giudice alle amministrazioni pubbliche o enti pubblici che abbiano disposto la concessione dei benefici, incluse le agevolazioni finanziarie, creditizie, o dell'appalto. Tali amministrazioni o enti revocano i benefici e, nei casi più gravi, dispongono l'esclusione del responsabile per il periodo di due anni da qualsiasi ulteriore concessione di agevolazioni finanziarie o creditizie, ovvero da qualsiasi appalto⁵⁷⁹.

L'inottemperanza o l'elusione dell'esecuzione dei provvedimenti, ordinanze e decreti, è un'autonoma ipotesi di reato, punita con l'ammenda fino a 50.000 euro o l'arresto fino a tre anni, analogamente alla soluzione recentemente adottata dal legislatore per le discriminazioni basate sul genere nei rapporti di lavoro, in caso di inottemperanza ai provvedimenti (decreto o sentenza che decide il giudizio di opposizione) di cui agli artt. 37 e 38 del Codice Pari Opportunità.

In attesa che si formi una giurisprudenza in materia, per ora praticamente inesistente, vale la pena di soffermarsi sul contenuto del provvedimento del giudice che, come più sopra si è detto, può coprire l'intera gamma dei rimedi civilistici (dalla tutela inibitoria a quella reintegrativa/risarcitoria).

Le questioni più problematiche e scabrose possono derivare dalla possibilità, in caso di rifiuto di contrarre per ragioni discriminatorie, di provvedere con il provvedimento giudiziale alla tutela costitutiva di cui all'art. 2932 c.c. (esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto), sia nella contrattazione di massa sia nei rapporti tra privati non professionisti. Inoltre la possibilità di considerare invalide le clausole del contratto che impongono per ragioni connesse al genere condizioni svantaggiose nonché della possibilità di sostituirle, modificarle o integrarle.

La risposta sta nell'ampia discrezionalità conferita al giudice, cui viene pienamente delegato il potere di scegliere ogni provvedimento idoneo a rimuovere gli effetti della discriminazione, compreso il piano di rimozione. Pertanto è ipotizzabile un'ampia gamma di soluzioni, dalla costituzione del contratto rifiutato⁵⁸⁰,

579 La soluzione adottata appare più convincente e meno farraginoso della procedura sanzionatoria prevista dall'art. 41 del Codice Pari Opportunità per le discriminazioni di genere nei rapporti di lavoro, che conferisce alle Direzioni Provinciali del lavoro il compito di comunicare l'accertamento di comportamenti discriminatori ai Ministeri committenti o eroganti i benefici, i quali adottano le opportune determinazioni" ivi compresa, se necessario, la revoca dei benefici".

580 Vedi in senso critico LA ROCCA, *op. ult. cit.*, 339, la quale anteriormente al recepimento della direttiva rilevava la scarsa praticabilità (se non la vera e propria incongruità) del rimedio costitutivo nelle microcontrattazioni tra non professionisti, al di fuori della situazione tipica del contratto preliminare, considerando un'autentica forzatura la ricostruzione autoritativa in via giudiziale dei presupposti minimi per la costituzione coattiva del legame contrattuale. In ogni

all'accertamento dell'invalidità del contratto o di alcune sue clausole svantaggiose per violazione del divieto, all'integrazione del contratto, nella prospettiva di una valutazione comparativa tra condizioni applicate a soggetti appartenenti a gruppi diversi connotati dall'appartenenza di genere.

In conclusione, va apprezzata la scelta del legislatore nazionale di dotare le vittime dei comportamenti discriminatori nei rapporti di scambio e di fornitura di beni e servizi di una procedura agile e veloce, nettamente semplificata sia in ordine agli oneri probatori, sia per quanto concerne il rito. In attesa di verificare l'effettività ed efficienza delle norme processuali al fine di tutelare i diritti azionabili, ricordiamo le perplessità di La Rocca⁵⁸¹ circa l'efficacia del modello d'intervento scelto, la composizione dei conflitti interprivati attraverso il ricorso alla discrezionalità del giudice, piuttosto che alla predeterminazione legislativa delle singole pretese. L'incremento progressivo di diritti azionabili all'interno delle dinamiche interpersonali, secondo la commentatrice, invece di risolvere l'antinomia tra libertà ed eguaglianza, può potenziare la propensione al conflitto ed attivare una sorta di rincorsa circolare tra tutti coloro che si ritengono, a torto o a ragione, portatori di caratteristiche soggettive a rischio di trattamento peggiore. Fino al rischio di ingenerare nuove forme non previste di disuguaglianza, tra soggetti forti e soggetti deboli, tra esponenti di minoranze ben organizzate ed individui sforniti di potere negoziale o, più banalmente, tra i possessori o meno di risorse, sia economiche che culturali, per affrontare lunghe ed incerte procedure giudiziarie. L'Autrice sottolinea giustamente la necessità di tenere alta la guardia verso gli inattesi effetti distorsivi che vengono provocati da strumenti in astratto pertinenti ed efficaci. Poiché non esistono formule taumaturgiche valide per risolvere ogni criticità, riteniamo sommessamente noi, sarà necessario armarsi di sano pragmatismo ed utilizzare gli strumenti correttivi del diritto antidiscriminatorio, primi fra tutti quelli processuali e sanzionatori, considerandoli un contributo prezioso, ma non l'unico, nell'ambito di una strategia di integrazione e di rispetto delle differenze che diventa sempre più complessa e poliforme, senza sovraccargarli di aspettative eccessive e rispettando le loro caratteristiche di rimedi parziali e circoscritti.

caso l'Autrice rileva come il tema critico dinanzi all'applicabilità del rimedio costitutivo in caso di obblighi a contrarre di fonte legale, consista nell'identificabilità degli elementi essenziali del contratto (e segnatamente dell'esatta determinazione del suo oggetto) e del relativo regolamento di interessi.

581 Così l'Autrice, nel contributo citato (345 e ss.), ricorda come le soluzioni civilistiche non sfuggano alle contraddizioni ed ai limiti delle azioni positive, che hanno provocato, in nome della parità di trattamento, la rivendicazione da parte di gruppi storicamente privilegiati di ottenere le medesime forme di tutela, finalizzate al riequilibrio delle disparità sostanziali, previste per i soggetti protetti.

